

**TRIBUNAL ARBITRAL**

**PROCESO ARBITRAL**

**CONHYDRA S.A. E.S.P.**  
(Convocante)

**CONTRA**

**MUNICIPIO DE TURBO Y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.**  
(Convocados)

**Radicado No. 2013 A 052**

**AUDIENCIA EMISION DE LAUDO ARBITRAL**

**Medellín, dieciocho de septiembre de dos mil quince**

En la fecha, en la sede de funcionamiento, a las dos de la tarde (2:00 p.m.), se reunió el Tribunal de Arbitramento, a efecto de pronunciar el laudo arbitral con el cual culminarán las diligencias procesales que pondrán fin a las diferencias existentes entre las partes en este litigio.

A la audiencia concurrieron los señores apoderados procesales de las partes y el señor agente del Ministerio Público.

El Secretario del Tribunal procedió a dar lectura a la parte resolutive del laudo, el cual quedó notificado en la audiencia.

Acto seguido, se hizo entrega de copias auténticas del laudo a las partes, así:

- a) Al señor Procurador 112 Judicial, Doctor Mario Humberto Barajas Higuera, copia sin mérito ejecutivo.
- b) Al señor apoderado de CONHYDRA S.A. E.S.P., copia, sin mérito ejecutivo.
- c) Al señor apoderado del MUNICIPIO DE TURBO, copia, sin mérito ejecutivo.
- d) A la señora apoderada de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., copia, sin mérito ejecutivo.

El lado quedó notificado en la audiencia.

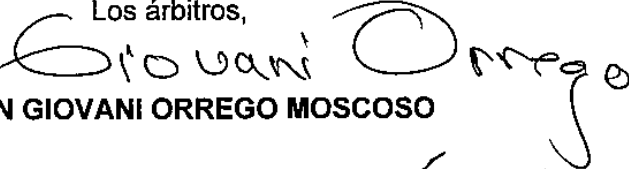
En constancia firman:

  
JAIME ANDRES CUARTAS CARDONA  
Apoderado CONHYDRA

  
RODRIGO PALACIO CARDONA  
Apoderado Municipio de Turbo

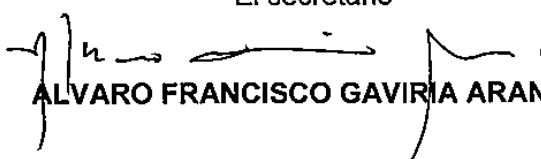
Catalina Montoya Toro,  
CATALINA MONTOYA TORO  
Apoderada Aguas de Urabá

  
MARIO HUMBERTO BARAJAS HIGUERA  
Procurador 112

Los árbitros,  
  
MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO

  
NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA

  
ÁLVARO ISAZA UPEGUI

El secretario  
  
ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO

**TRIBUNAL ARBITRAL**

**PROCESO ARBITRAL**

**CONHYDRA S.A. E.S.P.**  
**(Convocante)**

**CONTRA**

**MUNICIPIO DE TURBO Y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.**  
**(Convocados)**

**Radicado No. 2013 A 052**

**LAUDO ARBITRAL**

**Medellín, dieciocho de septiembre de dos mil quince**

Por el presente LAUDO ARBITRAL, el Tribunal de Arbitramento integrado por los suscritos Árbitros MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO, quien lo preside; NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA y ALVARO ISAZA UPEGUI, decide el litigio existente entre **CONHYDRA S.A. E.S.P.** –demandante- y el **MUNICIPIO DE TURBO Y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.** –demandados-, decisión que se toma en derecho y de forma unánime.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Convocatoria e integración de Tribunal**

Mediante escrito presentado ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, el 27 de diciembre de 2013, la Sociedad CONHYDRA S.A. E.S.P, por conducto de apoderado judicial, presentó solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento frente a la sociedad AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P y el MUNICIPIO DE TURBO, con motivo de los hechos expuestos en la demanda y con base en la cláusula compromisoria del contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del sistema de acueducto en el Municipio de Turbo, celebrado el 28 de agosto de 1996, inicialmente con ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P, hoy liquidada, y cedido por ésta al Municipio de Turbo y luego por el municipio a Aguas de Urabá S.A. E.S.P.; cláusula que se copia:

*“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Toda controversia que ocurriere entre las partes en relación con este 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 (90) días calendario siguiente a su formulación, cualquiera de las partes podrá acudir al centro de conciliación y arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín, para que ésta de conformidad con las disposiciones legales y el reglamento de ese centro, decida sobre la controversia presentada. El Tribunal de Arbitramento sesionará en la ciudad de Medellín, integrado por tres (3) árbitros que*

*decidirán en derecho que serán nombrados de común acuerdo entre las partes. En caso que no exista acuerdo, éstos serán nombrados por la persona que designa la ley, o en su defecto por el director del centro de conciliación y arbitramento”.*

2. Conforme a lo pactado, las partes, de común acuerdo, designaron como árbitros para que dirimieran el presente conflicto a los abogados Nora Cecilia Gómez Molina, Alvaro Isaza Upegui y Martín Giovanni Orrego Moscoso, quienes, dentro del término previsto en los artículos 14 y 15 de la ley 1563 de 2012, aceptaron, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, la misión que se les encomendó.

## II. ACTUACION PROCESAL

1. El Tribunal se instaló el 2 de abril de 2014, en audiencia en la que los Árbitros se declararon en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que la habilitación concedida por las partes les conferían colegiadamente; nombraron como secretario al abogado ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO; reconocieron personerías procesales a los apoderados judiciales de las partes; y fijaron sede de funcionamiento del Tribunal y de la secretaría (Auto N° 01).

2. En la audiencia de instalación se inadmitió la demanda arbitral y se le exigió al convocante que la subsanara, prestando juramento estimatorio por los “perjuicios” reclamados por la parte actora (Auto N° 02).

3. Por haberse satisfecho en tiempo debido el requisito echado de menos en la providencia de inadmisión, la demanda se admitió mediante Auto N° 03, dictado el 7 de abril de 2014, notificado personalmente a los señores apoderados de las partes el 25 de abril de 2014, y con anterioridad, por correo electrónico, enviado el 23 de abril, al señor Agente del Ministerio Público.

4. el 22 de mayo de 2014, por Auto N° 04, el Tribunal declaró posesionado al Secretario.

5. Para ejercer las funciones de Ministerio Público dentro del proceso arbitral, el caso le fue asignado al doctor MARIO HUMBERTO BARAJAS HIGUERA, Procurador 112 judicial administrativo.

6. El 26 de mayo de 2014, las convocadas contestaron la demanda y, adicionalmente, el MUNICIPIO DE TURBO presentó demanda de reconvención.

7. La demanda de reconvención se admitió el 6 de junio de 2014 (Auto N° 04 –sic); se notificó el 16 de junio siguiente; el auto admisorio fue objeto de reposición, según escrito presentado el mismo 16 de junio; se corrió traslado del recurso y, finalmente, la providencia de admisión de la demanda de reconvención fue revocada, mediante auto del 21 de julio de 2014, por haberle caducado la acción judicial a la parte reconviniente.

**8.** A través del Auto N° 05, se le corrió traslado a CONHYDRA de las excepciones de mérito propuestas por AGUAS DE URABA y por el MUNICIPIO DE TURBO, en las respectivas contestaciones de la demanda.

**9.** El 12 de septiembre de 2014, CONHYDRA S.A. E.S.P. reformó algunas pretensiones y algunos hechos de la demanda incoada el 27 de diciembre de 2013, y allegó nueva prueba documental; reforma que unificó en un solo escrito el 14 de septiembre de 2014, previo requerimiento del Tribunal, acorde con el art. 93 del Código General del Proceso. La reforma fue admitida mediante el Auto N° 06 del 16 de septiembre, notificada a las convocadas el 18 de septiembre; contestada en octubre 1° por AGUAS DE URABA y en octubre 3 por el MUNICIPIO DE TURBO. De las excepciones contra la reforma de la demanda se confirió traslado a la convocante el 8 de octubre de 2014, conforme al Auto N° 07.

**10.** La fase conciliatoria del proceso se llevó a cabo en sesiones de audiencias realizadas el 12 de noviembre de 2014, el 16 de enero de 2015 y el 2 de febrero de este último año; etapa que culminó con la aprobación parcial de la conciliación entre CONHYDRA S.A. E.S.P. y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., impartida por Auto N° 13 del 2 de febrero de 2015.

**11.** Por Auto N° 14 del 2 de febrero de 2015, se regularon los honorarios de los miembros del Tribunal, se fijaron los gastos del proceso y los derechos económicos por administración correspondientes al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín.

**12.** En razón de que las partes consignaron la totalidad de los honorarios y gastos, el 9 de marzo de 2015 se celebró la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal examinó su propia competencia y se declaró competente para procesar y juzgar el litigio (Auto N° 18) y, seguidamente, decretó las pruebas aportadas y solicitadas por las partes, así como las que de oficio se consideraron como necesarias (Auto N° 19). El proceso se instruyó con la práctica de las siguientes pruebas, en razón de que las partes interesadas desistieron previamente de pruebas testimoniales y de interrogatorio de partes decretados:

**12.1.** En audiencia del 27 de marzo de 2015, los peritos autores de los dictámenes presentados por CONHYDRA y por el MUNICIPIO DE TURBO, señores CARLOS JULIO CORTÉS SÁNCHEZ e HILDEBRANDO GIL BUILES, en su orden, fueron interrogados bajo juramento con relación a sus respectivos trabajos periciales.

**12.2.** El 27 de abril de 2015, la señora BEATRIZ ESNEDA TORO rindió declaración ante el Tribunal, con fines testimoniales.

**12.3.** El 15 de mayo de 2015, se recibieron las versiones testimoniales de los señores JORGE ALBERTO CÁRDENAS RODRÍGUEZ y FREDY OSWALDO HINCAPIÉ CIFUENTES.

**13.** por Auto N° 24 del 15 de mayo de 2015 el Tribunal declaró concluida la etapa de instrucción del proceso, toda vez que no había más pruebas para practicar.

14. En la audiencia del 22 de junio de 2015 los señores apoderados de las partes alegaron de conclusión, oralmente. En esta misma oportunidad, el señor Agente del Ministerio Público emitió su concepto de fondo sobre el litigio. De todas las intervenciones se adjuntaron al expediente las respectivas memorias escritas.

15. Mediante auto N° 27 del 16 de septiembre se señaló fecha de expedición del presente laudo para hoy **18 de septiembre de 2015**.

### III. EL LITIGIO

En la demanda el señor apoderado de CONHYDRA delimitó el ámbito objetivo del conflicto, narrando los hechos que enseguida se sintetizan y formulando las pretensiones que más adelante se transcriben.

#### 1. LOS HECHOS

Manifiesta la sociedad demandante que:

a) El 28 de agosto de 1996, entre ACUANTIOQUIA S.A. E.S.P. y el Consorcio Sagas-Hydra, se celebró el "*Contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto en el Municipio de Turbo*", cedido el 18 de septiembre de 1997 por el Consorcio a CONHYDRA S.A. E.S.P., con autorización de la entidad contratante.

Posteriormente, el 10 de noviembre de 1999, ACUANTIOQUIA le comunicó a CONHYDRA la cesión del contrato que le hizo al MUNICIPIO DE TURBO, y 14 de diciembre siguiente aquella le vendió al municipio el sistema de acueducto.

A su vez, el 19 de mayo de 2006, el MUNICIPIO DE TURBO le cedió el contrato a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P, cesión que fue notificada a CONHYDRA por el municipio, mas no por Aguas de Urabá, el 8 de junio de 2006.

CONHYDRA, mediante oficio del 5 de julio de 2006, le manifestó al municipio de Turbo y a la sociedad Aguas de Urabá que no liberaba al cedente de la obligación generada a cargo de éste y a favor de Conhydra, originada en el incumplimiento del contrato por el no pago de los déficits operacionales, incluyendo sus intereses, actualización y demás perjuicios, según lo pactado en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato.

Aguas de Urabá asumió a plenitud las obligaciones del contrato a partir del 1° de noviembre de 2007.

b) En el parágrafo 2° de la cláusula 5ª del contrato, las partes pactaron el reconocimiento de los déficits operacionales al contratista, los cuales fueron liquidados y pagados por ACUANTIOQUIA mientras fue dueño del acueducto y contratante inicial.

c) El sistema siempre contó con una auditoría externa de gestión y resultados, que estableció los ingresos y gastos del sistema y midió distintos indicadores de gestión reportados a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En el Informe de Auditoría del 19 de diciembre 2005, se hace constar la existencia del déficit operacional y su monto, pero el municipio de Turbo cuestiona el sistema de determinación de las pérdidas operativas.

d) El 18 de agosto de 2006, CONHYDRA solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con el fin de obtener el reconocimiento y pago de los déficits operacionales, convocando para ello al municipio de Turbo y a Aguas de Urabá S.A. ESP; Tribunal que, mediante laudo proferido el 13 de febrero de 2008, acogió parcialmente las pretensiones de la demanda, declarando que no prosperaban las excepciones propuestas por el municipio, declarándolo contractualmente responsable por el valor de las pérdidas operativas en las que incurrió entre el 1° de enero de 2000 hasta el 30 de junio de 2006 y condenándolo a pagarle a CONHYDRA la suma de \$1.624.553.039.

e) El municipio de Turbo interpuso recurso de anulación en contra del referido laudo arbitral, el cual fue declarado infundado por el Consejo de Estado, según providencia del 3 de diciembre de 2008.

f) El municipio de Turbo presentó acción de tutela en relación con el laudo arbitral que fue acogida, en acción de revisión, por la H. Corte Constitucional, quien, en sentencia T-466 de 2011, dejó sin efectos el laudo.

g) Al momento de presentación de esta demanda, el municipio de Turbo no ha pagado los déficits operacionales surgidos durante la operación de su sistema de acueducto, incumpliendo el parágrafo 2° de la cláusula 5ª del contrato; acreencia que tampoco ha sido satisfecha por Aguas de Urabá, obligación que también la vincula en virtud de las disposiciones legales sobre el contrato de cesión, pero a esta última sólo a partir del momento en que le fue cedido y hasta la fecha a partir de la cual sí ha pagados los déficits operacionales, es decir, por el período comprendido entre el 10 de julio de 2006 y el 31 de octubre de 2007. Aguas de Urabá ha reconocido los déficits a partir de noviembre 1° de 2007, fecha en que la cesión del contrato comenzó a surtir efectos frente a Conhydra.

h) El 12 de octubre de 2011, entre CONHYDRA y AGUAS DE URABÁ se suscribió el acta de terminación del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, de la cual se deduce claramente que el término para liquidar el contrato iba hasta el 12 de enero de 2012, fecha en la cual se vencían los tres meses que acordaron las partes para realizar la liquidación, pero, a la fecha de esta demanda, no ha sido liquidado.

i) La demanda narra pormenorizadamente las omisiones del Municipio de Turbo que propiciaron la generación de los déficits y los positivos actos de gestión realizados por CONHYDRA.

J) Los perjuicios reclamados en la demanda arbitral se originan en el no pago de los déficits operacionales por parte del MUNICIPIO DE TURBO, los que se determinan bajos las siguientes explicaciones y resultados:

(i) Sobre el método para el cálculo de los déficits operativos por el sistema de Operaciones Efectivas de Caja:

- La contabilidad del sistema es adelantada por Conhydra por el sistema de causación, conforme lo determinan las normas técnicas contables, en especial el Decreto 2649 de 1993.
- Los estados de resultados del sistema, por causación, debidamente firmados por Contador Público Titulado, así como los balances y demás estados financieros, incluidas las certificaciones y notas correspondientes, reposan en los archivos de Conhydra.
- El cálculo de los déficit operacionales se realiza mediante la determinación de los flujos efectivos de caja, o sea, restando de los recaudos y otros ingresos que hayan ingresado efectivamente durante el período (mes) a la caja del sistema por concepto de la operación, los egresos o erogaciones de efectivo que el Operador efectuó por concepto de pagos al personal, mantenimiento, inversiones, impuestos, retribuciones y demás, en términos de la cláusula quinta del contrato de operación, que es la manera como, según el entendimiento de Conhydra pueden determinarse los déficit operacionales.
- La Contraloría General del Departamento de Antioquia acepta desde entonces que los déficit se calculan con base en la metodología de Operaciones Efectivas de Caja.
- Por ser la única manera de determinar un déficit operativo, a lo largo de toda la relación contractual el operador ha calculado y cobrado los déficits operacionales, con base en la metodología de operaciones efectivas de caja.
- Conhydra contrató un nuevo levantamiento contable, para la totalidad de los períodos y ejercicios contables de los períodos objeto de reclamo, los cuales han establecido nuevamente con toda precisión y detalle los déficit operacionales, en vista de que la perito, en el proceso arbitral anterior, dejó consignado que la contabilidad de Conhydra no era confiable, lo que determinó para la Corte Constitucional dejar sin efecto el laudo que allí se dictó.

(ii) Sobre la existencia de los déficits y su reclamo por parte del Operador:

- En el contrato estableció una auditoría externa de gestión y resultados, en desarrollo de lo previsto en el artículo 51 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 6° de la Ley 689 de 2001.
- La auditoría se ha ocupado de establecer los déficits mensuales generados por el sistema.
- La auditoría ha establecido los recaudos efectivamente realizados y, en consecuencia, la retribución causada a favor del Operador, como consta en los informes de auditoría.
- La existencia de los déficits fueron del conocimiento del Municipio de Turbo.

(iii) Monto de los perjuicios:

Se discrimina el monto de los perjuicios causados por el municipio de Turbo a Conhydra S.A E.S.P, debido al incumplimiento contractual consistente en el no pago de los déficit operacionales que la última ha debido sufragar mes a mes con sus propios recursos, en los cuales se incluye como gasto la



remuneración causada a su favor, en dos períodos de tiempo: el primero, desde el momento en el cual el municipio de Turbo asume el contrato como consecuencia de haberse hecho dueño del sistema, que va desde el 1° de enero de 2000 hasta el 30 de junio de 2006; el segundo, a partir de la cesión efectuada por el Municipio a la sociedad Aguas de Urabá, que va desde el 1° de julio de 2006, hasta el 31 de octubre de 2007. Es de anotar que a partir del 1° de noviembre de 2007, Aguas de Urabá ha reconocido a Conhydra los déficits operacionales. Los valores son tomados fielmente del dictamen pericial que se allega con la demanda, como medio de prueba:

- Período comprendido entre el 1° de enero de 2000 y 30 de junio de 2006:

La pérdida operativa para este periodo es de \$1.842.191.516, suma ésta que, indexada al 30 de noviembre de 2013, asciende a \$2.809.041.230.

- Período comprendido entre el 1° de julio de 2006 y el 31 de octubre de 2007:

La pérdida –operativa- para este periodo es de \$936.889.497, que indexada a noviembre 30 de 2013, asciende a \$1.162.614.535.

- Sumando los dos períodos, para un total de tres mil novecientos setenta y un millones seiscientos cincuenta y cinco mil setecientos sesenta y cinco pesos (\$3.971.655.765).

## 2. LAS PRETENSIONES

Dado que CONHYDRA S.A. E.S.P. reformó la demanda, se copian a continuación las pretensiones contenidas en el escrito integrado de demanda y reforma; solicitando a los árbitros realizar las siguientes o semejantes declaraciones y condenas:

*3.1. Primera principal. Que se LIQUIDE por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, de acuerdo con lo que cada una de las partes, incluyendo cedentes y cesionarias adeude a la (s) otra (s) y que dentro de la liquidación o, separadamente, se contengan las siguientes o similares condenas, que a continuación se detallan, clasificadas en pretensiones principales, subsidiarias y consecuenciales.*

*3.2. Segunda principal. Que el municipio TURBO es responsable contractualmente frente a CONHYDRA S.A ES.P, por cuanto se ha abstenido de pagarle las pérdidas operativas que se generaron mensualmente en desarrollo del Contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, desde el primero (1°) de enero de dos mil (2000), hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006), según lo establece el parágrafo 2° de la cláusula quinta del contrato.*

*3.2. (Sic) Primera consecucional de la segunda principal. Que, en consecuencia de la declaración derivada de la pretensión primera principal, el municipio de TURBO pagará a CONHYDRA S.A E.S.P, al vencimiento del término de ejecutoria del laudo arbitral, la suma de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS (\$1.842.191.516) MC., de acuerdo con lo establecido en la prueba pericial que se allega, suma ésta que indexada a la presentación de esta demanda, asciende a DOS MIL OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS (\$2.809.041.230) M.C.*

*3.3. Segunda consecucional de la segunda principal. Que los valores anteriores se actualizan al momento del laudo, de acuerdo con el interés bancario corriente de esa fecha.*

3.4. Tercera principal. Que se declare que el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, fue cedido por el municipio de Turbo a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. el día diecinueve (19) de mayo de 2006.

3.5. Cuarta principal. Que el MUNICIPIO DE TURBO es contractualmente responsable frente a CONHYDRA S.A ESP, por cuanto se han abstenido de pagarle las pérdidas operativas generadas mensualmente en desarrollo del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, desde el primero (1°) de julio de dos mil seis (2006), hasta el treinta (31) de octubre de dos mil siete (2007), según lo establece el parágrafo 2° de la cláusula quinta del contrato.

3.5. (Sic) Primera consecucional de la cuarta principal. Que, en consecuencia de la declaración derivada de la pretensión segunda principal, el municipio de TURBO pagará a CONHYDRA S.A E.S.P, al vencimiento del término de ejecutoria del laudo arbitral, la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$936.889.497) M.C. de acuerdo con lo determinado en la prueba pericial que se allega, suma ésta que indexada al 28 de diciembre de 2013, asciende a MIL CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES SEICIEINTOS CATORCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$1.162.614.535) M.C.

3.6. Segunda consecucional de la cuarta principal. Que los valores anteriores se actualizan al momento del laudo, de acuerdo con el interés bancario corriente de esa fecha.

3.7. Primera subsidiaria de la segunda principal y la cuarta principal. En forma subsidiaria, en caso de que los señores árbitros determinen que la cartera no es objeto de provisión, pido que, en lugar de reconocerse a mi mandante dentro de los déficit operacionales el monto equivalente a la cartera provisionada, se declare que el municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A E.S.P son contractualmente responsables en forma solidaria y a favor de Conhydra E.S.P. al pago de la cartera causada al 28 de agosto de 2011, además de los déficit operacionales.

3.8. Primera consecucional de la primera subsidiaria a la segunda principal y a la cuarta principal. Que, en consecuencia de la declaración anterior, se condene al municipio de Turbo y a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. al pago de la suma de novecientos sesenta y seis millones cuatrocientos setenta y un mil seiscientos treinta y seis pesos (\$966.471.636) m.c., monto de la cartera causada al 28 de agosto de 2011, según consta en el acta de entrega del sistema suscrita entre Conhydra S.A. E.S.P y la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P., con los respectivos intereses moratorios liquidados a razón de 1,5 veces el interés bancario corriente hasta el momento de pago efectivo.

3.9. Quinta principal. Se condena en costas al municipio de Turbo, por cuanto, a pesar de la claridad en la existencia de la obligación, sin justificación se ha negado a pagarla y a la sociedad Aguas de Urabá SA. E.S.P. por haberse sustraído de su obligación legal de liquidar el contrato.

### **3. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA**

#### **3.1. POSICION DEFENSIVA DEL MUNICIPIO DE TURBO**

3.1.1. En la contestación de la demanda, el señor apoderado procesal del municipio, planteó la siguiente consideración preliminar:

*Con esta nueva demanda arbitral, se relacionan de manera similar los hechos de la demanda que fuera presentada en Tribunal Arbitral anterior, con algunas variaciones, en donde se destaca el sorpresivo cambio de posición respecto de la contabilización de las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador pero se mantienen las distorsiones e irregularidades en la contabilidad del sistema de acueducto de Turbo, pues no puede mutarse la realidad y subsiste el hecho de que los soportes y fundamentos que sirvieron para elaborar la contabilidad del sistema no son confiables, ya que, indefectiblemente, son y serán los mismos.*

*Quiere significarse desde ya, que la reinterpretación de la contabilidad contenida en el dictamen presentado por la convocante, como allí mismo se afirma, fue elaborada a partir de los mismos soportes de la contabilidad original calificada reiteradamente como no confiable, lo que quiere decir que si los resultados del dictamen son diferentes, o es porque no se utilizaron los mismos soportes o porque los soportes originales fueron modificados. Esto se puede ejemplificar así: Si en un soporte (original) de egreso se lee que el gasto asciende a la suma de un millón de pesos, al reinterpretarlo dicho egreso no puede disminuir o aumentar.*

Con respecto a los hechos, manifestó admitir algunos como ciertos, negó otros y/o dijo no constarle los demás.

### 3.1.2. Acerca de las pretensiones, expuso:

*Me opongo expresamente a que prosperen todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por cuanto carecen por completo de respaldo jurídico y fáctico, son improcedentes y están mal formuladas, tal como se precisa en las excepciones y defensas que se proponen en este escrito. Por ello, solicito que se rechacen, que se absuelva al Municipio de Turbo y que se condene en costas a la Parte Demandante.*

3.1.3. A título de “excepciones y defensas frente a las pretensiones de la demanda”, adujo las siguientes: 1. “Cumplimiento del contrato” (por parte del municipio de Turbo). 1 (sic). “Inexistencia de la obligación”. 2. “Cosa juzgada”. 3. “Cobro de lo no debido”. 4. “No haberse constituido en mora al municipio”. 5. “prescripción”.

## 3.2. POSICION DEFENSIVA DE AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.

3.2.1. Frente a los hechos de la demanda, la señora apoderada, en la contestación respectiva, negó algunos, admitió como ciertos otros y dijo no constarle los restantes, los cuales “deberán ser probados”.

3.2.2. Con referencia a las pretensiones se refirió, en particular, a cada una de ellas, algunas en texto breve, otras *in extenso*, y resumió así la oposición:

*“Con fundamento en lo anterior y en representación de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. me opongo a todas las pretensiones relacionadas en los numerales 3.4. Tercera principal, 3.5. Cuarta principal, 3.5. Primera consecucional de la cuarta principal, 3.6. Segunda consecucional de la cuarta principal, 3.7. Primera subsidiaria de la segunda principal y cuarta principal y,*

*3.8. Primera consecuencial de la primera subsidiaria a la segunda principal y a la cuarta principal, por los argumentos ya esgrimidos.”*

**3.2.3.** Con el propósito de enervar las pretensiones de la parte actora, AGUAS DE URABÁ alegó las siguientes EXCEPCIONES DE MÉRITO, que denominó: “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA” (con respecto a AGUAS DE URABA), ya que la cesión del contrato estaba sometida a condición suspensiva; “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, toda vez que, cumplido el evento de la condición suspensiva, AGUAS DE URABA pagó los déficits a partir del 1° de noviembre de 2007; “OPONIBILIDAD DE LA CESION DEL CONTRATO A CONHYDRA” (art. 887 C de Co.); “PAGO” y “NO CONFIABILIDAD DE LA CONTABILIDAD DE LA DEMANDANTE”.

**3.2.4** La señora apoderada de AGUAS DE URABA puso de relieve que *“CONHYDRA S.A. E.S.P. reformó algunos hechos y pretensiones y producto de dicha reforma AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. fue desvinculada totalmente de las pretensiones cuarta principal y primera consecuencial de la cuarta principal y parcialmente de la pretensión quinta principal, manteniendo la solicitud de condena en costas por considerar que ésta última se sustrajo de la obligación legal de haber liquidado el contrato.*

#### **IV. CONCILIACION PARCIAL ENTRE CONHYDRA Y AGUAS DE URABÁ**

**1.** Con fecha 2 de febrero de 2015, el Tribunal dictó el AUTO N° 13, *“Por medio del cual se aprueba el acuerdo conciliatorio celebrado entre CONHYDRA S.A. E.S.P. y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.”.*

**2.** En la providencia aprobatoria de la conciliación, el Tribunal dejó puntualizado el alcance del proceso, en la siguiente forma:

##### **2.1. Frente a AGUAS DE URABA:**

Toda vez que el acuerdo conciliatorio comprende únicamente las diferencias económicas entre CONHYDRA S.A. ESP y AGUAS DE URABÁ S.A. ESP, y no comprende las diferencias que son objeto de las pretensiones formuladas en la demanda contra el Municipio de Turbo, la conciliación que se aprueba en el presente auto NO tiene el alcance para dar por terminado el proceso arbitral 2013 A 052, por lo tanto, el proceso continuará, (...) en estos términos:

El objeto del proceso arbitral se circunscribe a las pretensiones de tipo económico solicitadas por CONHYDRA S.A. E.S.P. frente al MUNICIPIO DE TURBO, dado el acuerdo sobre la liquidación parcial del contrato para la operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto en el municipio de Turbo, respecto de las obligaciones a cargo de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., a que se contrae la pretensión primera principal de la demanda.

CONHYDRA S.A. E.S.P. desvincula a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. de las pretensiones de la demanda consignadas en los numerales: 3.7. Primera subsidiaria de la segunda principal y la cuarta principal, y 3.8.

Primera consecucional de la primera subsidiaria a la segunda principal y la cuarta principal, y la declara a PAZ Y SALVO por todo concepto de tipo económico que se haya solicitado con la demanda y su reforma.

En virtud de la desvinculación de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. de todas las pretensiones de carácter económico, y en atención al acuerdo parcial respecto de la liquidación del Contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto en el Municipio de Turbo, CONHYDRA S.A. E.S.P. DESISTE de la pretensión de que se condene en costas a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., no obstante continuar vinculado en el proceso en atención a su posición contractual.

## 2.2. Frente al MUNICIPIO DE TURBO:

CONHYDRA S.A. E.S.P. deja constancia de que el MUNICIPIO DE TURBO le adeuda a la fecha los valores que se enuncian a continuación, por los cuales reclamó judicialmente y que hacen parte de las pretensiones de la presente demanda arbitral:

a) Por concepto de pérdidas operativas que se generaron mensualmente en desarrollo del Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del Municipio de Turbo, desde el primero (1º) de enero de dos mil (2000), hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006), según lo establece el parágrafo 2º de la cláusula quinta del contrato, que asciende a MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS (\$1.842.191.516) M.C., suma ésta que indexada a diciembre de 2013, asciende a DOS MIL OCHOCIENTOS NUEVE MILLONES CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS (\$2.809.041.230) M.C., más el interés corriente bancario que se genere hasta la fecha de pago efectivo.

b) Por concepto de pérdidas operativas que se generaron mensualmente en desarrollo del Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del Municipio de Turbo, desde el primero (1º) de julio de dos mil seis (2006), hasta el treinta (31) de octubre de dos mil siete (2007), según lo establece el parágrafo 2º de la cláusula quinta del contrato, que asciende a un monto de NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$936.889.497) M.C., de acuerdo con lo determinado en la prueba pericial que se allega, suma ésta que indexada a diciembre de 2013, asciende a MIL CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES SEICIEINTOS CATORCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$1.162.614.535) M.C., más el interés corriente bancario que se genere hasta la fecha de pago efectivo.

c) Los valores que acaban de relacionarse, frente a los cuales CONHYDRA S.A. E.S.P. hizo salvedad en el acta de liquidación bilateral del contrato del 31 de diciembre de 2014, se establecen partiendo de la base de que la cartera no cobrada se provisiona. Por lo tanto, continuará reclamando, como pretensión subsidiaria, dicho concepto al MUNICIPIO DE TURBO, excluyendo a la sociedad AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. de dicho cobro; ello así, ante la eventualidad de que el Tribunal que conoce de tal reclamo judicial determine que, en los

términos del contrato cuya ejecución dio origen a la controversia, la cartera no es objeto de provisión, caso en el cual debería condenarse al MUNICIPIO DE TURBO como contractualmente responsable al pago de la cartera causada al 28 de agosto de 2011, fecha en la cual se hizo entrega del sistema, la cual ascendía a la suma de NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$966.471.636) M.C..

## V. SINOPSIS DE LOS ALEGATOS DE LAS PARTES Y DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

### A. ALEGACIONES DE CONHYDRA

El señor apoderado de CONHYDRA, inicia su intervención puntualizando las pretensiones finalmente llamadas a ser materia de juzgamiento, habida cuenta de lo sucedido con los actos de reforma de la demanda y la conciliación parcial celebrada entre la convocante y Aguas de Urabá.

#### 1. El objeto de la controversia.

Precisa el *petitum* en que la "RECLAMACIÓN POR EL NO PAGO DE LAS PÉRDIDAS O DÉFICIT OPERATIVOS" constituyen "EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA" en el presente caso; esto es, "*las pérdidas operacionales que el municipio de Turbo le adeuda a Conhydra S.A. E.S.P. por todo el periodo de tiempo en el cual fue su contratante*"; valga decir desde el 1º de enero de 2000 y hasta el 31 de octubre de 2007, advirtiendo que las entidades que fueron parte contratante, antes y después del municipio, le han reconocido y pagado a CONHYDRA los déficits operacionales.

1.1. Para adentrarse en el tema, hace memoria de que Conhydra S.A. E.S.P. fue el operador del sistema de acueducto del municipio de Turbo por quince (15) años, desde el 28 de agosto de 1996, hasta el 28 de agosto de 2011, habida cuenta:

(i) Que el 28 de agosto de 1996 se suscribió el "*Contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo*", entre Acuantioquia E.S.P., ya liquidada, y el Consorcio Sagas – Hydra;

(ii) Que por acta del 18 de septiembre de 1997, el Consorcio cedió dicho contrato a CONHYDRA, cesión que fue autorizada por la contratante;

(iii) Que Acuantioquia vendió el sistema de acueducto al Municipio de Turbo, el cual le fue entregado el 21 de diciembre de 1999;

(iv) Que el 10 de noviembre de 1999, Acuantioquia notificó a Conhydra la cesión del contrato a favor del municipio de Turbo, señalándole que, toda referencia que en el contrato se hiciera a Acuantioquia, "*se entenderá hecha a su cesionario, quien se subroga en los derechos y obligaciones que para entonces tenía Acuantioquia*";

(v) Que el 19 de mayo de 2006, el Municipio de Turbo hizo cesión del contrato de Operación a AGUAS DE URABÁ S.A E.S.P., notificada a Conhydra;

(vi) Que mediante oficio del día 5 de julio de 2006, Conhydra comunicó al municipio y a Aguas de Urabá que no liberaba al cedente, Municipio de Turbo, de la obligación generada en su contra y a favor de Conhydra, "*originada en el incumplimiento del contrato por el no pago de los déficits operacionales, incluyendo sus intereses, actualización y demás perjuicios, según lo pactado en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato, obligación frente a la cual Conhydra S.A E.S.P hizo expresa reserva*";

(vii) Que Aguas de Urabá S.A. E.S.P., *asumió la posición de contratante cedido a partir del 02 de noviembre de 1997.*

1.2. Invoca como fundamento contractual del derecho que le asiste a Conhydra para el reconocimiento de las pérdidas operativas, el parágrafo 2º de la cláusula 5ª del Contrato de Operación que establece:

**PARÁGRAFO 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 tres (3) meses siguientes al establecimiento del déficit, se suspenderá el contrato, si así lo solicita el operador, por el término necesario para lograr el equilibrio financiero del sistema. Si la suspensión del contrato dura más de tres (3) meses, el operador podrá provocar la terminación del contrato, dándole aviso por escrito a ACUANTIOQUIA E.S.P, 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. (...) (Folios 0233 y 0234, tomo I de los anexos de la demanda).*

Hace una descripción sobre el origen del parágrafo 2º, transcrito, su razón de ser su interpretación histórica, trayendo a colación antecedentes del contrato (pliego de condiciones para la licitación) y testimonios obrantes como prueba trasladada del anterior proceso arbitral, y declaraciones recibidas en este, que le sirven como apoyo para hacer el siguiente

#### **"Resumen de la controversia"**

Las partes, como bien ha quedado acreditado en el plenario, intentaron dirimir sus controversias convocando al Juez del Contrato, que lo es un Tribunal de Arbitramento a instancias del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, mismo que profirió el laudo correspondiente acogiendo las pretensiones de Conhydra S.A. E.S.P., en el sentido de condenar al municipio de Turbo al pago de los déficits operacionales causados hasta entonces, descontado algún valor por concepto de glosas. En ese momento, el municipio de Turbo pretendió llevar la controversia a que giraba en torno de si la manera para establecer los déficits operacionales era causación o caja. Los árbitros de entonces, entendieron claramente la controversia, interpretaron la cláusula y zanjaron la discusión, como bien se aprecia del siguiente aparte del laudo arbitral, que hace parte de las pruebas trasladadas al presente proceso:

*"La pretensión de la parte demandante, a la cual se opone la demandada, consiste en que se declare que el Municipio de Turbo y/o Aguas de Urabá S.A. ESP son responsables por no haberle pagado las pérdidas operativas*

generadas mensualmente en desarrollo del contrato, desde el primero (1) de enero de dos mil (2000) hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006), y las pérdidas operativas que se causen durante el desarrollo del proceso arbitral. El precepto del contrato en que subyace en abstracto la obligación de pago alude, primeramente, a pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, y se refiere en la parte final al establecimiento del déficit."  
(Subrayado fuera de texto)

No se fijó por parte alguna, a lo largo del contrato, el alcance de pérdidas operativas, ni se hizo mención de ningún hecho o conjunto de situaciones que permitieran calificar un caso dado como imputable o no imputable al operador. Si las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio, de acuerdo con la significación propia que ellas tienen en el lenguaje, a menos que la propia norma indique un significado preciso diferente o el vocablo lo tenga en una ciencia o arte, de igual modo corresponde entender respecto del contrato, que al fin y al cabo es norma individual, las palabras utilizadas en él.  
(...)

La disputa en el presente proceso, no obstante, no ha girado sobre la mera significación de lo que es la pérdida, sino alrededor del procedimiento para establecerla, a la luz de principios y reglas contables, a saber, si para llegar a conocer si hubo déficit debe ponerse en movimiento el método de causación, o si para propósito debe emplearse el método de caja.  
(...)

En síntesis: El Tribunal interpreta que las pérdidas operativas serán de la especie imputables al operador cuando el sistema, pudiendo producir excedentes, no los produzca, suponiéndose en este sentido que tal hecho es resultado de la gestión del operador. Si, en cambio las condiciones del sistema no permiten que la gestión misma sea fuente de excedentes, las pérdidas que ocurran no se pueden imputar al operador".

Siendo nítido lo anterior para el señor apoderado, éste, sin embargo, se lamenta de que ahora "la controversia se pretende llevar a un escenario aún más simplista", habida consideración de que en la Sentencia T-466 de 2011, por la cual se dejó sin valor aquel laudo arbitral, "**La Corte Constitucional hizo eco del dicho de la perito, en el sentido de que la contabilidad de Conhydra no es confiable y por lo tanto no se puede determinar el déficit operacional**".

En su opinión dice que: "**Pareciera, pues, no existir ningún otro medio de prueba, pareciera que cualquier dificultad, inconsistencia, que la tiene toda empresa en su contabilidad, le haría imposible acudir al cobro de lo que contractualmente le debe la otra parte. Claro. Es entendible, cuando en la misma sentencia de tutela en que se deja sin valor el laudo, se resalta que existe acierto en la interpretación de la cláusula que obliga a reconocer los déficit operacionales y en su aplicación al caso concreto...**"; "Y lógicamente, no se lleva la controversia hoy a si los déficits operacionales se establecen por causación o por caja, en primer lugar, porque al finalizar el contrato con Conhydra, obliga un corte en los ingresos del sistema, sean efectivamente percibidos y simplemente contenidos en una cuenta por cobrar, así como todos los gastos se hacen exigibles, sea que se paguen o sigan por pagar, pero además, porque no se puede ocultar la propiedad con la cual el Juez del Contrato en su momento entendió, interpretó con fuerza de autoridad y aplicó la cláusula, mostrando además que la controversia va mucho más allá de ello".



Por lo que resume la controversia en pedir *“la condena al municipio de Turbo por la responsabilidad contractual que se deriva del incumplimiento de lo pactado en el párrafo 2º, cláusula 5ª del Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del sistema de acueducto de Turbo, en cuanto no se han reconocido al operador las pérdidas o déficits operacionales generados por el sistema en la prestación de este servicio a los habitantes del municipio de Turbo, entre el 1º de enero de 2000 y el 31 de octubre de 2007.*

Para ello, se apoya en el hecho de que, entre las partes, ***“se pactó que operaría, además de la Auditoría Externa de Gestión y Resultados que obligatoriamente debe ejercerse a todo Prestador, una Auditoría Financiera, encargada de establecer las pérdidas. Las distintas auditorías que obraron no sólo en esos 7 años, sino además a lo largo de los 15 años que duró el contrato, establecieron de un lado los ingresos y de otros los costos y gastos y efectivamente generados por el sistema, descontando de los ingresos los costos y gastos. Si el resultado es positivo, el sistema genera superávit, si es negativo, generó déficit. Esto último fue lo que se estableció. Turbo jamás objetó esos valores y sólo los ataca cuando es llamado a juicio para que responda contractualmente. Pero, adicionalmente, se elaboró una prueba pericial a instancia de parte, con el fin de que un auxiliar de la justicia, tomando nuevamente todos los soportes y la contabilidad del sistema, determinara si es o no posible establecer los déficits operacionales para el período objeto de cobro. El resultado fue positivo a los intereses de Conhydra, mostrando que su determinación, como la han hecho todas las personas que han intervenido para tal fin a lo largo del contrato, es un ejercicio normal, que no reviste dificultades excepcionales ni habilidades fuera de lo común en la persona que a tal tarea se dedique. No en vano, se reitera a riesgo de parecer reiterativos, la entidad que precedió a Turbo en la relación contractual y la entidad que la sucedió, han honrado esta obligación contractual”.***

## 2. Contabilidad

2.1. Dedicar un aparte especial a analizar las **NORMAS Y PRINCIPIOS DE CONTABILIDAD APLICABLES** a la determinación de las pérdidas que deben ser reconocidas por el dueño del sistema, al Operador, ya que ello comporta un ejercicio contable (soportes de ingresos, costos y gastos del sistema) y uno financiero (determinación del superávit o pérdida).

De allí que junto con el régimen del contrato, es necesario considerar los principios de contabilidad llamados a regir el registro de los hechos económicos que se produjeron en desarrollo del contrato, a efecto de lo cual aduce:

- Que la contabilidad del sistema, en el aspecto confiado a Conhydra S.A. E.S.P., está regida por el Decreto 2649 de 1993, que contiene los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia;
- Que, por tratarse de una actividad de prestación de servicios públicos domiciliarios, se aplican unas metodologías y reglas de contabilidad especiales para el sector, determinadas por la Superintendencia de Servicios Públicos

Domiciliarios: (Resoluciones 1416 y 1417 de 1997 de la Superintendencia de Servicios Públicos, y Resolución 006572 de 2001 de la misma Superintendencia de Servicios Públicos).

- Que acerca de estos particulares se encuentra probado:

“1º. Que se pactó entre las partes la puesta en marcha de una auditoría financiera que estableciera si se ocurrían déficits y su monto.

2º. Que esas auditorías pudieron, con la información compilada, clasificada y procesada por Conhydra del sistema, establecer la ocurrencia de déficits operacionales.

3º. Que los peritos del primer proceso arbitral que tuvieron las partes del Contrato de Operación, pudieron fijar un monto de pérdidas, con base en lo determinado por las auditorías.

4º. Que fue posible para el peritazgo elaborado a instancia de parte, generar un informe contable de propósito especial (determinación de las pérdidas) a partir de la información contable del sistema.

5º. A los peritos se les pidió verificar que la contabilidad respetara los planes de contabilidad y normas especiales del Sector y afirman y justifican documentalmente su cumplimiento.

6º. Recibidos los correspondientes informes de la Auditoría Externa de Gestión y Resultados, Conhydra remitía, año a año, los balances y estados financieros del sistema al municipio de Turbo, sin recibir jamás una sola observación o cuestionamiento de parte suya. A manera de ejemplo puede apreciarse en el Fol. 2122, T. III de los anexos la remisión por parte de Conhydra la municipio de Turbo de los balances y estados financieros correspondientes al ejercicio 2003 y en el Fl. 229, T.III, la remisión de los correspondientes al ejercicio 2004”.

**2.2. Y con el objetivo de que se le conceda plena validez a las auditorías financieras y al dictamen pericial presentado por Conhydra con la demanda, que respaldan el monto de los déficits operacionales, el señor apoderado, destaca, para el caso, la siguiente normatividad:**

“Aplica al caso presente, como PRINCIPIO que es de la Contaduría Pública, el contenido en el numeral 117 del Plan General de Contabilidad Pública el conocido como “Devengo o causación”:

**117. Devengo o Causación.** *Los hechos financieros, económicos, sociales y ambientales deben reconocerse en el momento en que sucedan, con independencia del instante en que se produzca la corriente de efectivo o del equivalente que se deriva de estos. El reconocimiento se efectuará cuando surjan los derechos y obligaciones, o cuando la transacción u operación originada por el hecho incida en los resultados del período.*

Así, se tiene que el cálculo de las pérdidas indubitablemente se tiene por operaciones efectivas de caja.

Numeral 265 del Plan General de Contabilidad, reitera este principio:

**265.** *El reconocimiento de los ingresos debe hacerse en cumplimiento del principio de Devengo o Causación, con base en las normas que los imponen, las declaraciones tributarias, la liquidación de pago de los aportes parafiscales, o el desarrollo de actividades de comercialización de bienes y prestación de servicios. Para el caso de los ingresos tributarios y no tributarios, las liquidaciones oficiales y los actos administrativos, respectivamente, se reconocen una vez hayan quedado en firme.*

Pero, además, el Plan General de Contabilidad, precisa los elementos que integran la ecuación merced a la cual se calcula el déficit:

**282. Gastos. Noción.** *Los gastos son flujos de salida de recursos de la entidad contable pública, susceptibles de reducir el patrimonio público durante el período contable, bien sea por disminución de activos o por aumento de pasivos, expresados en forma cuantitativa. Los gastos son requeridos para el desarrollo de la actividad ordinaria, e incluye los originados por situaciones de carácter extraordinario.*

**283.** *El reconocimiento de los gastos debe hacerse con sujeción a los principios de devengo o causación y medición, de modo que refleje sistemáticamente la situación de la entidad contable pública en el período contable. Tratándose de los gastos estimados, estos deben reconocerse con base en el principio de prudencia y estar soportados en criterios técnicos que permitan su medición confiable. El reconocimiento de las operaciones interinstitucionales debe efectuarse por el valor entregado tratándose de fondos y, en el caso de las operaciones de enlace y las operaciones sin flujo de efectivo, por el valor de la operación que las genere.*

Y el 374, define el "estado de flujos de efectivo", con base en el cual se determinaron las pérdidas:

**374. Estado de flujos de efectivo. Noción.** *Es un estado contable básico que revela los fondos provistos y utilizados por las entidades contables públicas en desarrollo de sus actividades de operación, inversión y financiación. Permite evaluar a partir del origen y aplicación del efectivo en un período, la capacidad de la entidad contable pública para obtener flujos futuros de efectivo, determinando sus necesidades de financiamiento interno y externo, para cumplir oportunamente con sus obligaciones.*

Se ha debatido en el proceso, sobre si es posible elaborar un **informe contable de propósito especial**, que es como han denominado los peritos contratados por la parte Conhydra la labor consistente en reexpresar la contabilidad, **a partir de una reconstrucción completa de la misma**, con algunos elementos aleatorios, para establecer si es posible o no determinar el monto de los déficits operacionales. El numeral 385 del Plan de Contabilidad, define con autoridad legal, derivada expresamente de la Ley 298 de 2006, los "**Informes contables específicos**":

**385. Estado de flujos de efectivo. Noción.** *Los informes contables específicos se preparan para satisfacer necesidades particulares de ciertos usuarios de la información contable y se caracterizan por tener un uso limitado y por suministrar mayor detalle de algunas transacciones, hechos y operaciones. Cuando sea necesario suministrar información adicional a la estructura del informe se hará por medio de notas.*

Así mismo, el numeral 391 del Plan, define el "Informe de operaciones efectivas de caja":

**391. Informe de operaciones efectivas de caja.** *Informe complementario que revela la situación de déficit o superávit de la entidad contable pública, como el resultado neto de la totalidad de ingresos y pagos efectivos de caja clasificados en dos secciones básicas a saber: una reservada para los*

*ingresos corrientes y de capital y los gastos corrientes y de inversión, y la otra, para las operaciones de caja asociadas a los flujos correspondientes a las diversas fuentes de financiamiento interno y externo, cuyos saldos parciales son conciliables entre sí.*

Concluye en que **“La aplicación de estas normas al caso concreto, permite determinar la plena validez de las auditorías financieras y el peritazgo que respalda el monto de los déficits operacionales”**.

### 2.3. Sobre “LAS AUDITORÍAS FINANCIERAS COMO PRUEBA DEL MONTO DE LOS DÉFICIT OPERACIONALES”, expone:

“En concordancia con lo que se viene argumentando, se tiene que, además de las pruebas periciales, que ahondan en razones para determinar la pérdida operacional, **se tiene en el expediente la prueba del déficit, establecida en la plena ejecución del contrato, a lo largo de todo su desarrollo, con mucha más inmediatez, por parte de los distintos auditores financieros que las partes convinieron en disponer para que los establecieran.**

Durante sus 15 años el Contrato de Operación contó con una auditoría financiera que tenía por único propósito establecer los déficit operacionales. Lógicamente, por evidente practicidad, en general tal actividad la realizaban las mismas personas contratadas para la Auditoría Externa de Gestión y Resultados, esas sí, obligatorias por ley.

....  
**Las auditorías siempre fueron conocidas, autorizadas y contratadas por la Contratante, incluyendo por supuesto el municipio de Turbo, único que se niega a pagar los valores que ellas arrojaron.** La prueba adicional que ello fue así, está en que hasta el día en el cual cedió a su vez el contrato a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. **autorizó que se adelantaran auditorías financieras para determinar la existencia o no de pérdidas o déficit operacionales no imputables a la gestión del operador, con cargo al sistema.** Fue el Municipio de Turbo quien determinó qué persona realizaría las auditorías financieras (el contrato lo suscribe Conhydra, por orden del Municipio y con cargo al sistema).

.....  
 De donde no es explicable que el Municipio de Turbo desconozca en este proceso arbitral que las auditorías financieras no sirven, luego de haber ordenado su pago, de recibir los informes y guardar silencio.

.....  
**... en el presente proceso, las pérdidas operacionales se encuentran acreditadas con el solo hecho de allegar las auditorías financieras, contratadas por las partes de consuno para ese sólo y específico propósito, aceptadas expresamente, ya por quienes pagaron, ora por quienes guardaron silencio por años frente a sus conclusiones.** El peritazgo, no es más que la comprobación iterativa, por un nuevo agente llegado a la información contractual de esa información.

No es pues que deliberadamente el Tribunal de Arbitramento cuyo laudo fue dejado sin efectos haya obtenido la cifra del solo dicho de la Perito, pues resulta bastante evidente que la cifra se plasmó, en ese dictamen, de lo establecido por las auditorías en un trabajo exhaustivo, que se pudo hacer en cada período, ingreso a ingreso, egreso a egreso, con la correspondiente interacción con las partes del contrato.

Y, siendo así, las pruebas recaudadas en el expediente, repito: **Primero las auditorías FINANCIERAS, luego el dictamen, dan cuenta de la ocurrencia de las pérdidas o déficit operativos que se adeudan por el municipio de Turbo a Conhydra, su periodo de configuración y su monto.**

**2.4. Con respecto a la actitud de las partes contractuales frente a las pérdidas,** activa y diligente por parte de Conhydra y pasiva y silenciosa por parte del municipio de Turbo, con cita de documentos y correspondencia cruzada, comenta:

*“Un sistema de acueducto al que no se le hacen inversiones, no mejora su capacidad de llevar agua a la obligación que sirve, por tanto, no recauda, no permite que se mejore cultura de pago entre los usuarios y, en síntesis, **genera déficit operacionales.**”*

*Desde el puro principio de la relación contractual, se evidenció la falta de inversión en el sistema, en los términos anunciados en el pliego de condiciones, concretado con la propuesta técnica y financiera de Conhydra y convenido en todas las tratativas que siguieron a la firma del contrato. Pero, a la vez, **Conhydra reiterativamente requiere a sus contratantes de todos los momentos en este sentido.***

*(...)*

*Hemos señalado en otro apartado de este escrito que **el municipio de Turbo, tan activo en lo procesal, fue totalmente pasible en la relación contractual.** Recibió el sistema de acueducto de manos de Acuantioquia, sin cuestionar absolutamente nada del contrato que le fue cedido, sin pronunciarse frente a la necesidad de inversiones, sin pronunciarse frente a las auditorías externas de gestión y resultados, sin objetar la manera como se venían determinando las pérdidas operacionales que Acuantioquia reconoció al Operador. El municipio de Turbo siempre guardó silencio ante los informes de auditoría financiera que le señalaban la generación de déficit del sistema; nunca propuso una medida para que no se siguieran ocurriendo, o quizás la evolución del contrato.*

*(...)*

*Se evidencia una enorme lealtad de parte del contratista, siempre dispuesto a colaborar para que esa situación se solucionara.*

*Además, **Conhydra siempre reportó la existencia de déficit y aguardó cualquier comentario, sin respuesta alguna de parte del Municipio.***

*(...)*

*En todo el plenario, está acreditada la incesante correspondencia en la cual Conhydra invita a que se solucionen las causas de la precariedad en el sistema que derivan en la generación de déficit y, **no teniendo eco en tal sentido, reclamando que le sean reconocidos, como se obligó con dicha empresa el Estado al convocarlo mediante una licitación pública.***

### **3. CAUSAS NO IMPUTABLES AL OPERADOR**

**3.1.** Para lo que debe entenderse como “CAUSAS NO IMPUTABLES AL OPERADOR”, concepto necesario de dilucidar, en la medida que es exigencia para el reconocimiento del déficit, se remite a los testimonios recaudados en el arbitramento anterior y a declaraciones recaudadas en el actual, para deducir que pérdidas operativas o déficit operacionales no imputables a la gestión del operador, quiere decir **“sistema deficitario dependiente de inversiones, y evaluación de la gestión del operador circunscrita a las acciones inherentes o inmediatamente próximas a la operación”.**

**3.2.** Acerca de de la gestión del operador circunscrita a las acciones inherentes o inmediatamente próximas a la operación, hace caer en cuenta de que **Acuantioquia E.S.P y Conhydra S.A E.S.P no consignaron reparo alguno para suscribir la liquidación económica definitiva del contrato** de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del Municipio de Turbo, el 22 de diciembre de 2005, **reconociendo en ella, de manera expresa, las**

**pérdidas o déficit operacionales, resultantes de evaluar la gestión del operador a través de sus auditores financieros y con la metodología obvia de operaciones efectivas de caja.**

Además, trae como sustento reportes positivos y favorables de entidades como la Superintendencia de Servicios Públicos y la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia.

Y termina afirmando que *“Tal como se anotó en la demanda y se refleja en los informes de auditoría de gestión y resultados, Conhydra .S.A E.S.P, a pesar de la precariedad en la inversión por parte del dueño del sistema, Municipio de Turbo, con su esfuerzo, presenta una evolución en indicadores, realizando un comparativo entre 1996 y 2005”.*

#### **4. SOBRE LA CARTERA**

Aduce:

Quisimos traer este tema aparte, no porque esté en igual rango que lo anteriormente expuesto y probado, sino por el singular tratamiento que el Municipio de Turbo le ha querido dar, en el sentido de convertir a CONHYDRA en el responsable de la totalidad de cartera que genera el sistema (transmutando unilateralmente las obligaciones del operador en obligaciones de resultado y no de medio como corresponden a un contrato de gestión), pero además planteando que la cartera no realizada se debe a su falta de gestión. También, porque en el interrogatorio a la testigo de oficio Beatriz Esneda Toro, parecen vislumbrarse diversas inquietudes del Tribunal sobre el particular.

La cartera dada de baja:

¿Quién era el dueño de la cartera? El Municipio de Turbo  
 ¿Quién podía autorizar depurar la cartera? El Municipio de Turbo.  
 ¿Lo hizo así el Municipio de Turbo? Así es, por informe debidamente auditado. Además, ello no obedeció (sic) fue el resultado de que se le haya inducido a error o cosa parecida como se afirma por la convocada, sino simplemente a la constatación de unas causas objetivas que derivan en la imposibilidad de recaudar un valor facturado, dado que en el práctica no es posible su cobro por una de las distintas causas consignadas en cada uno de los registros dados de baja. Dejar que estos valores, de imposible recaudo, meramente teóricos por llamarlos de alguna manera, continuaran apareciendo en los estados financieros como una cuenta del activo corriente, en lograr de contribuir al sistema lo que hacen es viciar la información financiera y, a la postre, trastocar la realidad del mismo y la consecuencial toma de decisiones así como la planeación a futuro.

Analiza en concreto las actividades o acciones de gestión de la cartera realizadas por Conhydra, *“previstas en el Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios para presionar el pago de los usuarios morosos de los servicios de acueducto en el municipio de Turbo, consistentes en la suspensión y corte definitivo”*, para acabar aseverando que:

*“Como **corolario** de lo expuesto se tiene:*

*-Que la situación deficitaria del sistema no obedece a la falta de gestión para la recuperación de la cartera.*

*-Que el operador no es responsable por la cartera no realizada  
-Que la imputación de la cartera no recaudada al operador y su presentación como una de las causas que originan los déficit operacionales constituyen apenas otros de los tantos elementos distractores utilizados por la entidad convocada para sustraerse al cobro de una obligación que se le reclama legítimamente”.*

El señor apoderado cierra sus alegaciones de la siguiente manera:

**EN CONCLUSIÓN:**

*A la vista las consideraciones expuestas, podemos ya exponer estas conclusiones, a las que esperamos lleguen este respetable Tribunal:*

*La legitimidad de las pretensiones planteadas, cuyo sustento no sólo jurídico, sino también en la verdad material, está plasmado en el expediente.*

*Que para su prosperidad, existen las pruebas diáfanas, disponibles, asequibles, que permiten medir el déficit, escenario que dista de la apenas aparente complejidad, múltiples exigencias, vericuetos, obstáculos estratégicamente ha querido interponer el municipio de Turbo, apenas entendible, como que su medio defensivo es apenas el procesal, ante la falta de fundamentos en la realidad del contrato.*

*El hecho de que la persona que antecedió a Turbo y la que lo sucedió, esta última, parte del prestigioso Grupo Empresarial EPM, con el mismo contrato, mismo operador, misma metodología de auditoría financiera, hayan reconocido los déficit al operador hablan tozudamente de la procedencia de lo reclamado.*

*No son nuevos para Conhydra los extensos cuestionarios que la parte incumplida presenta, sus copiosas excepciones, señalamientos severos que tildan a la contraparte hasta de delincuente, puestos como frágil dique para contener lo incontenible: La fuerza de la verdad.*

*No siendo este un segundo capítulo del anterior Tribunal de Arbitraje, es imposible desligarlos, por muchas razones: el impacto que genera la anulación de un laudo arbitral, este en particular, que es hoy citado en debates académicos de los más altos niveles; las circunstancias en que se produce y las razones para dejarlo sin efecto. Y a pesar de que existen hoy nuevas y distintas razones (el contrato terminó, se liquidó, Conhydra se declaró a paz y salvo parcialmente con su último contratante, su último contratante declaró no tener reclamos de incumplimiento, es innegable que semejante antecedente le agrega complejidad, extensión e impone una carga adicional a todos.*

*Resulta paradójico que la innegable fuerza argumentativa que el peritazgo del doctor César Mauricio Ochoa Pérez, le imprimó al laudo arbitral dejado sin efecto, las explicaciones tan contundentes y claras con que auxilió la justicia, hayan sido pasadas tan de largo por el Juez Constitucional que, argumentando la necesidad de trámite expedito (sic) de la tutela, no alcanzó a leer sus argumentos. De lo contrario, este conflicto no habría tenido que esperar hasta hoy para resolverse. Aunque, si ello ha de contribuir en algo para que se recupere el prestigio de la justicia, tan lastimado en la hora de ahora, habrá valido la pena cada esfuerzo adicional requerido.*

*Esperamos sí haber demostrado nuevamente que los reclamos de Conhydra son simples, que se fundan en una cláusula contractual válida y vigente, para cuyo entendimiento no se requieren grandes elucubraciones ni infinitos ejercicios y que no tienen la fragilidad que se pretende, al punto que puedan ser echados al traste, de un plumazo, porque se transfirieron 300 mil pesos allí, porque falta un soporte acuyá (sic) o por tantas y tantas trabas como el incumplido ha puesto para refugiarse.*

*Al unísono la prueba pericial, en coro con las auditorías financieras, el desarrollo del contrato desde sus inicios, la prueba testimonial, la conducta de los demás contratantes, las liquidaciones surtidas con ellos, confirman que en el Contrato de Operación que Conhydra ejecutó por 15 años en Turbo, se ocurrieron unas pérdidas que no terminan de ser pagadas y que, en consecuencia, no será Conhydra el llamado a subsidiar el servicio que abnegadamente prestó durante ese tiempo, ni sustituirá al municipio de Turbo en su obligación constitucional, que ya no podrá seguir soslayando.*

*Por todo lo expuesto, comedidamente ruego al Honorable Tribunal, acceder a las súplicas de la demanda instaurada por Conhydra S.A. E.S.P.*

## **B. ALEGACIONES DEL MUNICIPIO DE TURBO**

Empieza el alegato del señor apoderado del MUNICIPIO DE TURBO expresando que, en atención a sus argumentaciones finales, el Tribunal se sirva acoger las excepciones formuladas -y probadas- por la parte que representa, y, en consecuencia, se nieguen las pretensiones a las que aspira CONHYDRA y se le condene en costas.

Con esa intención y finalidad se refiere al litigio, así:

### **SÍNTESIS DEL NEGOCIO**

Acudiendo a la ley del contrato que aquí subyace como causa del conflicto, el señor apoderado destaca que la EFICIENCIA del contratista era factor esencial en la ejecución de las tareas encomendadas para *“la operación, administración y el mantenimiento del sistema de acueducto que ACUANTIOQUIA E.S.P. posee en el Municipio de TURBO”*, característica que, se observa, viene trazada como hilo conductor de sus alegaciones.

Que así es, aparece establecido en el PARÁGRAFO de la cláusula SEGUNDA:

*“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 que antecedieron a la firma del presente instrumento”.*

En armonía con ello, aduce que el derecho del operador a recibir su remuneración quedó condicionado *“a la realización de una **buena gestión**, haciéndole soportar la carga de no tener derecho a la misma si no había suficientes recaudos”*, puesto



que éstos se debían aplicar mensualmente en el orden consagrado en la cláusula QUINTA, así:

*Los recaudos obtenidos se contabilizarán según las disposiciones que rijan esa materia y los ingresos se aplicarán en forma preferente a los siguientes conceptos, según su orden:*

- a. A Sufragar gastos generales de operación, administración y mantenimiento.*
- b. Pago de los impuestos, tasas y contribuciones a que haya lugar según las normas pertinentes.*
- c. Pago de contribución a la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico y a la Superintendencia de Servicios Públicos, o a los organismos que los sustituyen.*
- d. Al pago de la remuneración del operador, estipulada en la cláusula cuarta.*
- e. A la amortización de los créditos por concepto de inversiones y gastos que efectúe el operador con cargo a ACUANTIOQUIA E.S.P., según se acuerde con ésta.*

*Realizada la anterior distribución, los excedentes se transferirán a la propietaria del sistema, quien los aplicará al pago de la cuota de auditoría técnica a su favor en un porcentaje de lo trasladado el cual será reajustado anualmente por la junta directiva de ACUANTIOQUIA E.S.P., y el saldo alimentará el fondo de reposición y ampliación de los sistemas.*

Hace conexión con la función económica del contrato, el cual fue concebido para seleccionar **un operador profesional eficiente**, “que pudiera apalancar financieramente el sistema de acueducto de Turbo, con el objeto de optimizar la operación y revertir el resultado deficitario que se presentaba y cumplir con los fines de interés público” (punto 2.4 de los pliegos de condiciones a folio 012 aportado por el convocante).

Se pretendía con el contrato “que el Operador recuperara lo invertido y tuviera el retorno de sus esfuerzos por las inversiones que debían dedicarse a optimizar el sistema, y por ello según los modelos financieros planteados, se requería de un contrato con un plazo de 15 años, pues los primeros años de déficit en la caja se compensaría con los subsiguientes años, ya que **operando de manera óptima el sistema, no tenía por qué haber ningún tipo de déficit**”.

Se establece por ello en la cláusula Séptima literal a), que el operador tenía la obligación de prestar **eficientemente** los servicios públicos de acueducto, obligación imposible de cumplir si no se hacían las inversiones y si no se cumplían las demás obligaciones legales y convencionales.

El Contrato buscaba que CONHYDRA cumpliera sus obligaciones como un buen profesional, y procediera al efecto con el grado de previsibilidad, cuidado y diligencia a la que estaba sometido por el contrato y la ley.

Así las cosas, debía el Operador actuar con los medios y los propósitos necesarios para que su cliente alcanzara la finalidad social, económica y jurídica que perseguía con el contrato.

El operador debía contribuir, aportando capital de trabajo, para la realización de las inversiones y gastos necesarios que se requerían para optimizar el sistema, en

acuerdo con el propietario, quien se obligaría a amortizarlos y **evitar que se generaran pérdidas operativas** (letra e. Cláusula QUINTA).

Las pérdidas debían establecerse, durante la vigencia del contrato, bajo la metodología de causación y no de operaciones de caja, como se hizo en todo el término del contrato, pues se requería hacer un **juicio de imputabilidad y determinar si la causa de las mismas provenía o no por la falta de gestión y cumplimiento de las obligaciones del operador**.

Como el Operador no estaba obligado a asumir el riesgo de las **pérdidas operativas** que se generaran en hechos **no imputables a su gestión**, el contrato contempló que el dueño del sistema debía sufragarlas y tomar las medidas necesarias para evitar tal situación, y de no ser ello posible le permitía o facultaba al Operador que suspendiera o diera por terminado el contrato y así **evitar asumir imprudentemente la pérdida de su retribución o gastos que hubiere hecho en el sistema con sus propios recursos**, “siempre que estuvieren demostrados contablemente”, y lograr restablecer el equilibrio económico del contrato (parágrafo segundo de la Cláusula QUINTA).

Insiste en lo anterior al exponer que en *“el momento del vencimiento del término del contrato, esto es el día 28 de agosto de 2011, el Operador privado tendría que haber recuperado su inversión y restablecido el equilibrio económico del contrato, pero dando cumplimiento al procedimiento de la cláusula quinta del contrato durante la vigencia del mismo, pues de lo contrario éste debía haber provocado las suspensión o terminación anticipada, y en todo caso tendría que entregar el sistema sin endilgar ningún tipo de responsabilidad al concedente en el evento de que no haya obtenido ganancias”*.

Plantea que el *“análisis sobre el cumplimiento o no de las obligaciones de las partes plasmadas en las cláusulas segunda, quinta, séptima, octava, novena, y décima sexta del contrato, permitirá que se conozca a quién es imputable las pérdidas operativas, que eventualmente se generaran, sin embargo asegura que **“son supuestas las pérdidas que se solicitan con la demanda, por no existir certeza sobre su acaecimiento por la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema y por la falta de gestión; por lo que el Operador debe asumirlas, pues se ignora incluso de su existencia y en todo caso deberá responder por los perjuicios que tal conducta generó al Municipio”***.

**Formula los siguientes interrogantes:**

**1. CONHYDRA realizó o no una buena gestión?**

R/ No, ya que no cumplió con el objeto del contrato e incumplió con las obligaciones establecidas en la cláusula séptima y décima sexta y en la ley.

**2. Hubo suficientes ingresos para pagar los rubros contenidos en la cláusula quinta?**

R/ Se desconoce la cifra exacta de los costos y gastos que fueron cargados al sistema ya que no se determinaron por la falta de confiabilidad. Los ingresos por su

parte fueron menores a los que se hubieren podido lograr de haberse cobrado la cartera.

Se probó que gran parte de los gastos, que si bien podrían catalogarse inherentes a la operación, por el hecho de no estar contemplados en la propuesta económica que hacía parte integrante del contrato: (gastos administrativos de la central por no ser directos), debían descontarse.

Los costos cargados al sistema de Turbo, correspondientes a la "Central Medellín" fueron mal distribuidos, toda vez que existen costos exclusivos de CONHYDRA, y no del sistema, que fueron asumidos por los sistemas de propiedad de ACUANTIOQUIA en su momento y luego producto de la cesión se cargaron irregularmente al Municipio de Turbo.... no existe prueba que permita establecer que se haya hecho algún análisis sobre los costos de la central que ilegalmente fueron cargados al sistema, y por tal motivo persisten las conclusiones que sobre dicho particular se han referido en las pruebas que fueron debatidas en el anterior proceso arbitral y que seguiremos revelando.

(...)

Se demostró que no se pudo establecer cuáles eran los rubros que realmente se debieron descontar de los gastos, pues no se descontaron todas las glosas desde el año 2000 (sólo se descontaron algunas del año 2006), y como **dice el perito Carlos Cortés se hicieron los ajustes que ellos consideraron válidos y no los que las auditorías exigían. De otra parte no se pudieron cuantificar las observaciones contenidas en las auditorías para poder descontarse desde el año 2000.**

Se probó que se cargaron al sistema gastos para la supuesta optimización del sistema con recursos de ACUANTIOQUIA producto de la liquidación que se hizo entre CONHYDRA Y ACUANTIOQUIA, y se probó que no se reflejaron en la contabilidad.

El peritaje que aportó la convocante con la presente demanda no valoró los efectos del levantamiento contable realizado a instancia de ambas partes para los años 2000 a 2003, (lo menciona para lo que le conviene), ni valoró, ni tuvo en cuenta el dictamen pericial del proceso anterior y desconoció las auditorías, a pesar que se atreve a manifestar que las tomó para soportar su trabajo pues realiza algunos ajustes menores sin decir cuales, y afirma que todo está resuelto ignorando observaciones como los gastos indirectos o de la central.

Todas las anteriores circunstancias incidieron en que no se pueda aún hoy comprender a cuánto ascienden los ingresos y porque se presentaron ingresos negativos (no valoró el manejo dado a la cartera). Se evidenció que los ingresos son más que suficientes para cubrir los gastos que se contienen en la referida cláusula.

### **3. CONHYDRA aportó capital de trabajo para soportar las inversiones y gastos que demandaba la optimización del sistema y autorizó amortizarlas?**

R/ No, en las pruebas contables obrantes en el expediente, certificaciones, libros contables, estados financieros, auditorías financieras y dictámenes no se refleja que CONHYDRA haya realizado aportes de capital de trabajo ni que haya solicitado al Municipio de Turbo autorización para efectuarlo.

... nunca se reconocieron inversiones o gastos al Operador por parte del Municipio de Turbo, pues nunca se solicitó autorización para ello, y por tanto no se apropiaron las partidas presupuestales correspondientes.

### **4. Se generaron pérdidas operativas?**

R/ Se desconoce, porque la contabilidad como fue llevada no es confiable como soporte para su determinación, además la metodología válida para su

establecimiento es por causación, y las auditorías se hicieron por operaciones efectivas de caja, y como tantas veces se dijo no podían determinarse hasta tanto no se establecieran los correctivos a la información que sirvió de fuente para los procesos contables y se descontaran las glosas y se cuantificaran las observaciones contempladas en las mismas para igualmente descontarlas.

El peritaje de la firma GLOBAL FORENSING AUDITING LTDA - GFA que se acompañó con la demanda, no cumplió con el objetivo general y específicos que se propusieron, y al contrario generan mayor certeza sobre la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema de acueducto del Municipio de Turbo y la incertidumbre sobre la ocurrencia del supuesto déficit.

Durante la vida del contrato nunca se reconocieron los supuestos “*déficit operacionales*”, ya que lo que se relacionó fue el déficit de caja (recaudos menos pagos), pues siempre consideró el Municipio, que no se aplicó en debida forma el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato, que establece la metodología para enjugar las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador.

Las auditorías financieras aportadas por la convocante sólo pretendieron determinar el déficit de caja y nunca las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, puesto que las mismas no evaluaron la gestión adelantada para recuperar las cuentas por cobrar; no evaluaron indicadores de eficiencia; no evaluaron si hubo disminución de costos, ni si hubo disminución del índice de pérdida de agua no contabilizada, no evaluaron los compromisos adquiridos por el Operador en las propuestas técnica y económica y, en fin, no analizaron si se cumplieron los presupuestos contenidos en el parágrafo de la cláusula segunda del contrato.

Se debe advertir que la auditoría por operaciones efectivas de caja no es una auditoría integral, ya que la ley lo que obliga es a realizar una supervisión y control integral que contemple entre otros aspectos, la parte administrativa, técnica, jurídica, financiera, contable y ambiental, que garantice a las partes el cumplimiento del objeto contractual.

El perito Hildebrando Gil, explicó el alcance de las auditorías por operaciones efectivas de caja, corroborando que las mismas se limitan a validar la realidad del flujo de caja (entradas y salidas), en cuanto estén debidamente soportados por los comprobantes correspondientes, sin medir ni evaluar si unos y otros son imputables a la gestión del operador. Ese es el grave defecto de la información contable que venía siendo manejada desde la época de ACUANTIOQUIA, pues la contabilidad se manejó, precisamente, por el Sistema de Caja, a efectos de llevar todo a una misma “bolsa”, sin distinguir ni clasificar debidamente el origen de los ingresos y de los egresos, en cuanto a su causa, esto es, decir si eran *contabilidad*”, y ahora no es tan fácil interpretarla bajo la metodología de causación, pues tampoco se clasificó en cuanto a su causa los ingresos y egresos para saber si eran o no imputables al operador.

Existen múltiples cifras del supuesto déficit que fueron reclamados al Municipio, tal y como lo revelaremos al analizar los incumplimientos de CONHYDRA, pero se destaca por ahora que en el anterior proceso se presentó el siguiente reporte del déficit:

Gastos y costos de operación (2000-2005)	\$875.385.359
Remuneración por la Operación (2000/2005)	\$636.036.823
Menos	
Glosas sobre Gastos y Costos Operación (2000-2005)	\$92.854.847
Total:	\$1.418.567.335

(No se incluye la indexación)

Evidenciándose con ello la falta de coherencia con las cifras por las cuales demanda, pues el déficit según la demanda pagina 54, asciende a noviembre 30 de 2013 a \$3.971.655.765 y por concepto de cartera causada asciende sin indexación al tiempo de la terminación del contrato a \$966.471.636 y por remuneración de los años 2000 a 2006 se pagó una cifra de (\$598.151.057), cifras que tampoco coincide con otras certificaciones de cobro emanadas de quien tenía el encargo de llevar debidamente la contabilidad.

Porque cifras tan diferentes? Porque siempre se calcularon vulnerando los principios contables generalmente aceptados y ello originó que todavía se desconozca si acaecieron o no.

##### **5. A quien le es imputable las pérdidas operativas?**

**R/** A CONHYDRA porque incumplió con sus obligaciones. (No gestionó el cobro de cartera; cargó con gastos indirectos al sistema afectando su liquidez y por tanto perdió la oportunidad de contribuir en su mejoramiento y mantenimiento).

Como veremos al analizar el manejo de la cartera, existen múltiples pruebas que denotan el manejo olímpico dado a la cartera y a los flujos de caja, tal es el caso de lo consignado en el tomo I y II folio 385 que mencionamos anteriormente (acta conclusiones definitivas del 2003), que se anexó como prueba trasladada, en la que se acordó sin tener en cuenta al Municipio de Turbo, que *“ACUANTIOQUIA S.A. en liquidación pudo verificar la forma en que se ha invertido los recursos provenientes del recaudo de cartera, que no es otra que la optimización y mejoramiento del sistema, es decir, la misma que la Entidad habría tenido que darle de haber recibido los dineros, razón por la cual acepta reconocer que la no transferencia de estos recursos por parte del Operador no configura incumplimiento de los términos del contrato”* razón por la cual sin discriminar los valores percibidos por cartera se aplicaron supuestamente a la optimización, sin contabilizar dicha operación, ocasionando un detrimento patrimonial para cada sistema y contradiciendo los contratos suscritos con ACUANTIOQUIA, pues si es constitutivo de un incumplimiento contractual que no puede pasar de largo el Tribunal.

En ACUANTIOQUIA no se distinguió qué se recaudó ni qué se entregó a cada sistema. Esto equivale a decir que manejaban una unidad de caja, o sea que todo se metía a la misma “olla” y luego no se supo a que correspondía el dinero destinado a la “optimización”; en todo caso, como se ha denunciado, se expidió el paz y salvo respecto a la obligación de inversión que estaba en cabeza de ACUANTIOQUIA y por tal motivo si no se optimizó el sistema, la culpa fue exclusivamente de CONHYDRA, pues dispuso deportivamente de recursos importantes de los excedentes de otros sistemas y con una maniobra (anti contractual), compensó los valores debidos, con las cuentas que presentó a título de déficit operativo.

Las implicaciones de tal proceder tienen que ver con la ineficiencia del sistema, pues es evidente y salta de bulto, que no es cierto que se hayan realizado tales inversiones en el sistema, omisión que generó que se volviera aún más obsoleto el sistema, pues se recaudaron los recursos que pertenecían a ACUANTIOQUIA y con ello se financiaron los gastos indirectos del sistema de Turbo.

La mala fe de CONHYDRA aflora de la lectura del compromiso de compensación, pues a sabiendas que había utilizado los recursos que no le pertenecían para financiar los supuestos déficit operativos, se atreve a decir que tales recursos sirvieron para cumplir con la obligación de optimización del Sistema a cargo de ACUANTIOQUIA, lo cual como venimos sosteniendo es una falsedad.

Se advierte como ACUANTIOQUIA le reconoció y pagó el déficit de caja para el año 1997 (pago desconocido por la Contraloría en fallo de responsabilidad) 1998 hasta 1999, y casi 10 años después (año 2005) de iniciado el contrato, se encontraron otros valores a favor de ACUANTIOQUIA, que afectaban el pago hecho por CONHYDRA.

Las mismas auditorias hicieron la observación de que aún con las compensaciones mutuas hechas entre CONHYDRA y ACUANTIOQUIA (paz y salvo), subsistían otros saldos a favor de ACUANTIOQUIA, y que por la liquidación de dicha entidad, no se podían reclamar. Por la arbitrariedad del actor se pretende que dichos recursos sean ignorados por el Tribunal, pues tienen incidencia en este proceso, ya que dichos saldos disminuirían el supuesto déficit que se reclama.

**6. El dictamen tiene la virtud de volver confiable la contabilidad?**

**R/** No, pues olvida CONHYDRA al servirse del dictamen realizado por la firma GFA, que este dictamen no valoró la prueba pericial de Patricia Rodríguez, ni valoró que las conclusiones de dicha prueba pericial se fundamentaron en los documentos obrantes en el expediente, tal es el caso del levantamiento contable de los años 2000 a 2003, las auditorias financieras de todos los años que habian transcurrido hasta dicho momento, así como las auditorias de gestión y resultados, y sobre la contabilidad del operador y sus certificaciones y documentación auxiliar.

Las conclusiones de la perito Patricia Lillana Rodríguez, que constan en el Tomo V aportado por la convocante son categóricas y demostrativas de todos los incumplimientos que hemos endilgado al Operador, y se tendrán que repetir, pues influyen no sólo en el proceso arbitral anterior, sino en el actual y fueron por supuesto expuestos en el proceso ejecutivo en el que salió airoso el Municipio; en la etapa de arreglo directo que se realizó previamente al debate arbitral anterior; y en las distintas reuniones y cruce de correspondencia, pues respaldaron la posición coherente y firme que siempre ha mantenido el Municipio de Turbo, respecto al centro del debate que hoy inexplicablemente se vuelve a presentar.

Es sorpresivo el cambio de posición del convocante respecto del cálculo de las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, pero no obstante ello, se mantienen las distorsiones e irregularidades en la contabilidad del sistema.

El actor está contradiciendo su posición férrea mantenida durante todo el término del contrato, pues ordenó el cálculo de las pérdidas bajo la metodología de operaciones efectivas de caja, y para "distraer" la atención sobre lo que implica contabilizar por causación, con el fin de eludir el estudio de fondo de la sentencia de la Corte Constitucional, presenta en una maniobra que aún no se comprende, la supuesta contabilización retroactiva de las supuestas pérdidas operativas adoptando la metodología de causación, con lo cual pretende sin poder, que la contabilidad del sistema de acueducto de Turbo mute la realidad establecida en los estados financieros publicitados ante el Contratante, las autoridades administrativas y de control y los órganos societarios de la empresa.

Del análisis de la declaración del perito Carlos Cortés se puede evidenciar que subsiste el hecho de que los soportes y fundamentos que sirvieron para elaborar la contabilidad del sistema no son confiables, ya que, indefectiblemente, son y serán los mismos, y así se afirme que se contabilizaron por causación, se mantienen incólumes las críticas y observaciones que se realizaron y que debían ser resueltas con inmediatez y no a los dos años después de terminado el contrato.

La reinterpretación de la contabilidad contenida en el dictamen presentado por la convocante, evidencia el desorden administrativo y contable del ex operador, pues como allí mismo se afirma, fue elaborada a partir de los mismos soportes de la contabilidad original calificada reiteradamente como no confiable.

Si los resultados del dictamen son diferentes, lo es porque no se utilizaron los mismos soportes o porque los soportes originales fueron modificados. Esto se puede ejemplificar así: Si en un soporte (original) de egreso se lee que el gasto asciende a la suma de un millón de pesos, al reinterpretarlo dicho egreso no puede disminuir o aumentar. Así pretenda aplicar la mejor de las metodologías conocidas para un recto manejo contable, pues si la información está errada, la conclusión indefectiblemente será que no es confiable.

Los nuevos estados financieros de propósito especial que presenta el actor, son la evidencia que el mismo convocante enseña para no confiar en la información que sirvió de base para su construcción, pues es la misma que se analizó por la perito en el proceso anterior y que soportó la conclusión de que la contabilidad del sistema no es confiable.

Los nuevos estados financieros están preconcebidos para fundamentar técnicamente las pretensiones de la convocante, pero como bien explicó el señor Hildebrando Gil en su dictamen los objetivos generales y específicos del dictamen no se cumplieron y van contra normas imperativas.

Vgr. No es posible que un comprobante de egreso por determinado valor, sea reinterpretado para concluir que era por un valor superior.

Vgr. No es posible que dos años antes de que se presentara la demanda en la cual reexpresan las cifras y las cobran calculadas dizque (sic) bajo la metodología de causación CONHYDRA haya cobrado a Aguas de Uraba el supuesto déficit calculado bajo la metodología de caja.

Una de las razones por las cuales se presentó el proceso y se pidió la liquidación del mismo, y se demandó solidariamente al Municipio de Turbo y a la empresa Aguas de Uraba, fue porque dicha empresa se negó a pagar el déficit de los años 2000 a 2007 por considerarlo no confiable.

Y es que la conciliación que se celebró en el presente proceso se pudo producir por el desistimiento que hizo CONHYDRA de tener a AGUAS DE URABA como solidario del supuesto déficit, pues se dio cuenta que lo cobrado difiere sustancialmente de lo que se demanda, ya que el mismo CONHYDRA no puede determinar si efectivamente le deben, pues nunca existieron erogaciones de su peculio como para poder certificar la cifra.

Hoy se repite la misma historia, pues terminado el contrato, y casi 10 años después de iniciado el trámite arbitral que hoy se revive, y, aún ante la certeza de que el laudo fue anulado por la H Corte Constitucional se presentan otros valores que son sustancialmente diferentes a los cobrados en aquella oportunidad, lo que confirma que la contabilidad del sistema no es confiable, ni la original ni la reinventada.

Lo más sorprendente es que con la presente demanda el déficit ahora no es determinado bajo operaciones efectivas de caja, pues en un giro de 180 grados en la posición que asumía la actora, se presentan bajo el sistema de causación, generando mayores diferencias en las cifras, obviamente a favor de la convocante. Según la lógica exacta de la técnica contable, esto es de imposible ocurrencia, a no ser que las cifras sean manejadas o manipuladas.

(...)

Pretende el actor, contrariando todas sus actuaciones precedentes, que se mantuvieron en el término del contrato, que se liquide a su favor íntegramente la cartera que fue incluso provisionada por AGUAS DE URABA, y más aún pretende hacer responsable de la misma al Municipio de Turbo, a sabiendas que se trata de una cartera en la que ninguna injerencia o beneficio patrimonial le reportó, lo que denota una falta de sensatez a la hora de dirigir las pretensiones.

Olvida también el perito Cortés que los estados financieros según la auditoría externa de gestión y resultados presentan varias irregularidades que no permiten reflejar la situación económica real del sistema y a pesar que afirme el convocante que el presente proceso no constituye la reconstrucción del anterior proceso, enfatizando simplemente en la prueba contable de la supuesta pérdida operativa, ello no es cierto, pues se tienen que volver debatir todas las pruebas que se trasladan al presente proceso, y ello conlleva la repetición del anterior proceso.

Afirma también el convocante que no es el segundo capítulo del anterior proceso, porque ya se entregó el sistema, y por eso cobra las pérdidas operativas por causación, lo cual tampoco es cierto, pues no existe la posibilidad que se pueda reabrir el proceso cada vez que se reforme o reinterprete la contabilidad y menos cobrar por otra metodología para meter el "gol" de poder cobrar sobre una cartera que dice le pertenece, ignorando el hecho probado de que la misma fue provisionada y el déficit que ello generó fue sufragado con recursos trasladados, que correspondían al superávit que presentó el sistema de Chigorodó administrado igualmente por CONHYDRA.

Reiteramos que no es posible que el dictamen pericial que se allega como medio de prueba pueda cumplir con los objetivos general y específicos planteados en la prueba que se presenta con la demanda, pues contrario al querer del accionante al *"reconstruir por completo la contabilidad"* se están variando sustancialmente las cifras que se soportaban en la contabilidad y con las cuales se verificó su cobro, y tal potestad no le era posible al ex operador según la normatividad vigente respecto al alcance de los estados de propósito especial.

Es que si las supuestas pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador se determinaron por CONHYDRA bajo el sistema de caja para los años 2000 a 2007, mal puede ahora presentarse con efectos retroactivos el cobro de las supuestas pérdidas operativas sin analizar si son o no imputables y peor bajo el sistema de causación que si bien era el recomendado, no fue adoptado por la accionante en su momento, luego ya PRECLUYO cualquier posibilidad de reconstruir o interpretar o reformular la contabilidad y las acciones u omisiones que se presentaron con la contabilidad y sobre todo con las fuentes que sirvieron para su formulación se mantienen.

No puede olvidarse que la contabilidad es una sola y lo que pretende el dictamen es tener una doble contabilidad o una no oficial para un propósito especial: Acceder a un beneficio económico injustificado.

Es inadmisibles que el actor pretenda desconocer lo que se hizo constar en los libros de contabilidad, desconocer los estados financieros que fueron aprobados en asamblea de accionistas, las declaraciones presentadas a la Dian, y la información que se suministró bajo la gravedad del juramento al anterior tribunal arbitral y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El dictamen enuncia de manera pormenorizada cada uno de las labores que se deben realizar para llevar a cabo el proceso de verificación, validación y cuantificación de los ajustes a realizar, explica cómo se lleva a cabo esta labor y afirma haberse realizado sobre un 90% de la información contable existente. En efecto, el perito muestra los resultados de su ejercicio, los explica y los fundamenta en las normas contables que consagran los lineamientos técnicos correspondientes pero a pesar de todo eso, el gran interrogante que surge está relacionado con la confiabilidad que generan dichos resultados, y como se ha dicho es ninguna, pues la reelaboración de dichos documentos auxiliares y soportes perdió las virtudes y cualidades exigidas por el Decreto 2649 de 1993 según las explicaciones dadas por el perito Hildebrando Gil.

Dice que cumplió con las resoluciones 1416 y 1417 de 1997 y 006572 de 2001 de la Superintendencia de Servicios públicos y afirma que en su deber tuvo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le



encomienda como experto y la búsqueda de la verdad en forma totalmente objetiva pero, a renglón seguido su informe denota que ni siquiera evaluó que no existía un sistema de control interno, razón por la cual no podía confiar en la base para la determinación de los ejercicios y procedimientos de auditoría que dice realizó.

No podía entonces sobre la evidencia disponible llegar a bases razonables con su dictamen sobre los estados financieros sujetos a revisión, pues debió haber hecho salvedades, en el sentido de que su informe se emitió sin conocer la confiabilidad de la información o sin contar con los documentos que le permitieran corroborar la información que se dispuso. Vgr. afirma que los estados financieros estaban dictaminados sin estarlo pág. 21 de su dictamen.

Puede que el procedimiento de muestras estadística le den un grado de confiabilidad de 95% pero si las bases están malas el procedimiento devienen malo *"los informes base utilizados para los registros contables con los gerenciales de facturación y recaudo, los datos que conforman estos informes no corresponden a tiempo calendario (1 a 30 de cada mes), si no a ciclos de consumo..."* y como veremos dicha fuente de información presentaba múltiples problemas que la hacían no confiable. pág. 31 tomo V aportado por el convocante.

De otro lado se atreve a afirmar que se perdió una información del operador y que la misma se suplió con la prueba que más crítica y que adoptó precisamente la metodología de causación. Tal el caso del levantamiento contable realizado en 2005, veamos lo que dijo:

*Pág. 34: "Es importante aclarar que para el período comprendido entre el 1º de enero de 2000 al 30 de septiembre de 2000, la compañía Gescomer no contaba con los registros detallados de base de datos, en razón a que durante este periodo efectuó cambio de su sistema de información FASP y por consiguiente tanto el proceso de generación de información como informes gerenciales no tienen o cuentan con la misma estructura de datos, por lo cual no fue posible reconstruir la información histórica, no siendo posible la recuperación de esta información..."*  
*"...se resalta que estas cifras, no los resultados que de ellas se derivan, se contienen en el documento "levantamiento de información financiera del servicio de acueducto del Municipio de Turbo", elaborado por las señoras Doris Inés Posada Muñoz y Claudia Patricia Olarte B. para el Municipio de Turbo, fechado 22 de julio de 2005 y que tuvimos en nuestro poder para la elaboración de esta pericia".*

*"Nuestro proceso de peritaje determinó que a la fecha de cesión del contrato por parte del Municipio de Turbo a la sociedad AGUAS DE URABA se generaban saldos sobre las cuentas correspondientes a cartera que deben ser objeto de provisión para determinar el valor real de las pérdidas operativas, toda vez que estos saldos son atribuibles directamente a la gestión del operador durante la vigencia del contrato. es así como se determinaron dichas provisiones sobre los saldos acumulados a cada corte anual y a la vigencia de 2006".*

*"...pág. 52...nuestro peritaje arroja en forma adicional una interpretación bajo el principio contable de causación, diferencias en el criterio de registro de las operaciones propias del sistema para el reconocimiento de sus ingresos, costos y gastos, toda vez que los estados financieros reflejan una situación de caja diferente al concepto de causación, derivado en ajustes sobre la base de recaudos y no de interpretación sobre la base de ingresos por cortes o vigencias":*

Afirma más adelante que pretende reconocer la totalidad de argumentos, glosas y ajustes relevantes que se deriven de su revisión y validación, pero el dictamen presentado por la convocante no tiene la capacidad ni la cualidad de solucionar estos yerros, pues ellos ya fueron cometidos, permanecen y no pueden desaparecer en virtud de las cifras mostradas en unos supuestos estados financieros de propósito especial.

Con lo anterior se quiere significar y reiterar que los estados financieros de propósito especial no son viables, procedentes, conducentes ni pertinentes para ser utilizados con la finalidad pretendida en este proceso.

Despunta necesario hacer las siguientes precisiones sobre el dictamen pericial que se aporta:

No se puede entender que una contabilidad que debe ser el soporte fidedigno de los ingresos, presente tantas variaciones y desviaciones relacionadas con el ingreso. El ingreso es uno solo y no incide en la pérdida. La pérdida es originada por desviaciones del ingreso y por la falta de gestión de cobro de la cartera.

No se puede efectuar indexación sobre las cifras resultantes de los cálculos realizados por la metodología de causación, pues los mismos no tienen la virtud de mutar la contabilidad y menos de manera retroactiva. Los principios de la contabilidad en Colombia no permiten que las cifras que se auditan, dictaminan y se presentan ante las autoridades públicas puedan ser modificadas o reexpresadas, por la simple razón de que se admita que las anteriores estaban equivocadas y deban indexarse.

Ello nos permite afirmar que la reconstrucción de la totalidad de la información contable lo que hace es confirmar la anterior conclusión.

(...)

## COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

El apoderado afirma y considera que *“Es un desgaste para el Municipio de Turbo, y la propia jurisdicción arbitral tener que repetir un proceso que fue decidido por la H. Corte Constitucional en fallo de tutela T - 446 de 2011 pues resolvió anular el laudo arbitral por defecto fáctico”*, conforme a la siguiente resolución de amparo:

*“REVOCAR la sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009) de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual confirmó la decisión del cinco (5) de agosto dos mil nueve (2009) de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura Antioquia, que declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por el Municipio de Turbo (Antioquia). En su lugar, **CONCEDER** la protección de su derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre CONHYDRA S.A. ESP, el Municipio de Turbo y AGUAS DE URABA S.A. ESP, a través del laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008)”*.

Dice que con el fallo de tutela *“la H. Corte Constitucional **resolvió de fondo el asunto**, cuando llegó a la siguiente conclusión en la cual valoró todo el acervo probatorio que hoy se considera, pues sentenció que la contabilidad del sistema de acueducto no era confiable:*

### **7. Conclusión.**

*El análisis precedente permite concluir que la solicitud de tutela presentada por el Municipio de Turbo debe concederse, debido a que el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008) del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre CONHYDRA S.A. ESP, el Municipio de Turbo y AGUAS DE URABA S.A. ESP constituye una vía de hecho por defecto fáctico toda vez que: (i) realizó una valoración defectuosa del acervo probatorio, al concluir, de manera contraria a las pruebas obrantes*

*en el expediente, que la contabilidad del sistema de acueducto era confiable y en consecuencia podía emplearse para determinar las "pérdidas operativas" no imputables a la gestión del operador; (ii) tal error probatorio afectó de manera directa el sentido de la decisión, ya que con fundamento en él se adoptó la determinación de condenar al Municipio de Turbo al pago del rubro perseguido; y (iii) tal incidencia en el sentido del fallo derivó en el insalvable quebrantamiento del derecho al debido proceso de la entidad reclamante, toda vez que el plenario apuntaba inequívocamente a la conclusión diametralmente opuesta.*

Reafirma el señor apoderado *"que hoy sigue siendo no confiable la contabilidad del operador ..."*.

Y propone que con vista en lo dispuesto en la sentencia de tutela, el Municipio de Turbo aspira a que este Tribunal declare en el laudo la **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA**, ya que la Corte Constitucional resolvió de fondo el litigio.

Sobre **"LAS PRUEBAS PERICIALES"** indica:

*"El señor Hildebrando Gil conceptuó que los objetivos perseguidos con el Dictamen Pericial de GFC construido supuestamente sobre unos Estados Financieros de Propósito Especial con el fin de determinar las "pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador", resultan improcedentes para tal finalidad y sentencia que la información contable calificada por los auditores, peritos y la propia Corte Constitucional como no confiable, aún sigue siendo no confiable.*

Para ello glosó, realizó ejercicios, conceptuó, realizó juicios de razonabilidad, comparaciones y analizó los documentos aportados con el fin de validar sobre qué información se basó el perito Carlos Cortez para emitir su concepto, así mismo validó si con los documentos que se reportan se puede dar cumplimiento a los objetivos propuestos y en general explicó las razones por las cuales las supuestas validaciones y ajustes realizados por el Perito sobre la contabilidad del sistema de Turbo, a través de las cuales determina las Pérdidas Operativas no imputables a la Gestión del Operador, resultan improcedentes, inválidas e inaplicables en su sentir:

*"los Estados Financieros de Propósito Especial no pueden ser utilizados para tal finalidad y, por otro lado, el proceso de validación y ajustes efectuados sin haber corregido la contabilidad como se exige en el decreto 2649/93, se realizó con documentos reiteradamente calificados como no confiables, y la contabilidad, por efectos de dichos ajustes y validaciones, seguirá siendo no confiable."*

(...)

*La incapacidad del dictamen para lograr su objetivo resulta evidente a primera vista, no hay necesidad de hacer raciocinios profundos para concluir que los estados financieros de propósito especial contenidos en el dictamen presentado por CONHYDRA S.A. ESP a consideración del Tribunal de Arbitramento, resultan inoperantes e inaplicables y, por tanto, improcedentes como prueba judicial, porque no tienen la capacidad de modificar, en forma retroactiva, una contabilidad oficial, que sirvió de base para suministrar información entre otros, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

Y finalmente concluyó su análisis así:

*"Los estados financieros de propósito especial se elaboran con cifras tomadas exclusivamente de los registros que aparecen en la contabilidad. Nunca podrán*

*elaborarse estados financieros para ninguno de los propósitos que considera la norma con cifras que se acumulan de otra forma y que provienen de documentos contables que no aparecen registrados en la contabilidad o que en ésta se clasificaron de otra manera, buscando con ello obtener otros resultados, que distorsionan los estados financieros, que ya fueron certificados por el representante legal y el contador y dictaminados por el revisor fiscal cuando fue necesario para las épocas a las cuales nos estamos refiriendo.*

*Un ejemplo de ello sería que un egreso se haya registrado en los libros de contabilidad en el año 2000 en activos fijos y hoy para efectos de determinar la utilidad operativa ese mismo egreso se esté tomando como gasto, cuando en la contabilidad es un activo.*

*Significa lo anterior que no es posible inventarme hoy una contabilidad diferente a aquella que quedó plasmada en libros de contabilidad previamente registrados, caso en el cual el dictamen se debe objetar porque no parte de las cifras que se encuentran registradas en la contabilidad original, que es solo una."*

Hay un apartado del alegato destinado a **FALTA DE CONFIABILIDAD DE LA CONTABILIDAD DEL SISTEMA**, en el que resalta *"algunas pruebas documentales y testimoniales que corroboran la falta de confiabilidad y que no fueron debatidas por la firma GLOBAL CONSULTING AUDITING LTDA, pues reiteramos que el señor Carlos Cortés no analizó el dictamen anterior y confesó que no conoce las auditorías financieras (financieras o de operaciones efectivas de caja; de Gestión y Resultados, Técnicas y Levantamiento Contable), fuente del peritazgo".*

Del mismo modo, analiza **LA PRUEBA TESTIMONIAL** practicada en la etapa probatoria de este proceso arbitral (**CARLOS JULIO CORTÉS SANCHEZ, HILDEBRANDO GIL BUILES, FREDY HINCAPIE CIFUENTES y BEATRIZ ESNEDA TORO ECHEVERRI**).

Con relación a **LAS EXCEPCIONES**, dice que las que formuló el Municipio de Turbo "se encuentran probadas", con asidero en razones de hecho y de derecho.

#### **SOLICITUD FINAL**

*"En razón a todos y cada uno de los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el presente memorial, solicito al H. Tribunal de Arbitramento que en nombre de la República de Colombia y por ministerio de la ley, declare la improcedencia de la demanda presentada por el Convocante y la prosperidad de las excepciones presentadas por la parte convocada."*

#### **C. ALEGATOS DE AGUAS DE URABA**

Con petición de desestimación de cualquier pretensión dirigida contra AGUAS DE URABÁ, la señora apoderada advierte que todos los argumentos de la respuesta a la demanda y del acuerdo conciliatorio aprobado mediante auto N° 13 del 2 de febrero de 2015, hacen parte de su alegato y a ellos se remite.

1. Sobre **HECHOS Y PRETENSIONES** de la demanda, efectúa una síntesis de los primeros, específicamente en lo relativo a la injerencia de AGUAS DE URABA en el contrato, y copia las segundas, para recordar que, de conformidad con la contestación de la demanda, se logró establecer que su representada **no incumplió con su deber de liquidar el contrato**, liquidación que debía ser “bilateral”, según las estipulaciones contractuales, y demostró que AGUAS DE URABA, desde que “*recibió como cesionaria*” el contrato, **pagó cumplidamente a CONHYDRA** “*todos y cada uno de los conceptos a los que se comprometió*”.

2. Frente a la **REFORMA DE LA DEMANDA**, expone que AGUAS DE URABA “**fue desvinculada totalmente de las pretensiones: cuarta principal y primera consecucional de la cuarta principal y parcialmente de la pretensión quinta principal, manteniendo(se) la solicitud de condena en costas por considerar que ésta última se sustrajo de la obligación legal de haber liquidado el contrato**”.

Manifiesta que en su momento procesal adujo que:

*“Es sólo hasta la reforma de la demanda que hoy nos ocupa, que CONHYDRA S.A. E.S.P. RECONOCE, con la reforma a la pretensión cuarta principal, que la empresa AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. NO LE ADEUDA las pérdidas operativas generadas mensualmente en desarrollo del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del Municipio de Turbo, desde el primero (1°) de julio de dos mil seis (2006), hasta el treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007), según lo establece el parágrafo 2° de la cláusula quinta del contrato”.*

3. Acerca de la **CONCILIACION LOGRADA** dentro del proceso, aprobada por el Tribunal, pone de presente que en el acuerdo respectivo se pactó:

*- “... **liquidar parcialmente el Contrato...** cedido por parte del MUNICIPIO DE TURBO a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., el día 19 de Mayo de 2006, respecto del periodo en que AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. asumió como supervisor prestador del sistema de acueducto de Turbo, esto es, desde el día 2 de Noviembre de 2007 hasta al 12 de Octubre de 2011...”*

*- “Con fundamento en dicha liquidación, una vez cancelados por parte de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. los valores adeudados a favor de CONHYDRA S.A. E.S.P. ... **LAS PARTES se declaran a PAZ Y SALVO por todo concepto**”.*

*- “De acuerdo a lo solicitado con la pretensión primera principal y previo el acuerdo parcial sobre la liquidación del Contrato ... respecto de las obligaciones a cargo de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.; **CONHYDRA S.A. E.S.P. manifiesta que el objeto del proceso arbitral se circunscribe a las pretensiones de tipo económico solicitadas frente al MUNICIPIO DE TURBO, y en lo demás, se entenderá liquidado dicho contrato en los términos consignados en el Acta de Entrega suscrita entre Conhydra S.A. E.S.P. y Aguas de Urabá S.A. E.S.P. el día 28 de Agosto de 2011, en el Acta de Terminación de fecha 12 de Octubre de 2011 y en el Acta de Liquidación Bilateral que se allegan como anexo al presente acuerdo**”.*

*- “CONHYDRA S.A. E.S.P. manifiesta ... que **DESVINCULA** a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. de las pretensiones consignadas en los numerales 3.7. Primera subsidiaria de la segunda principal y la cuarta principal, y 3.8. Primera consecucional de la primera subsidiaria a la segunda principal y la cuarta principal, y*

**la declara a PAZ Y SALVO por todo concepto de tipo económico que se haya solicitado con la demanda y su reforma”.**

- “En virtud de la desvinculación de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. de todas las pretensiones de carácter económico, y en atención al acuerdo parcial respecto de la liquidación del Contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto en el Municipio de Turbo, CONHYDRA S.A. E.S.P. **DESISTE** de la pretensión de **que se condene en costas** a AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., no obstante continuar vinculado en el proceso en atención a su posición contractual.”

4. Con referencia lo que tiene que ver con las obligaciones a cargo de AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., derivado de la conciliación y liquidación parcial del contrato, afirma que **“el día 2 de marzo de 2015, mi representada procedió a pagar a favor de CONHYDRA S.A. E.S.P., la suma de QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$15.494.819), mediante comprobante de pago N° PT 4320”.**

5. Que AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. continuó vinculada al proceso arbitral, en atención a su posición contractual y solo por razones de índole procesal, a efecto de que el laudo le sea oponible, y no a causa **“de las diferencias que son objeto de las pretensiones formuladas en la demanda contra el MUNICIPIO DE TURBO ...”.**

#### **“SOLICITUD”**

- *En virtud de todo lo dicho, analizado y que encuentra plena prueba en el expediente, se pide al Tribunal que al momento de proferir laudo en derecho se reitere que:*

- *Entre CONHYDRA S.A. E.S.P. y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. se logró conciliación judicial frente a todas las pretensiones de tipo económico que la CONVOCANTE tenía en contra de mi representada, el cual hace tránsito a cosa juzgada entre las partes.*

- *Absolver por lo tanto a AGUAS DE URABÁ de todo cargo, y en consecuencia, no se le condene en costas por solicitud expresa de las partes.*

#### **D. CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR DELEGADO**

Luego de hacer un recuento de los aspectos más sobresalientes del litigio y de la actuación arbitral, el señor Procurador plantea que **EL PROBLEMA JURIDICO POR RESOLVER** se concreta a dar respuesta a los siguientes interrogantes:

**“¿Efectivamente hay “pérdidas operacionales” en el contrato que nos ocupa?, y en el evento de haber sucedido tal hecho, éstas “pérdidas operacionales ¿a quién son imputables? y ¿de qué manera están determinadas efectivamente?”.**

Acto seguido manifiesta que: **“Con fundamento en el estudio del proceso, de las pruebas legalmente aportadas, del criterio jurisprudencial, considera esta Procuraduría delegada ante el Honorable Tribunal que **no se debe acceder a las pretensiones del convocante...**”**

Porque, dice:

*“Acceder a las pretensiones solicitadas en el presente proceso, en concepto de esta Agencia Ministerial, se estaría eventualmente propiciando un detrimento patrimonial del Estado, toda vez que las demandadas manejan recursos públicos”.*

*“Lo anterior máxime cuando la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, a pesar de ya haberse dado oportunidad procesal para aportar las pruebas consideradas por las partes necesarias para sostener lo argumentado en sus diferentes escritos, y que en consideración de la Procuraduría General de la Nación, no se debió haber otorgado una nueva oportunidad; no conducen a una interpretación diferente a la realizada por parte de la H. Corte Constitucional, toda vez que sigue sin haber prueba alguna que demuestre de manera clara e inequívoca la causación de déficit operacional, en tanto el mismo perito aclara el valor inexacto de su informe, y esta tasación es requisito sine qua non para probarse el daño, bajo el entendido de las normas lógicas, que es necesario para demostrar que hubo un déficit, demostrar contablemente cual fue el desequilibrio en las cuentas y a cuánto ascienden”.*

La Agencia del Ministerio Público propone que el centro de la motivación del laudo arbitral que se profiera, ha de gravitar sobre *“la excepción propuesta por la entidad convocada, que hace referencia a la Cosa Juzgada Material”*; en atención a que la Corte Constitucional, como máximo órgano de cierre de los asuntos que se le sometan a su conocimiento, se pronunció sobre el caso concreto debatido, en la sentencia T-466 de 2011 proferida por la Sala Quinta de Revisión de Tutelas y en el Auto N° 052 de 2012 dictado por la Sala Plena, por lo cual *“permitir un pronunciamiento nuevo frente a lo que ya estudió la corte constitucional, traería consigo una posibilidad de contrariedad con la decisión tomada por el máximo órgano constitucional, y en consecuencia contraria a los intereses de la Carta Magna ...”* y *“Es por esto que se ha constituido la figura jurídica denominada Cosa Juzgada, para establecer seguridad jurídica y junto a esta, un intento de preservar el espíritu de la constitución, el cual es interpretado por parte de la H. Corte Constitucional”.*

Con transcripción exacta del fundamento del que se sirvió la Sala Quinta de Revisión de Tutelas para haber concedido el amparo constitucional al Municipio de Turbo, frente al laudo arbitral con el que culminó el anterior arbitramento, dejándolo sin efecto, en tanto ese Tribunal *“incurrió en una vía de hecho por defecto probatorio, ya que realizó una interpretación irrazonable y ostensiblemente equivocada de las pruebas obrantes en el expediente y en especial de los dictámenes periciales practicados durante el trámite arbitral, porque dedujo de aquellos, sin que fuera objetivamente posible hacerlo, el monto de la obligación de pagar las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador...”* (ver, in extenso, el aparte “6.3.5. de la sentencia T-466/11), el señor Procurador, resalta que:

*“...los pronunciamientos realizados por la plurimencionada Corte que refieren al caso concreto, no son frente a lo eminentemente procedimental, sino que analizan el tema de valoración probatoria realizado por parte del Tribunal de Arbitramento que en principio se había pronunciado frente al caso, constituyendo una vía de hecho, de acuerdo a lo establecido por la sentencia T-466/11, es decir, que la H. Corte Constitucional, mediante su pronunciamiento, analizó de fondo la situación, y por lo tanto su pronunciamiento ha de entenderse como el último, es decir, el de*

*cierre, teniendo en cuenta lo mencionado en los acápite anteriores, debiéndose entonces declarar la excepción de COSA JUZGADA MATERIAL”.*

Por otro lado, pero siempre enfocado en el cuestionamiento de la prueba, continúa expresando que: *“Lo argumentado en el presente concepto, ha venido siendo la postura del Ministerio Público, incluso desde el proceso arbitral anterior sobre el mismo caso, en el cual, este ente presentó recurso de anulación del Laudo Arbitral, ante el H. Consejo de Estado, en vista de la negativa del Tribunal de Arbitramento de atender lo solicitado dentro del proceso, y que en líneas sustanciales guarda total afinidad con lo hoy solicitado. La Procuraduría General de la Nación, mediante la Procuradora 31 Judicial Administrativa II Delegada ante el Tribunal, se refirió de manera expresa en los siguientes términos ...”* (transcribe la posición de la mencionada funcionaria alrededor del asunto atinente al significado que le dieron los árbitros de entonces a la expresión “pérdidas operativas”, y al método o sistema que acogieron como aplicable para determinarlas, con desconocimiento de las regulaciones normativas de tipo contable y, por tanto, desprovistos de razones jurídicas para reconocer su monto, fuera de que la contabilidad tomada en cuenta no era confiable, que la indujo a impugnar el laudo en recurso extraordinario de anulación, invocando la causal de haberse fallado en conciencia y no en derecho).

*“EN CONCLUSION solicita la Procuraduría General de la Nación, al presente Tribunal de Arbitramento, se decida de manera que se NIEGUEN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, en virtud de la excepción denominada cosa juzgada material”.*

## VI. OPORTUNIDAD DEL LAUDO

El laudo se expide dentro de la vigencia del arbitraje, ateniendo a que la primera audiencia de trámite se celebró el 9 de marzo de 2015 y a que el proceso fue suspendido desde el 23 de junio de 2015 y hasta el 23 de agosto de 2015, incluidas una y otra fecha, en acogimiento de la voluntad unánime de los apoderados de las partes y del Ministerio Público, expresada en la audiencia del 22 de junio de 2015. Quiere decir, entonces, que el proceso tuvo una suspensión total de 62 días comunes, los cuales se adicionan al término legal del proceso, es decir, al de 6 meses *“contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite”*; de donde, **el término definitivo de este proceso arbitral vence el 10 de noviembre de 2015.**

Se apunta que el tiempo de suspensión del proceso no excedió la limitación legal temporal establecida en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, esto es, “ciento veinte (120) días”.

## VII. NATURALEZA DEL LAUDO

El laudo es expedido en derecho, de una parte, así fue previsto en la cláusula décima tercera del contrato celebrado el 28 de agosto de 1996, para la *Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo*



y de la otra, por la intervención de entidades públicas como lo son el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. E.S.P. (artículo 1º Ley 1563 de 2012).

## **VIII. PRESUPUESTOS PROCESALES**

### **I. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL PROCESO**

Juez competente, bilateralidad de audiencia y legalidad de los actos y procedimientos son los tres elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso. Esos elementos conducen a saber si el procesamiento fue o no debido, es decir, si se desarrolló conforme con el ordenamiento jurídico.

#### **A) La competencia.**

Según el artículo 116 de la Constitución Política, el Tribunal ejerce funciones jurisdiccionales de manera transitoria. Así mismo, acerca de la competencia, el criterio del Tribunal quedó expuesto en las reflexiones que sirvieron de fundamento para declararla afirmativamente en este caso concreto, en la primera audiencia de trámite, a las cuales se hace remisión. El auto de declaración de competencia no fue impugnado.

De igual manera, están los Árbitros facultados para resolver las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos estatales, en los procesos arbitrales en que intervengan entidades públicas, para que se desaten las mismas (artículo 1º de la ley 1563 de 2012).

#### **B) Bilateralidad de la audiencia.**

Al revisar rigurosamente todo el trámite arbitral, se concluye que a las partes se les trató con igualdad procesal en cuanto a sus solicitudes, peticiones y práctica de pruebas, se les garantizó el derecho de contradicción pudiendo actuar sin restricciones en todas las etapas propias del proceso arbitral. Las partes, además, estuvieron asistidas por abogados durante todo el trámite arbitral.

#### **C) Legalidad de los actos y procedimientos.**

El proceso se ajustó con rigor al trámite que para él fue previsto por el legislador según lo establecido en la Ley 1563 de 2012 y sus remisiones específicas a las normas de procedimiento civil, del código general del proceso y contencioso administrativo.

Lo dicho hasta aquí resulta suficiente, para concluir, como lo hace ahora el Tribunal, que el proceso que culmina fue debido y que ningún vicio de nulidad procesal se vislumbra en la actuación.

## **II. REQUISITOS DE EFICACIA DEL PROCESO**

### **A. Capacidad para ser parte.**

Las partes cuentan con capacidad para transigir y para arbitrar. El Tribunal destaca que las personas jurídicas y la entidad territorial involucradas en el proceso actuaron y estuvieron debidamente representadas en él tanto en lo sustancial como en lo procesal, todo lo cual se evidencia en las pruebas documentales allegadas al expediente.

### **B. Interés para obrar.**

El laudo arbitral es un acto de enjuiciamiento que permite variar la realidad preexistente entre las partes en conflicto y la transforma en otra realidad más calificada. Las pretensiones de la demanda buscan efectivamente la transformación de ese momento preexistente.

### **C. Demanda en forma.**

En la oportunidad procesal correspondiente el Tribunal encontró que la demanda que dio origen al proceso arbitral reúne los requisitos establecidos en la ley. Por lo tanto, fue admitida por el Tribunal, vista su aptitud para dar apertura al arbitraje.

### **D. Legitimación en la causa.**

En lo concerniente a los requisitos materiales de la sentencia de fondo, el Tribunal advierte que encuentra acreditada la legitimación en la causa para pronunciarse sobre todas las pretensiones; legitimación que consiste en la afirmación de coincidencia hecha por la parte actora entre los sujetos de la relación sustancial conflictiva y los de la relación jurídico-procesal, lo cual, además, se encuentra acreditado con el contrato y el acto de cesión. De otro lado, las peticiones declarativas y de condena a las que aspira en su favor la parte demandante y las oposiciones a ese reclamo formuladas por la parte múltiple demandada, constituyen suficiente interés de ambos extremos subjetivos para obrar en el proceso.

En efecto, pese a que el Municipio de Turbo cedió a la sociedad Aguas de Urabá S.A. su posición de parte contratante en el contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del Municipio de Turbo, por contrato de cesión que celebraron el 19 de mayo de 2006, este ente territorial está legitimado en la causa para actuar en el presente proceso como parte demandada, toda vez que en la oportunidad de la notificación de la cesión, Conhydra S.A. E.S.P, parte invariable del contrato, hizo expresa reserva de no liberar al Municipio del incumplimiento del contrato por el no pago de los déficit operacionales pactados en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del mismo, generados durante el tiempo en que fueron partes contratantes, los que por consiguiente quedaron a cargo del Municipio cedente, que es ahora llamado procesalmente a responder por esta precisa obligación.

La legitimación en la causa con respecto a AGUAS DE URABA S.A. E.S.P. es irrefragante en virtud de haber asumido la posición contractual del municipio de Turbo en el contrato, como consecuencia de la cesión celebrada entre ellos.

Ahora bien, AGUAS DE URABÁ propuso en la contestación de la demanda inicial la excepción de FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, en relación con la mencionada sociedad, aduciendo que CONHYDRA le está cobrando sumas de dinero por déficits operativos, sin que aun hubiera nacido para ella la obligación de pagarlas, habida cuenta de que la cesión había sido sometida a la condición –suspensiva- de que la notificación de la cesión a CONHYDRA se efectuara en el mismo momento en que se constituyera por parte del municipio el usufructo del sistema de acueducto a la cesionaria, lo cual se cumplió el 19 de septiembre de 2007, con la escritura pública N°835 otorgada en la Notaría de Turbo, registrada el 2 de noviembre siguiente; de donde solamente en esta última fecha nacían para AGUAS DE URABÁ las obligaciones del contrato cedido. En ello se hizo consistir la excepción que se comenta; misma que perdió sentido con la desvinculación de Conhydra a AGUAS DE URABA por los cobros de las pérdidas operativas causadas con anterioridad al mes de noviembre de 2007, tal como lo hizo en la reforma de la demanda y confirmó en el acta de conciliación que fue aprobada por el Tribunal. Sin embargo su presencia es necesaria procesalmente en consideración a la pretensión de liquidación del contrato.

#### **E. Ausencia de cosa juzgada, caducidad, transacción o litispendencia.**

No se observa dentro del proceso ninguna prueba de la ocurrencia de estos impedimentos para una sentencia de mérito. No obstante, debido a que la caducidad y la cosa juzgada propuesta esta última expresamente como excepción, cobran trascendental importancia, dentro de lo que se discute en el presente proceso, tendrá el Tribunal que realizar un análisis concreto sobre las mismas, dejando claro que más adelante en las consideraciones del Tribunal se volverá sobre el tema de la caducidad. Veamos:

##### **(i) En cuanto a la caducidad.**

La acción judicial ejercitada a través de la demanda se intentó oportunamente, frente a la petición liquidatoria arbitral del contrato, sin que hubiese operado el fenómeno de la caducidad, como sí ocurrió con la demanda de reconvenición. Ello por cuanto:

La acción relativa a contratos que ejerció CONHYDRA el 27 de diciembre de 2013, de conformidad con la primera petición principal, consistente en que *“se LIQUIDE por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, de acuerdo con lo que cada una de las partes, incluyendo cedentes y cesionarias adeude a la (s) otra (s)...”*, fue oportuna; toda vez que estaba en el evento previsto en el artículo 164 numeral 2, literal j) subliteral v) del Código de Procedimiento Administrativo y

de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), según el cual, ante la no liquidación del contrato por mutuo acuerdo de las partes, el término de dos (2) años para la caducidad de la acción se cuenta a partir del vencimiento del término para hacerlo bilateralmente. En el presente caso, las partes acordaron en el acta del 12 de octubre de 2011, de terminación del contrato de operación administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, que harían la liquidación dentro de los tres (3) meses siguientes a la firma del acta. Al no hacerlo, y habiéndose vencido este plazo el 12 de enero de 2012, el término para la caducidad de la acción empezó a correr a partir del día siguiente, el cual entonces vencía el 13 de enero de 2014.<sup>1</sup>

No sucedió lo mismo con la demanda de reconvencción que presentó el municipio de Turbo, ya que el término para ejercer esta acción era el mismo, y dicha demanda fue presentada el 26 de mayo de 2014; razón por la cual fue rechazada, conforme a lo dispuesto en el auto del 21 de julio de 2014.

**(ii) En cuanto a la cosa Juzgada.**

La cosa juzgada, planteada incluso como excepción por parte de la entidad convocada y coadyuvada por el representante del Ministerio Público, fue sustentada por la primera en la decisión de la Corte Constitucional que dejó sin efectos el laudo arbitral del 13 de febrero de 2008, proferido por el Tribunal de Arbitramento que dirimió las controversias entre CONHYDRA S.A. E.S.P., el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. E.S.P., dentro del trámite dado a la solicitud de convocatoria formulada por Conhydra S.A ESP contra las citadas entidades.

Para la defensa del Municipio este pronunciamiento *“es contundente y permite afirmar que las pretensiones que tenía CONHYDRA en contra del Municipio de Turbo y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. no pueden aceptarse, pues no existe claridad en la contabilidad del operador para su determinación y además por ser las pruebas obrantes en el anterior proceso arbitral la causa por la cual se anuló el laudo proferido existe cosa juzgada material y por ello no se debe volver a pronunciar laudo arbitral alguno”*.

Reitera en los alegatos de conclusión, que al haberse proferido el fallo T-466 de 2011, la Corte Constitucional se pronunció de fondo sobre el presente asunto, el convocante abusa del derecho a litigar al pretender desconocer lo que sobre el presente particular determinó ese máximo Tribunal, *“pues constituye Cosa Juzgada Constitucional.”*

Por su parte el representante del Ministerio Público, destaca en su escrito de intervención que debe declararse probada la excepción de cosa juzgada material, toda vez que los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la sentencia T-

<sup>1</sup> No es procedente, para contabilizar el término de la acción contractual, partir de los dos meses que se le conceden a la administración para realizar la liquidación unilateral, por cuanto Aguas de Urabá no contaba con esta potestad al no contener cláusulas exorbitantes el contrato para la Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del Municipio de TURBO.

466 de 2011 y en el Auto No. 052 de 2012, mediante el cual ratificó la sentencia de tutela que dejó sin efectos el laudo arbitral y negó la nulidad de dicha sentencia, respectivamente, *“analizan el tema de valoración probatoria realizado por parte del Tribunal de Arbitramento que en principio se había pronunciado frente al caso, constituyendo una vía de hecho, de acuerdo a lo establecido por la sentencia T-466/11, es decir, que la H. Corte Constitucional mediante su pronunciamiento analizó de fondo la situación, y por tanto su pronunciamiento ha de entenderse como el último, es decir, el de cierre, ...debiéndose entonces declarar la excepción de COSA JUZGADA MATERIAL”*.

Para definir si debe prosperar o no la excepción de cosa juzgada ante la existencia de la sentencia T-466 de 2011 que dejó el laudo arbitral sin efectos y que, a juicio de los excepcionantes impide que se profiera un nuevo laudo arbitral, este Tribunal hace las siguientes precisiones:

El principio de la cosa juzgada permea, en términos generales, en todas las sentencias de los procesos contenciosos, tal como lo establece el art. 332 del CPC, hoy art. 303 del Código General del Proceso: *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. (...)”*.

Con respecto a las sentencias de la Corte Constitucional el artículo 243 de la Constitución Política establece que *“los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”*. Significa ello, que se dota de esta condición jurídico-procesal a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, haciéndolas inmutables, vinculantes y definitivas y restringen al juez constitucional que vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto.

Al distinguir los conceptos que se conocen en la doctrina bajo las denominaciones de **cosa juzgada material** y **cosa juzgada formal**, la Corte Constitucional señala que la formal *“hace que no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado dentro del mismo proceso y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución”*, mientras que la material, también conocida como cosa juzgada **sustancial**, *“implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso y en relación con cualquier motivo o fundamento, pues a ella se accede por el agotamiento de todas las posibilidades procesales y supone, por tanto, que la actividad jurisdiccional del Estado se desplegó íntegramente en relación con la materia debatida.”* (Sentencia C-543 de 1992).

Siguiendo con la doctrina constitucional, señaló la Corte en la sentencia T-825 de 2013 lo siguiente:

*“En sentencia C-774 de 2001<sup>2</sup>, la Corte Constitucional señaló que la cosa juzgada: “es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición*

<sup>2</sup> De fecha 26 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico".

"La función de la institución de la cosa juzgada es otorgar a ciertas providencias el carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, al punto que las partes no pueden ventilar de nuevo el asunto que fue objeto de resolución judicial. Además, esta Corte conforme al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil estableció los requisitos para que una providencia adquiriera el carácter de cosa juzgada, respecto de otra, como son:

- **"Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.
- **Identidad de causa petendí** (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.
- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica."<sup>3</sup>.

De manera que el principio de la cosa juzgada constitucional sólo es atribuible, a las sentencias de constitucionalidad, en la cual está el efecto de la cosa juzgada formal y material, tal como lo explica la Corte en la sentencia T-322 de 1999:

"En ejercicio del control jurídico encomendado por la Carta Fundamental, la Corte Constitucional define, con efectos de cosa juzgada constitucional, la exequibilidad o inexequibilidad de las normas jurídicas sometidas a su revisión. Estos efectos, que vienen definidos por el artículo 243 de la Carta Política, han sido objeto de reiterado análisis por la jurisprudencia de esta Corporación, al punto que puede decirse con pleno convencimiento que las sentencias dictadas en ejercicio del control de constitucionalidad a) tienen efecto erga omnes, es decir, general y obligatorio, tanto para particulares como para autoridades públicas; b) por regla general, surten efectos hacia el futuro y, c) son definitivas en la medida en que no pueden ser objeto de un segundo debate judicial".

Señala en esta misma providencia que la cosa juzgada constitucional recae, en principio, sólo sobre la parte resolutive de las sentencias, lo cual explica así:

<sup>3</sup> Sentencia C-744 de 2011 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*"No obstante, los efectos de la cosa juzgada constitucional no recaen sobre la totalidad del texto de la providencia. De acuerdo con el artículo 48 de la LEAJ "Las [sentencias] de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive".*

*En principio, la nítida redacción de la norma podría llevar a la conclusión de que ninguna expresión de la parte considerativa de las sentencias de constitucionalidad tiene fuerza vinculante con efectos de cosa juzgada. Incluso, la redacción subsiguiente de la norma advierte que "la parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general". Sin embargo, la circunstancia de que en numerosas ocasiones surja la necesidad de vincular la parte resolutive del fallo con los argumentos que sirvieron de base para tomar la decisión, ha hecho que la jurisprudencia reconozca los efectos erga omnes de algunas expresiones que no figuran en el capítulo resolutive.*

*Sobre el particular, dijo la Corte:*

*"3. ¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?*

*"La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.*

*"Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.*

*"Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.*

*"En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta.*

*"Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia" (Subrayas fuera del original)*

*Ahora bien, si se atiende con precisión su sentido literal, el párrafo inmediatamente transcrito habla de "los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique". Estos dos conceptos constituyen supuestos distintos que merecen consideraciones independientes, pues mientras el primero se refiere a los fundamentos que implícitamente están fusionados con la parte resolutive, el segundo vincula a los que, por voluntad deliberada del juez constitucional, quedan adheridos a la decisión. En suma, la diferencia reside en que mientras la vinculación en el primer caso es tácita, que en el segundo se resuelve ex profeso.*

*Las sentencias de constitucionalidad condicionada, a las que la Corte acude cuando quiere evitar que una norma que admite varias interpretaciones, una de las cuales es constitucional, sea retirada del ordenamiento jurídico, son ejemplos patentes de la segunda hipótesis[5]. En estos casos, la Corte incorpora el condicionamiento de la norma, que aparece consignado, claro está, en la parte considerativa de la providencia, a la decisión que toma en la parte resolutive, fusionando el par de expresiones en un todo lógico inescindible que cobra, en conjunto, fuerza de cosa juzgada constitucional. Este procedimiento, el de las constitucionalidades condicionadas, tiene pleno sustento en el principio de conservación del derecho,[6] pero además, se adopta por la jurisprudencia gracias a la potestad exclusiva y excluyente que ostenta la Corte Constitucional para determinar el alcance de sus fallos, limitada -claro está- por sus competencias. No de otro modo pueden interpretarse las palabras contenidas en la Sentencia C-113/93 cuando señalan que "sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad."*

*Entonces, no resulta técnicamente cierta la afirmación según la cual, sólo la parte resolutive de las sentencias que se dictan en ejercicio del control de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada: las observaciones precedentes explican cómo otras zonas de la providencia pueden también generar ese efecto jurídico.*

*Hay que decir que el conjunto de apreciaciones jurídicas que se viene presentando está a su vez cubierto con el efecto de la cosa juzgada constitucional. Esto, en virtud de que la Sentencia C-037/96 condicionó la exequibilidad del artículo 48 de la LEAJ, que desarrolla el alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional a los argumentos que se vienen esbozando." (Sentencia T-322 de 1999).*

Ahora bien, se pregunta este Tribunal si los efectos de la cosa juzgada material se extienden a las sentencias que la Corte profiera en la función de revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela, cuando éstas sean dictadas como resultado del examen de las normas legales, y respecto a su parte resolutive, en los términos que lo señala la sentencia transcrita.

La sentencia de tutela T-466 de 2011 ordena en su parte resolutive revocar la sentencia del 19 de noviembre de 2009 de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual confirmó la decisión del 5 de agosto del mismo año de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura Antioquia que declaró improcedente la solicitud de amparo presentada por el municipio de Turbo; y en su lugar CONCEDIÓ la protección de su derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra, el municipio de Turbo y Aguas de Urabá, a través del laudo arbitral del 13 de febrero de 2008. Y, como consecuencia de lo anterior, dejó sin efectos el referido laudo.

Como puede apreciarse, el fallo de tutela referido, lo que hizo fue dejar sin efectos el laudo arbitral del 13 de febrero de 2008, constituyéndose dicha sentencia el cierre de la jurisdicción constitucional, pero sin hacer pronunciamiento de reemplazo o sustitución de sentencia arbitral, dejando abierta la posibilidad de acudir de nuevo ante la misma o ante la justicia permanente, si fuere el caso,



con el fin de obtener una decisión libre de vulneraciones al derecho fundamental del debido proceso.

Es cierto que la parte motiva del fallo de tutela -su *ratio decidendi*-, argumenta suficientemente las razones por las cuales se decide dejar sin efectos el laudo arbitral que analiza, en cuanto encuentra que el mismo constituye una vía de hecho por defecto fáctico, toda vez que a juicio de ese alto Tribunal se realizó una valoración defectuosa del acervo probatorio, al concluir de manera contraria a las pruebas obrantes en el expediente que la contabilidad del sistema de acueducto era confiable y que podía emplearse para determinar las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador; pero también lo es, que contrario a lo dicho por los excepcionantes, la Corte Constitucional no se pronunció de fondo en esa sentencia, en tanto sólo analizó el material probatorio que tuvo en cuenta el laudo arbitral y al dejar el mismo sin efectos y sin una decisión de reemplazo que determinara la situación en que quedaba la controversia de las partes, concedió tácitamente la posibilidad de abrir nuevamente la discusión, bajo el análisis de elementos probatorios y supuestos diferentes.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que la cosa juzgada material como un atributo de las decisiones judiciales, no es absoluto; no la tienen las sentencias relacionadas en el artículo 304 del Código General del Proceso; ni las sentencias susceptibles del recurso de revisión en los casos que señala el artículo 355 de la misma codificación; ni las sentencias inhibitorias. Tampoco cuando las sentencias que en ejercicio de la acción popular sean desestimatorias y surjan nuevas pruebas trascendentales que puedan variar la decisión anterior, no obstante que el art 35 de la ley 472 de 1998 le fijó a esas sentencias el efecto de cosa juzgada frente a las partes (sentencia C-622 de 2007); ni las sentencias de nulidad de laudo arbitral por las causales que establece el artículo 44 de la ley 1563 de 2012.

Estos ejemplos le permiten a este Tribunal concluir que ante una providencia judicial que no decidió de fondo la situación y que simplemente dejó sin efectos otras, como lo es la sentencia de tutela T-466 de 2011, sea posible predicar que no goza del atributo de la cosa juzgada constitucional y/o material, que impida un nuevo pronunciamiento arbitral sobre el asunto.

Por lo anterior, para este Tribunal resultaba viable la posibilidad de un nuevo debate sobre los mismos hechos que se analizaron en la sentencia T-466 de 2011, porque si bien es cierto en el presente caso existe identidad de objeto e identidad de partes, no hay identidad de *causa petendi*, porque la nueva demanda se justifica en la presencia de nuevas pretensiones soportadas en supuestos y elementos probatorios, también nuevos, y en prueba trasladada que el juez arbitral podrá valorar bajo su persuasión racional y sana crítica.

## IX. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### 1. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

El problema jurídico planteado se concreta en determinar si es procedente la LIQUIDACIÓN por parte del Tribunal del contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del Municipio de TURBO, celebrado el 28 de agosto de 1996, y de ser procedente se debe establecer:

.- Si para el período del primero (1º) de enero de dos mil (2000) hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006) y el período del primero (1º) de julio de dos mil seis (2006) hasta el treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007), se presentaron dentro del contrato pérdidas operativas imputables al Municipio de TURBO y por tanto, éste está obligado a cancelarle dicho valor a la parte actora, determinando por parte del Tribunal dicho monto, con base en las pruebas aportadas.

.- De no proceder la anterior petición, es decir, de no ser responsable el Municipio de TURBO por las pérdidas operativas en los períodos indicados, se debe establecer si es responsable al pago de la cartera causada al veintiocho (28) de agosto de dos mil once (2011), además del déficit operacional, determinando por parte del Tribunal dicho monto.

## 2. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN.

No obstante ser la caducidad un requisito de eficacia al cual ya nos referimos, es necesario tratar unos aspectos concretos frente al presente caso, al igual que la prescripción, por ser un tema que viene relacionado con la misma, sin desconocer que es una excepción de fondo, que debería ser examinada posteriormente, pero tampoco podríamos ignorar el hecho de que si la misma prospera, se hace innecesario continuar con el procesamiento de la pretensión. Y son ellas las razones que lleva al Tribunal a examinar las dos figuras jurídicas en este instante del laudo.

Cuando se estudia la labor del fallador se afirma que realiza un trabajo similar al del historiador, pues le corresponde verificar haciendo uso de los distintos medios probatorios, la existencia de los hechos que son soporte de las peticiones, vale decir, su labor consiste en comprobar si ocurrieron o no los supuestos hipotéticos contemplados en la norma sustantiva, que dan lugar a las consecuencias que ese precepto contempla, y de ahí, que se sostenga que el objeto de las pruebas, más que las afirmaciones, son los hechos, y precisamente en ese orden de ideas, esos hechos ocurren en una medida que es el tiempo, lo cual, unido a otros elementos crean, modifican o extinguen una realidad jurídica.

Encontrándonos en esa medida que es el tiempo, descubrimos que la caducidad es una noción ligada necesariamente al mismo, algo se extingue cuando opera la caducidad y es por ello que la Corte Constitucional afirma frente al tema lo siguiente:

*“Consiste la caducidad en el fenómeno procesal de declarar extinguida la acción por no incoarse ante la jurisdicción competente dentro del término perentorio establecido por el ordenamiento jurídico para ello. Opera la caducidad ipso jure, vale decir que el juez puede y debe declararla oficiosamente cuando verifique el hecho*

*objetivo de la inactividad del actor en el lapso consagrado en la ley para iniciar la acción. Este plazo no se suspende ni se interrumpe, ya que se inspira en razones de orden público, lo cual si ocurre en tratándose de la prescripción civil, medio éste de extinguir las acciones de esta clase (set. T.-433 junio 24/92)...En este orden de ideas, **la caducidad corresponde a un término que se otorga para realizar un acto o para hacer uso de un derecho, generalmente por razones de orden público, con miras a no dejar en suspenso por mucho tiempo el ejercicio del derecho o la ejecución del acto que se trata**<sup>4</sup> (Negritas propias-).*

En sentencia posterior la misma Corte Constitucional afirmó que:

*“La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. **Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho**; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien dentro de la oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado”<sup>5</sup> (Resalto).*

En armonía con lo anterior, existe un término perentorio para acudir ante la jurisdicción competente y ejercer el derecho de acción, el cual si se ejerce una vez vencido dicho término, opera el fenómeno de la caducidad, ya que tiene como objeto el no dejar en suspenso por mucho tiempo el ejercicio del referido derecho, por tanto, podemos deducir sin excitación alguna, que el tiempo de la caducidad, es el período que se tiene para presentar la acción, ni antes ni después, y este término, indiscutiblemente debe comenzar a contar desde el momento en el cual la parte interesada tiene la posibilidad de ejercer la correspondiente acción, pues de no ser así, vale decir, si se ejerce el derecho antes de iniciado el correspondiente plazo, se estaría frente a una petición antes de tiempo, que de admitirse, burlaría los dos elementos esenciales del momento e instante de la caducidad, que por ser perentorio e improrrogable ni se interrumpe ni se suspende. Es evidente, que nadie puede hacer uso del derecho de acción sin que esté comenzando a correr el término de caducidad de la acción, o lo que es lo mismo, ejercerlo anticipadamente.

El ex-magistrado Carlos Betancur Jaramillo<sup>6</sup> afirma que:

*“Los plazos preestablecidos en forma objetiva, es decir, sin consideración a situaciones personales del interesado, es lo que se llama caducidad. Si el actor los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho de acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirlos excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse, al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos. **El derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con el plazo prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el***

<sup>4</sup> Sen. C-543 octubre 1/92 José Gregorio Hernández Galindo

<sup>5</sup> Sen. C- 574 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell

<sup>6</sup> Derecho Procesal Administrativo -3ra edición Señal Editora 1993. pág. 103

***primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo improrrogable. ...*** (Negrillas propias).

Indudablemente, para ejercer el derecho de acción se tiene un tiempo y no existe obstáculo alguno para que se ejerza desde el primero hasta el último día de ese plazo, pero existe inconveniente, si se quiere ejercer o antes o después del mismo, puesto que reiteramos si es antes, estamos frente a una petición antes de tiempo y si es después nos encontramos frente al fenómeno de la caducidad, toda vez que el plazo, al ser perentorio e improrrogable, trae como consecuencia la configuración de la misma.

Existen razones de orden público para fijar el término de la caducidad, pero su fin es preestablecer el tiempo en el cual el derecho de acción pueda ser ejercido, considerándose **únicamente el hecho objetivo** de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, **sin que se tengan en cuenta razones subjetivas como negligencia o imposibilidad del titular para ejercerlo.**

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo, contempla la caducidad como una forma de extinguir los derechos o las potestades para reclamar en el ámbito de la jurisdicción administrativa, y en materia contractual, podemos observar el artículo 164 numeral 2 literal j) subliteral v) que al respecto consagra lo siguiente:

"Artículo 164 La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

(...)

v) En los que requieran de liquidación y ésta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente; una vez cumplido el término de dos (2) meses contado a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o a la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga."

Miradas las cosas, se pueden presentar asuntos sencillos como lo sería, en parte, el tema que ocupa al Tribunal en cuanto al término de la caducidad para solicitar la liquidación arbitral del contrato, o situaciones más complejas, como las planteadas por el Consejo de Estado sobre las diferencias entre la manera de contar la caducidad de la acción contractual cuando se dicta un acto administrativo mientras transcurre el plazo de caducidad y cuando se practica la liquidación bilateral en el mismo lapso, asuntos como ese, o como el que se presenta ante el Tribunal, justifican hacer una precisión respecto a este tema, que al igual que el planteado por el Consejo de Estado, resulta más confuso de manejar, **ya que requieren de la interpretación del fallador** para dar aplicación a la norma procesal de caducidad. El Tribunal se cuestiona, como contar el plazo de la caducidad de la acción contractual cuando previamente a esta pretensión de liquidación arbitral, ya el convocante había solicitado durante la ejecución del contrato y ante la justicia

arbitral, parte de los valores que aquí reclama, frente a los cuales tuvo un triunfo esporádico, pues el laudo fue removido del mundo jurídico por la Corte Constitucional en fallo de tutela.

Para resolver el asunto planteado, es necesario analizar la liquidación del contrato y lo que se puede reclamar si la misma se llevó a cabo unilateralmente, bilateralmente o efectivamente no se liquidó.

Haciendo propias las palabras de la doctrina y la jurisprudencia, podemos afirmar que la liquidación del contrato se ha definido, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico, donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello, el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

En cuanto al balance económico, que es el que por el momento ocupa al Tribunal, la liquidación debe exponer el comportamiento financiero del negocio: dineros recibidos, pagos realizados, estado del crédito o de la deuda de cada parte etc., permitiéndose incluso que la liquidación, bien sea mediante el acto bilateral o el unilateral, contemple el monto de cualquier suma de dinero que una parte pagará a la otra, como consecuencia de lo sucedido durante la ejecución del contrato.

Pero cuando la liquidación del contrato se realiza de manera bilateral, y no están contempladas las sumas reclamadas a favor de la parte inconforme, la abundante jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>7</sup> tradicionalmente ha exigido que para reclamar los daños e inconformidades, la parte interesada tiene la obligación de dejar constancia en la liquidación de la insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar, de no hacerlo, sus peticiones ante la jurisdicción habrán de fracasar, sin embargo, igualmente existen excepciones como por ejemplo, cuando la reclamación obedece a circunstancias posteriores a la liquidación y desconocidas por las partes o cuando se acudió ante el juez a reclamar previamente a la liquidación.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia 23.788 del 14 de mayo de 2014 consideró:

*“Al respecto, la Sala quiere enfatizar la siguiente idea, ya incorporada en su jurisprudencia: las reclamaciones, constancias o inconformidades que deban constar en el acta son todas las que existan y hayan surgido a más tardar para el instante en que se suscribe la liquidación bilateral del contrato, de allí que si alguna parte del negocio estima que una decisión, actitud, comportamiento o hecho de la otra parte le causó un daño, debe ponerlo en conocimiento en ese momento, para que, eventualmente, se solucione el problema, y en caso de no lograrlo, para que la constancia le permita, posteriormente, acceder a la jurisdicción. Sin embargo, la excepción a esta regla se presenta cuando los hechos ocurren con posterioridad a la liquidación.  
(...)”*

<sup>7</sup> Sentencias Julio 6/05 exp. 14.113; febrero 14/ 02 exp. 13.600; 9 de marzo 9/00 exp. 10.778

*Ahora –para detallar el tema aún más- , desde luego que si el acto administrativo contractual se demanda durante la ejecución del contrato, y antes de que se liquide bilateralmente- lo cual es posible-, se confirma con sobradas razones la tesis expuesta, toda vez que en tal caso la decisión de poner la diferencia en manos del juez, previo a que se liquidara el negocio jurídico, se ajusta a lo analizado. En otras palabras, esto pone a salvo la posibilidad que tienen las partes de acudir a la jurisdicción antes de liquidar el contrato, sin que sea necesario dejar constancias posteriores, en el acta, sobre el conflicto que ya el juez tiene en sus manos.”*

Del aparte jurisprudencial anterior, el Tribunal encuentra que los actos administrativos producidos durante la ejecución del contrato, se pueden demandar antes de liquidarse, y ello, será un asunto ajeno a la liquidación, sin que pueda entenderse de forma diferente, puesto que en el acta de liquidación, no es necesario aún ni mencionar el conflicto; pero si eso ocurre con cualquier acto administrativo contractual, no existe impedimento para que se pueda demandar antes de la liquidación el cumplimiento de una obligación derivada del contrato por la ocurrencia de cualquier motivo de hecho o de derecho que sirva de fundamento a la petición.

Así entonces, si la liquidación se realiza de forma bilateral, las reclamaciones formuladas durante la etapa de ejecución del contrato, que no fueron acogidas, deben constar en el acta, pues de no hacerlo ya no se podrán proponer ante la jurisdicción, sin que sea obligatorio demandar por estas reclamaciones antes de la liquidación del contrato, pero tampoco existe ningún inconveniente para hacerlo; ahora, si la liquidación fue unilateral, el contratista queda en libertad de reclamar por cualquier inconformidad que tenga con ocasión de la ejecución del negocio; pero si el negocio no se liquidó, las partes están en libertad de acudir ambas a la justicia a demandarse mutuamente, con absoluta libertad en la materia, pues ninguna restricción opera en este supuesto.

No podrá entonces generar mayor resistencia, que tanto durante la ejecución del contrato como luego de su terminación, se puedan demandar actos administrativos o hechos ocurridos durante la ejecución del mismo, es decir, existen dos oportunidades para demandar las cuestiones relativas a los contratos que requieren liquidación, una antes de terminado el contrato y otra luego de su terminación, siendo ello potestativo del afectado.

Pero este Tribunal se cuestiona si estas posibilidades permiten una vez ejercida la potestad durante la ejecución del contrato, disponer del término de la caducidad, teniéndose licencia para que en el momento de fracasar su acción, por cuestiones distintas a la cosa juzgada material, revivir el término de caducidad y volver a accionar luego de liquidado o vencido el término para liquidar el contrato.?

Para el Tribunal es necesario tener en consideración que la sociedad convocante, acudió, previo a la terminación del contrato, ante la jurisdicción arbitral a reclamar parte del pago que ahora en este mismo proceso arbitral se reclama, lo que evidentemente no tuvo ningún obstáculo, puesto que ello no fue objeto de reparo alguno por ninguna de las autoridades jurisdiccionales, vale decir, ni por el juez arbitral, ni por el juez permanente en conocimiento del recurso de anulación. Este Tribunal considera que CONHYDRA al ejercer la potestad de accionar sin que

mediara la liquidación del contrato se sometió al término de caducidad general contractual de los dos años, contados desde *la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*, con base en la norma vigente para ese momento (*artículo 136, numeral 10 del CCA*) lo cual era lógico, pues recientemente se había desvinculado de la relación contractual su contraparte y ya existía el hecho en el que funda su incumplimiento; razón por la cual, no puede ahora escoger a su arbitrio lo mejor de los dos mundos, ya que para que no lo afectara la regla general del término de la caducidad de la acción contractual, debió entonces abstenerse de demandar antes de la terminación del contrato y simplemente continuar si se quiere con una actitud intensa, proactiva y diligente que le impuso a lo largo de la ejecución del negocio, con el fin de obtener una respuesta favorable en el cobro de las pérdidas operativas que hoy igualmente reclama con el fin de hacerlas constar en el acta de liquidación o de no existir la misma bilateralmente poder acudir a invocarlas ante la jurisdicción por primera vez, dentro del término consagrado en el artículo 164 numeral 2 literal j) subliteral l v) de la ley 1437 de 2011, para la liquidación arbitral del mismo.

Así las cosas, para el Tribunal es posible diferenciar los momentos a partir de los cuales corre el término de caducidad de la acción en los contratos que requieren de liquidación, dependiendo de si la demanda se presenta durante la ejecución del contrato, que es una potestad del interesado, o si se presenta luego de la terminación del mismo. Para el primer evento, el término de caducidad comenzará a correr de acuerdo a la regla general, vale decir, el término para demandar será de dos (2) años que se deben contar a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento, y para el segundo evento, el término de caducidad correrá a partir del momento en que se realizó la liquidación, o del vencimiento del plazo para realizarla, si no se hizo, tal como lo señala la norma ya citada.

En armonía con lo expuesto líneas atrás y para nuestro caso, cuando el derecho de acción se presentó durante la ejecución del contrato no nos encontramos frente a una petición antes de tiempo, pero sí se vuelve y ejerce dicha acción en la segunda oportunidad, ello sí interesa a este Tribunal y es necesario entonces verificar si se encuentra o no con el fenómeno de la caducidad, en consideración a la regla general de los dos (2) años contados a partir del momento del hecho que le dió fundamento a la acción, pues no se tiene razón alguna, para que frente a los mismos hechos se puedan correr dos términos de caducidad, uno el general a partir del hecho y durante la ejecución y otro particular, luego de la terminación del contrato y por efectos de la liquidación.

Siendo entonces necesario, ocuparnos de las peticiones referentes a “las pérdidas operativas que se generaron mensualmente en el desarrollo del Contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del Municipio de Turbo” durante los periodos solicitados por el accionante, estando en vigencia el contrato y antes de su terminación e incluso antes de producir efectos la cesión del contrato.

El fundamento contractual invocado por la parte accionante es el PARÁGRAFO SEGUNDO de la cláusula quinta del contrato y denominado "RÉGIMEN ECONÓMICO DEL CONTRATO", el cual, literalmente estipula lo siguiente:

*"PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de que se presenten pérdidas operativas imputables a la gestión del operador ACUANTIOQUIA E.S.P. las enjugará dentro de los 10 primeros días del periodo 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 tres (3) meses siguientes al establecimiento del déficit, se suspenderá el contrato, si así lo solicita el operador, por el término necesario para lograr el equilibrio financiero del sistema. Si la suspensión del contrato dura más de tres (3) meses, el operador podrá provocar la terminación del contrato, dándole aviso por escrito a ACUANTIOQUIA E.S.P., 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."*

De la anterior disposición contractual, en el evento de presentarse pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, el Tribunal encuentra los siguientes estadios en los que dichas pérdidas debían ser enjugadas por parte del contratante:

(i).- Dentro de los diez (10) primeros días del período siguiente al cual se presentaron las pérdidas.

(ii) Si a raíz de la suspensión del contrato por más de tres (3) meses, el operador da por terminado el contrato, el Contratante está en la obligación de resarcir el déficit y las deudas a su cargo dentro de los tres (3) meses siguientes a la terminación del contrato.

Está acreditado dentro del proceso arbitral, que no existió suspensión del contrato, como tampoco el operador provocó la terminación del mismo, por tanto, estamos frente a la primera hipótesis.

Para el Tribunal, si las pérdidas debían ser enjugadas por parte del contratante (Municipio de Turbo) dentro de los diez (10) primeros días del período siguiente al cual se presentaron, se hace necesario indagar, si los períodos de que se trata son períodos mensuales, períodos anuales, o por el contrario, es posible entender frente al contratante Municipio de Turbo, conforme las peticiones de la demanda dos únicos períodos, uno del primero (1º) de enero de dos mil (2000) hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006) y el otro del primero (1º) de julio de dos mil seis (2006) hasta el treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007), encontrando que con independencia de cualquier interpretación, podríamos partir de aquella que arrojará las fechas más recientes, por lo cual, para el primer período las deudas tendrían que ser enjugadas a más tardar el diez (10) de julio de 2006, en días calendario -14 de julio de 2006 días hábiles - y para el segundo período el diez (10) de noviembre de 2007, días calendario - 14 de noviembre de 2007 días hábiles-. Así las cosas, la reclamación arbitral por dichas pérdidas operativas podría iniciarse evidentemente a partir de las referidas fechas, sin necesidad de esperar la liquidación del contrato.



Lo precedente se hace evidente para el Tribunal al mirar que con anterioridad, vale decir, el 18 de agosto de 2006, la misma parte actora CONHYDRA S.A. ESP, formuló solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con el fin de obtener el pago de las pérdidas operativas no imputables al operador, generadas en desarrollo del referido contrato, desde el 1 de enero de dos mil (2000) hasta el 30 de junio de dos mil seis (2006), y lo propio hubiera podido realizar a partir del 10 de noviembre de dos mil siete (2007), para las pérdidas operativas generadas en el segundo período, pero no lo hizo.

Y aunque no se accionó por el segundo periodo, para este Tribunal ello hubiese sido lo lógico, ya que el Municipio de Turbo no estaba legitimado para intervenir en la liquidación bilateral, al haber cedido el contrato a Aguas de Urabá S.A., con lo cual perdió su calidad de contratante, y siendo frente a este ente territorial que se pretendía el pago de las supuestas pérdidas operativas, era apenas racional que en la referida liquidación nada podría adelantarse frente al Municipio, puesto que se requería de su participación activa en la misma para poder que le fuera vinculante, especialmente teniendo en cuenta, que frente a este contrato la liquidación era bilateral, en ausencia de la cláusula exorbitante de liquidación unilateral, por lo tanto, pierde de este modo la justificación que trae el legislador para que se pueda accionar luego de la liquidación o de vencido el término sin realizarse, por tanto, el término de caducidad no puede contarse a partir del momento que contempla la disposición especial que habla de la liquidación unilateral, sino por la general contractual de dos años, contados tal como lo consagra el artículo 164 numeral 2 literal J de la ley 1437 de 2011, a partir de los motivos de hecho o de derecho que sirven de fundamento.

Por lo anterior, no es posible para el Tribunal llegar a una conclusión diferente, que la de afirmar, que el término que tenía CONHYDRA S.A. ESP para iniciar la acción con miras a obtener las eventuales pérdidas operativas por el período del primero (1º) de enero de dos mil (2000) hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006), venció el 11 de julio de 2008, y para las del segundo período, al no haber accionado durante la ejecución del contrato, es necesario remitir a la regla especial, la cual es contar el término luego de vencidos los plazos que se tenían para la liquidación del contrato, encontrando que, como se accionó dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha pactada para la liquidación, esta acción por el segundo período aún no ha caducado, salvo, si se considera la razón de ser de la norma especial, caso en el cual se debió haber actuado el día 11 de noviembre de 2009 y al no haber accionado en dicha fecha igualmente se presentó la caducidad.

Es que evidentemente la razón de ser o la justificación de la norma especial (artículo 164 numeral 2 literal J **subliteral v**) de la ley 1437 de 2011), de esperar la realización o no de la liquidación del contrato, para contar a partir de allí el lapso de la caducidad, por cuanto en la liquidación las partes, como ya se dijo, tienen la oportunidad de realizar un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, *de allí que si alguna parte del negocio estima que una decisión, actitud, comportamiento o hecho de la otra parte le causó un daño, debe ponerlo en conocimiento en ese momento, para que, eventualmente, se solucione el*

*problema, y en caso de no lograrlo, para que la constancia le permita, posteriormente, acceder a la jurisdicción;* pero si ello se hace imposible, pues el tema no se puede tratar en la liquidación, pierde razón de ser el esperar la liquidación o que se venzan los términos para hacerla, tornándose de esta manera necesario accionar dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirven de fundamento, conforme la norma general, puesto que la norma especial no va a tener razón de aplicación alguna, y es por este motivo, que el Tribunal considera que evidentemente para el segundo periodo, igualmente operaría el fenómeno de la caducidad, al igual que sirve de sustento, para reforzar la caducidad que se presenta del primer periodo.

De otro lado, si el Tribunal hiciera caso omiso a que en materia de caducidad se considera únicamente el hecho objetivo que es el transcurso del tiempo, podría buscar una interpretación más amplia y beneficiosa en la forma de contar el término de la caducidad, para el primer periodo del primero (1º) de enero de dos mil (2000) hasta el treinta (30) de junio de dos mil seis (2006), recurriendo al artículo 94 del Código General del Proceso, que estipula que la presentación de la demanda impide que se produzca la caducidad, lo que llevaría a que la acción impetrada por Conhydra S.A., ESP, ante el Tribunal de Arbitramento anterior, impidió que se produjera la caducidad, pero ello sería únicamente hasta el veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2.011), fecha de notificación<sup>8</sup> a la hoy convocante, de la sentencia de la Corte Constitucional que dejó sin efectos el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2.008), día a partir del cual le correría el término para volver a iniciar la acción, venciendo el día veintidós (22) de septiembre del año dos mil trece (2013), operando de igual forma la caducidad, puesto que la demanda que da lugar a este laudo sólo se presentó el día veintisiete (27) de diciembre del año dos mil trece (2.013), una vez vencidos los dos años con que se contaba para accionar.

Ahora bien, no se puede pasar por alto que por parte de la defensa del Municipio de Turbo se propuso de igual manera, **la excepción de prescripción** en los siguientes términos:

“Propongo la presente excepción sobre los cobros realizados por concepto de déficit, pérdidas o retribución de los años 2000 a 2007 por haber transcurrido el tiempo y no haberse interrumpido dicho fenómeno”.

En los alegatos de conclusión el convocado manifiesta que la excepción de prescripción se encuentra probada porque “a pesar que cualquier cobro anterior fue fulminado por la anulación del laudo y pasados más de dos años posteriores a la terminación del contrato, se pretende el cobro de “déficit operacionales” de los años 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 y parte del 2007, que debían cobrarse cada mes, a sabiendas que dichas obligaciones prescribieron a los 5 años, esto es, las del año 2000 prescribió en el 2005, las del año 2001 prescribió en el 2006 y así sucesivamente”.

<sup>8</sup> Conforme la página 4 del auto 239 del 2 de noviembre de 2011, proferido por la Corte Constitucional Sala Quinta de Revisión, Magistrado Sustanciador JORGE IVÁN PALACIO P., mediante el cual se resolvió la solicitud de aclaración de la sentencia T- 466 de 2011.

Como puede observarse el debate se centra en la pretensión de Conhydra de que se le reconozcan las pérdidas operativas que se generaron mensualmente en el desarrollo del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, desde el 1º de enero de 2000, hasta el 30 de junio de 2006 (pretensión segunda principal) y desde el 1º de julio de 2006 al 31 de octubre de 2007 (pretensión cuarta principal); obligaciones que a juicio de la defensa del Municipio de Turbo fueron prescribiendo cada 5 años, contados a partir del año 2000, cuando las pérdidas se empezaron a hacer exigibles, toda vez que conforme a lo acordado en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del contrato, las pérdidas operativas, no imputables a la gestión del operador, debían pagarse mensualmente por parte del Municipio, dentro de los 10 primeros días del periodo siguiente, y la convocante solicita su cobro pasados más de dos años de haberse terminado el contrato.

La defensa del Municipio no indica norma legal alguna como fundamento de la prescripción que propone; solo hace referencia a que el cobro de los “déficit operacionales” prescribía a los 5 años. Entiende entonces el Tribunal que se refiere al término de 5 años que para el ejercicio de la acción ejecutiva establece el artículo 2536 del Código Civil, con las modificaciones que introdujo el artículo 8º de la ley 791 de 2002 (por la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil) y que dispone: “*La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años y la ordinaria por diez (10)*”; quinquenio que también rige para los procesos ejecutivos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, inicialmente por el numeral 11 del artículo 136 del CCA, con las modificaciones que le introdujo la ley 446 de 1998, actualmente recogido en literal k) del numeral 2 del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 (CPACA).<sup>9</sup>

El Tribunal no tiene elementos que le permitan afirmar que la acción que tenía la Convocante para cobrar las denominadas pérdidas operacionales era por la vía de un proceso de ejecución, ya que por el contrario el mismo demandado puso de presente que este tema fue debatido en un proceso ejecutivo que promovió la sociedad convocante en contra del municipio de Turbo ante juez civil del circuito, para el cobro de las pérdidas operacionales de los años 2000-2003, en el cual no se reconoció la existencia de un instrumento *válido* para cobrar, esto es no había un título ejecutivo. (Tomo XIII, folios 920 y siguientes, prueba trasladada).

Significa lo anterior que al no contar la sociedad demandante con los soportes que cumplieran con las exigencias de un título ejecutivo que le permitieran el cobro de las pérdidas operacionales por la vía de un proceso de ejecución, sólo podía hacer valer sus derechos en un proceso de conocimiento, por el carácter incierto de la litis en el que debe probarse el derecho reclamado por el demandante.

Sin embargo, acorde con el tema de la caducidad que se viene analizando, no son las normas de prescripción del Código Civil las que rigen el presente caso, por cuanto la normatividad aplicable es aquella vigente para el ejercicio de las

<sup>9</sup> “K) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida”.

acciones que permitan reclamar en juicio el cumplimiento de los derechos u obligaciones, tal como lo establece el artículo 38 de la ley 153 de 1887: *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición: 1º) las leyes concernientes al modo de reclamar en juicios los derechos que resultaren del contrato” (...)* .

En el presente caso, como quiera que el juez inicialmente competente ante el cual pueden reclamarse los derechos que dice tener la sociedad convocante, es el juez de lo contencioso administrativo, las normas procesales aplicables mutan a la jurisdicción arbitral, caso en el cual el derecho de acción lo determina el término de caducidad –no de prescripción- establecido por el legislador para las acciones contractuales (antes numeral 10 artículo 136 del C.C.A, hoy literal j), numeral 2 del art. 164 CPACA), que es de dos años, contados a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento; razón por la cual no existe fundamento para un estudio diferente sobre la presente excepción, reiterando que lo que ocurrió en este caso, fue la caducidad para el ejercicio de la acción de las pérdidas operativas que incluye la sociedad convocante en la pretensión segunda principal de la demanda, como ya se explicó.

Nos encontramos entonces, ante un hecho frente al que de acuerdo a lo antes expuesto, operó la caducidad, sin embargo, ante lo polémico de la situación y a sabiendas que es evidente que a la fecha de presentación de la demanda no había operado la caducidad de la acción para la petición de liquidación arbitral del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, es preciso continuar adelante examinando de fondo el asunto, con independencia de si ha operado o no la caducidad para la reclamación de los pagos por concepto de pérdidas operativas generadas en los periodos reclamados por la sociedad convocante. Verificando como se hará más adelante por el Tribunal lo probado en este asunto.

### **3. LAS PÉRDIDAS OPERATIVAS PACTADAS EN EL CONTRATO**

Para entrar en materia, pasa en Tribunal a examinar el alcance del párrafo segundo de la cláusula quinta del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del municipio de Turbo, como quiera que es el origen de las denominadas pérdidas operativas que el propietario del sistema se comprometió a reconocer, en el evento de que éstas se generaran durante la ejecución del contrato y sobre el cual la sociedad demandante funda sus pretensiones económicas.

Se estipuló en la cláusula Quinta del contrato, lo siguiente:

**“RÉGIMEN ECONÓMICO DEL CONTRATO:**

El operador facturará, recaudará y manejará los recursos provenientes de los servicios prestados a los usuarios de conformidad con las tarifas y estipulaciones que se encontraren vigentes, en la forma como esté establecido por los organismos competentes.

Los recaudos obtenidos se contabilizarán según las disposiciones que rijan esa materia y los ingresos se aplicarán en forma preferente a los siguientes conceptos, según su orden:

- a. Sufragar gastos generales de operación, administración y mantenimiento.
- b. Pago de los impuestos, tasas y contribuciones a que haya lugar según las normas pertinentes.
- c. Pago de contribución a la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico y a la Superintendencia de Servicios Públicos, o a los organismos que los sustituyen.
- d. Al pago de la remuneración del operador, estipulada en la cláusula cuarta.
- e. A la amortización de los créditos por concepto de inversiones y gastos que efectúe el operador con cargo a ACUANTIOQUIA E.S.P., según se acuerde con ésta.

Realizada la anterior distribución, los excedentes se transferirán a la propietaria del sistema, quien los aplicará al pago de la cuota de auditoría técnica a su favor en un porcentaje de lo trasladado el cual será reajustado anualmente por la Junta Directiva de Acuantioquia E.S.P y el saldo alimentará el fondo de reposición y ampliación de los sistemas.

**PARÁGRAFO PRIMERO:** La distribución de los recursos se efectuará dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, por periodos vencidos del recaudo.

**“PARÁGRAFO 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 periodo 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 tres (3) meses siguientes al establecimiento del déficit, se suspenderá el contrato, si así lo solicita el operador, por el término necesario para lograr el equilibrio financiero del sistema. Si la suspensión del contrato dura más de tres (3) meses, el operador podrá provocar la terminación del contrato, dándole aviso por escrito a ACUANTIOQUIA E.S.P., 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.”

El antecedente precontractual de esta disposición no fue advertido en los pliegos de condiciones de la licitación 002-96 que abrió Acuantioquia para adjudicar el contrato para la operación del sistema del municipio de Turbo; pero si puso de presente el señor Rafael Enrique Márquez Bertel, gerente de la entidad en la época en que se adjudicó el contrato, en la declaración que rindió ante el Tribunal de Arbitramento convocado en el año 2006, a la pregunta de cuáles habían sido las consideraciones para estipular en el contrato el reconocimiento de déficit operacionales, su respuesta fue que ello se decidió por la junta directiva de la empresa, ante la declaratoria de desierta de la primera licitación y apenas conocieron la falta de interés de las empresas que podían operar el sistema por la situación precaria y crítica del mismo, ya que era problemático, “nos da pérdidas todo el tiempo” y había que subsidiarlo con los otros 44 municipios que venían operando.

Del parágrafo segundo se destaca el término utilizado para reconocer las pérdidas operativas: *las enjugará* y el trámite que realizaría Acuantioquia en el evento que se generaran: *“en todo caso ACUANTIOQUIA E.S.P tramitaría las modificaciones tarifarias o los subsidios oficiales para enjugarlas o permitirá que el operador tramite reajustes tarifarios.”*

De las pruebas practicadas en el proceso, y trasladada del anterior, el señor Jorge Alberto Cárdenas Rodríguez, en testimonio rendido ante este Tribunal a las

preguntas que se le hicieron sobre estos antecedentes, concretamente sobre qué significado tenía el término enjugará **contestó**: Enjugar, nosotros lo tomamos como que se debían de reconocer esas pérdidas, asumir esas pérdidas operativas, las debía pagar el dueño del sistema (...). Y a la pregunta de cuál fue la razón para que en el contrato se pactara la posibilidad de que se tramitaran las modificaciones tarifarias o los subsidios oficiales, en el evento de que hubieran pérdidas”, **contestó**:

*“No, no tengo ni idea; es que inclusive iría fuera de la norma, porque quienes definen la parte tarifaria es la Superintendencia. Entonces es una parte que es un híbrido dentro de ese contrato, porque no era posible. Inclusive se llegó a tratar de hacer ese reajuste tarifario y no se podía, porque la Superintendencia es la que determina esas tarifas de acuerdo a los estudios que se hayan hecho. Inclusive de ahí fue donde salieron las AGR, los estudios de las auditorías de gestión y resultados, precisamente para ir organizando toda esa parte tarifaria, para reajustar esa parte tarifaria pero a nivel general, a nivel nacional. Entonces inicialmente eso fue un híbrido que quedó dentro de ese contrato, (...)”* **PREGUNTADO**: ¿Elo tiene alguna influencia o incidencia en las pérdidas a las que se refiere el contrato? **CONTESTO**: ¿El reajuste tarifario? Sí, claro, totalmente, porque es que mire que las tarifas están determinadas en una tarifa plena, que es el estrato 4; el estrato 2 y 3 son financiados, son financiados por el 5 y el 6, y en TURBO no lo hay. Entonces todo el régimen de TURBO era subsidiado, y subsidiado si no se tenía un estrato 5 o un estrato 6, sino que era solamente el industrial y comercial. Entonces mirá que era una cantidad de reajustes que se debían tener en cuenta a nivel de tarifas. Para eso eran todos los estudios que tienen que ver con la AGR (...).

*También establecía el parágrafo segundo de la cláusula quinta que ante la imposibilidad de reajustar las tarifas, podía el operador suspender el contrato y hasta “provocar” su terminación si la suspensión superaba un término de tres meses. Ni lo uno ni lo otro ocurrió.*

El mismo testigo acabado de citar, ante la pregunta que le hizo el presidente del Tribunal de si ¿se llegó a solicitar por parte del contratista la suspensión del contrato a causa de las pérdidas que usted dice se presentaron? **CONTESTO**: No lo vimos evidenciado, nunca vimos un documento, y lo solicitamos y nunca vi un documento al respecto. **PREGUNTADO**: ¿por qué lo solicitaban, cuándo, cómo, a quién? **CONTESTÓ**: Por el término del tiempo ya se enjugarían en los tres meses posteriores y mira que ya se llevaba una cantidad de tiempo. Cuando estábamos haciendo la auditoría, al presentarse los déficits, entonces debía de haber un comunicado o algo, y no, lo solicitamos y nos dijeron que no, que en ningún momento habían solicitado la terminación del contrato; (...). **PREGUNTADO**: Suspensión. **CONTESTO**: Suspensión; en ningún momento. **PREGUNTADO**: ¿Y cuál fue la explicación que le dieron para no haber procedido a eso? **CONTESTO**: No, eso era entre gerentes, y nunca nos dieron información al respecto. **PREGUNTADO**: ¿El operador reclamaba o requería mensualmente al MUNICIPIO DE TURBO sobre las pérdidas que se venían presentando, tal como está pactado aquí en el contrato? **CONTESTO**: No lo recuerdo, no recuerdo haber visto documentos al respecto.”

La parte crucial de la cláusula contractual que se comenta, por los cuestionamientos que le hace la entidad territorial demandada, es la metodología o procedimiento que se utilizaba para establecer las denominadas pérdidas operativas, por cuanto no había un criterio contable claro y tampoco cuándo eran o

no imputables al operador. Sobre ese procedimiento para determinar las pérdidas operativas, los testimonios recibidos en este proceso informaron lo siguiente:

A la pregunta que se le hizo al señor Fredy Osvaldo Hincapié, Líder Financiero de la sociedad Conhydra, sobre si la contabilidad de Conhydra SA ESP para efecto de los estados de resultados se lleva por el sistema de causación o no, y en qué consistía la aplicación de ese sistema contestó:

*"... esto ha sido ... una diferencia de criterio que se ha encontrado .... básicamente con el municipio de Turbo no más, porque con los demás contratantes no ha habido ningún problema, en el sentido que en el municipio de Turbo, como lo decía anteriormente y con los demás sistemas que nosotros operamos y con el operador revisando la contabilidad de la central, contabilidades de causación, como dicen las normas de contabilidad generalmente aceptadas y las normas de auditoría, mas sin embargo nosotros basados en lo que es la experiencia, los requerimientos de Acuantioquia, y en el análisis que hacíamos de la cláusula 5ta del contrato, se determinan digamos que los resultados operacionales a través del sistema de caja, consecuente pues con la propuesta económica, con el pliego de condiciones donde básicamente expresaban que evaluaban al operador cual iba a ser el operador que se ganaba ese contrato básicamente era con flujo de caja, entonces si es con flujo de caja después te tienen que revisar a vos con respecto a eso, después analizando las prioridades que aparecen ahí inclusive hablan de las palabras "pago", "remanentes" "recaudos", son básicamente expresiones que se utilizan para movimientos de caja, entonces así es que se liquidan las operaciones de las actividades de operación, administración y mantenimiento de todos los sistemas que tenía Acuantioquia, de las demás operaciones que yo conozco de otros operadores y de los que nosotros actualmente estamos operando, y la información contable esa es la que siempre se genera, con esa cancelamos impuestos, con esa se liquidan industria y comercio, retenciones en la fuente, con esa es que se presenta la información a la superintendencia de servicios públicos, con esa es que se basa para el cálculo de las tarifas, o sea, esa es la información contable y otra cosa es como se liquida el contrato".*

Sobre el procedimiento que se seguía señaló el testigo Jorge Alberto Cárdenas:

*"(...) Con Acuantioquia ... se definió fue una distribución de ingresos de acuerdo a ... una cláusula que aparecía en el contrato, o sea .... una auditoría contractual directamente; ¿específicamente que era? La distribución de ingresos que es la de la cláusula quinta del contrato ... en la cual Acuantioquia definió específicamente que era por operaciones efectivas de la mejor forma de hacerlo, entonces empezamos a marcar unos parámetros a todos los auditores y empezamos a realizar esta auditoría desde el 97 que fue cuando empezaron estos contratos con los operadores, como Conhydra, en este caso. Posteriormente al vender el sistema, .... queda el municipio siguió bajo los mismos parámetros que se traía con Acuantioquia hasta donde yo terminé la auditoría, terminamos 2003 ... igualmente la trabajaba con la doctora Posada, que es otra auditora financiera, posteriormente a eso ya siguió ella y otras firmas diferentes a la mía."*

**Preguntado:** *...en forma espontánea relátenos por favor cuales fueron las conclusiones de cada una de esas auditorías en esos periodos. Contestó: se entregó un informe, un informe escrito, aparecen las conclusiones en cada uno de los informes como tal, ... en general ... fue definir los ingresos propios del sistema, o sea la plata que entró directamente, los efectivamente cancelados por todos los que pagan los servicios públicos de acueducto en el municipio; con esa determinación de los ingresos se procedió a unos gastos y costos que tuvieron en el sistema, esos gastos y costos se determinaron también para llegar a un déficit, ese es en general ... el objeto principal de la auditoría que se realizó financiera, eso fue lo que nosotros determinamos, los déficit que se dieron de acuerdo a ese procedimiento. Preguntado: pero, y de modo general y por cuanto usted fue el auditor, ¿que*

recuerda de esas conclusiones?, hubo déficit, o no lo hubo?. **Contestó:** hubo unos déficit, el detalle de pronto que siempre se había entrado en cuestión era que el contrato tiene un reconocimiento de pérdidas operativas, ese reconocimiento de pérdidas operativas no quedó bien determinado que eran pérdidas operativas, hasta qué punto llegaban ... entonces lo único que nosotros hicimos fue, determinar ... o sea tener en cuenta que todos los gastos efectivamente hayan sido y costos, y posteriormente determinar, generalmente daban déficit, un déficit que periodo a periodo se iba presentando. En ese déficit se tenía en cuenta lo que era la retribución del operador, que la retribución es lo que se gana el operador por estar operando y manteniendo los sistemas, ... entonces se determinó ... esos valores y ya en el informe se definía exactamente que efectivamente fueran los costos y gastos, nunca fueron por causación sino que siempre fue por operaciones efectivas, eso fue como se definió con Acuantioquia inicialmente y posteriormente hasta que yo terminé se siguió el mismo esquema.

**Preguntado:** usted tenía que ver o analizar las causas de esos gastos y costos a quien eran imputables **Contestó:** claro que si, ... dentro del objeto del contrato era eso, definir exactamente si correspondía efectivamente a la operación, mantenimiento y administración del sistema de acueducto. **Preguntado:** y recuerda de manera general también algo en particular, si los déficit se debían a la operación misma, a conductas imputables a al operador, o al municipio?. **Contestó:** todos los costos y gastos que nosotros determinamos y los ingresos efectivamente correspondían al sistema de acueducto.

**A la pregunta qué se tuvo como imputable al operador? Contestó:** .... que fueran efectivamente los gastos y costos que fueran inherentes a la operación del sistema, operación, mantenimiento y administración del sistema. Entonces, ¿nosotros que definíamos dentro de la auditoría? Cogíamos un gasto, mirábamos si ese gasto si realmente era para operar, mantener y administrar el sistema de acueducto, y eso fue lo que nosotros determinamos dentro de la auditoría financiera, todos esos gastos, y directamente los ingresos que entraron.

**Preguntado:** bueno, ¿y dentro de la tarea de cuantificar esas posibles pérdidas operativas no imputables al operador, se hacía un examen riguroso, periodo a periodo, mes a mes, de cada una de esas pérdidas? **Contestó:** correcto, es así, efectivamente cada uno de los egresos se hacía el estudio, y se tomó mes a mes, y se tomó periodo a periodo, que específico fue muy concreto, fue directo, fue una tarea tediosa, pero fue uno por uno, cada uno de los ingresos y egresos se tuvo en cuenta.

**Preguntado:** ¿en la técnica de la contaduría, el concepto de pérdida operativa insisto, que contenido tiene, que se entiende en contaduría por pérdida operacional, o pérdida operativa? **Contestó:** haber, lo que pasa es que es complicado en ese punto ¿por qué? Porque es que mire que si es que uno va a directamente a operación, ... en términos generales de la contabilidad, llegaría hasta unos ingresos y ... unos gastos, unos costos, ¿cierto? Ya después los gastos administrativos y todo esto ya pasan es a otro plano diferente, entonces como es un contrato específico, o con unas características particulares en esa forma no se podía tomar, sino que todo lo que era administración, operación y mantenimiento se tenía como imputables a la gestión del operador, entonces se tenían que tomar absolutamente todos los costos y gastos, siempre esa fue, el gran inconveniente que hubo con definir que era exactamente esa palabrita "imputables a la gestión del operador" (...) cuando definimos la auditoría de las pérdidas operativas, era donde se decía, bueno hasta qué punto eran las pérdidas imputables a la gestión del operador, y uno decía bueno, y hasta qué punto el operador tenía una responsabilidad directa de que esas pérdidas se presentaran o no, porque es gestión, y gestión es administrar, operar y mantener en forma adecuada el sistema de acueducto".

A la pregunta de cómo se hacían las auditorías, respondió:

.... como se estaba trabajando no sobre la marcha sino sobre periodos que ya habían pasado, entonces el procedimiento que determinó Acuantioquia para hacerlo, ... fue, determinó los ingresos efectivos que hubo, entonces cogíamos ingreso por ingreso y mirábamos si eran ingresos propios del sistema, o si no eran



ingresos propios del sistema, luego miren los gastos, miren cuales gastos son de administración operación y mantenimiento del sistema de acueducto, esos gastos y costos lógicamente, ahí ya se determinaba un déficit o un excedente dependiendo el caso, como era, ... sobre ya unos datos que se tenían, que los tenía el operador, la auditoría se hizo directamente con los egresos y los ingresos que se tenían en el operador, en Conhydra como tal, así fue como se hizo el procedimiento, y ... Acuantioquia fue la que nos definió directamente que es lo que se iba a hacer, y eso fue todo el tiempo se trabajó ... bajo el mismo parámetro, definido por Acuantioquia”.

**Preguntado:** .... Desde su experiencia en el trabajo como auditor financiero en algunas oportunidades y de gestión y resultados en otra, en ese sistema de acueducto, ¿la imputabilidad, para seguir en el mismo orden, la imputabilidad de la pérdida operativa tiene dentro de sus elementos intervinientes la verificación del cumplimiento de los indicadores de gestión que tiene establecido la CRA?

**Contestó:** no, porque fue directa, la auditoría que se hizo directamente fue bajo ese esquema, pérdidas operativas de acuerdo a los ingresos y costos y gastos, en ningún momento se miraron indicadores, los indicadores se tenían cuando se hizo la auditoría fue la de gestión y resultados, pero dentro de la auditoría; por operación efectiva de caja que se hizo nunca se tenían unos indicadores”.

**Preguntado:** (...) ¿es posible, o es necesario hacer el cruce entre la verificación de esos indicadores de la CRA, en tratándose de auditoría de gestión con el establecimiento físico o matemático de la pérdida operativa? ¿Y es posible técnicamente, o contablemente o desde el punto de vista de las auditorías hacer esa compaginación? **Contestó:** no, no porque es que es muy diferente, si vamos a hablar de una auditoría financiera ¿que es una auditoría financiera? Una auditoría financiera involucra una cantidad de indicadores y de todo, y de la parte contable directamente que se hace por causaciones ese es uno de los principios de contabilidad que la causación se debe tener en cuenta dentro de la auditoría financiera. Como esto no se hizo dentro de la auditoría que se hizo, dentro de la auditoría de operaciones efectivas de caja, o sea, es importante tener eso claro, eso se llamaba auditoría financiera, dije yo entre comillas auditoría financiera pero lo que efectivamente era, inclusive dentro de los informes, dentro de la contratación y todo se tenía en cuenta era, la palabra, ... debió haber sido una auditoría por operaciones efectivas de caja, ... entonces la relación entre los indicadores y, entre la auditoría financiera directamente y una auditoría por operaciones efectivas de caja, nunca te van a cruzar, ¿por qué? Por el principio de causación, si uno realiza, si se realizara porque inclusive se hizo el ejercicio, el ejercicio se hizo de hacerlo por causación, es totalmente diferente; ¿por qué por causación? Porque como siempre se operan, siempre los ingresos se estipulan es por lo facturado, lo digo por mi experiencia en haber trabajado la auditoría financiera que se presenta a la Superintendencia de Servicios Públicos, ¿entonces que se hace? Como siempre los ingresos son el valor facturado que el valor facturado efectivamente no es lo que entra a los sistemas propiamente, ¿por qué? Porque está involucrada una cartera dentro de esas causaciones, entonces siempre va a ser muy superiores los ingresos a unos gastos que muchas veces también se tiene que no se involucran dentro del período, entonces por eso fue que se definió operaciones efectivas de caja de acuerdo a la cláusula 5ta del contrato en el que decía “usted va a distribuir sus ingresos para:” específicamente para cuales puntos, que eran los costos y gastos que tenía involucrados dentro de esa cláusula, ¿entonces que hizo Acuantioquia? Dijo bueno, defínanme ustedes auditores, bajo este parámetro o bajo esta cláusula defínanme ustedes ... cuantos van a ser los déficits y cuantos, o cuales van a ser los excedentes, para absolutamente todos los sistemas de acueducto y alcantarillado que tenía Acuantioquia en ese entonces”.

**Contestó:** ¿dentro de la auditoría financiera que fue lo que nosotros determinamos? Lo que efectivamente entró, o sea en ningún momento se dijo “este señor quedó pendiente de pago” lo vamos a ingresar, lo vamos a meter dentro de los ingresos, sino que se definió específicamente cuanto fueron los valores realmente que entraron al sistema de acueducto, el valor que efectivamente se recibió por la prestación de ese servicio, o lo que facturó el operador. **Preguntado:** sabe usted si el sistema contable o la contabilidad en general de Conhydra ¿se llevaba por causación, si se llevaba o no por causación? **Contestó:** siempre, o sea ese es un

*principio que se tiene que tener, si no lo tuviera, hubiera quedado la observación dentro de los informes de gestión y resultados, siempre ha sido por causación, sino, violaría todo el principio total de la contabilidad. Bueno, es importante también es eso, que fue muy puntual la auditoría que se hizo por operaciones efectivas de caja, que era en lo efectivo, en ningún momento por causación, si se hace por causación los resultados son totalmente diferentes. **Preguntado:** muy bien, la naturaleza de las auditorías, la de gestión y resultados, ¿cuál es la naturaleza de esa auditoría? Es decir ¿son una especie de plan de mejoramiento o en qué consisten y cuál es el propósito hacia donde apuntan que pasa con esas auditorías? **Contestó:** no, la auditoría de gestión y resultados bien organizada, bien hecha, es una auditoría bastante completa, por lo que es, que define específicamente, bajo indicadores la gestión del operador, o sea, es una auditoría que está muy bien diseñada inclusive fue diseñada por la superintendencia de servicios públicos bajo una guía y unos parámetros que usted no se puede salir de ellos, ¿qué es lo que evalúa la de gestión y resultados? Indicadores, ¿los indicadores que va a evaluar en una empresa? Si es buena o es mala la gestión como tal, por indicadores: jamás la auditoría que se hizo con Acuantioquia estas operaciones efectivas de caja se hizo para evaluar ese tipo de cosas sino que tenía el punto específico de determinación de excedentes o déficit, (...).*

***Preguntado:** sírvase manifestar ¿por qué si la auditoría por operaciones efectivas de caja no permitía evaluar gestión, y el objeto del contrato habla de la gestión y la cláusula 5ta parágrafo 2do habla de pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador, por qué a esa auditoría, mal llamada financiera, se hizo por operaciones efectivas de caja y no por causación? **Contestó:** parámetros definidos por Acuantioquia, quien nos contrató. **Preguntado:** sírvase manifestar al tribunal, si usted conoció esos parámetros, y en donde constan esos parámetros fijados por Acuantioquia. **Preguntado:** de acuerdo a las reuniones que se hicieron en Acuantioquia, esos parámetros fueron definidos en Acuantioquia. (...) Porque ese fue el parámetro que se definió, la distribución de los ingresos de acuerdo a la cláusula 5ta del contrato,... Acuantioquia dijo: determinenme los ingresos propios, posteriormente los gastos que sean imputables a la administración operación y mantenimiento de los sistemas."*

De acuerdo con el testimonio de la señora Beatriz Esneda Toro Echeverri, contadora pública de profesión, vinculada a EPM como directora de Consolidación y concedora del contrato de operación a cargo de Aguas de Urabá, filial de EPM, a través de su contabilidad, como se lo manifestó al Tribunal; a las preguntas que sobre este tema se le hicieron, suministró la siguiente información al Tribunal:

A la pregunta de Cuáles son los métodos para llevar a cabo la contabilidad de un sistema como el que trata el contrato **CONTESTO:** Bueno, la contabilidad en Colombia, tanto el sector público como el privado, se debe llevar por el sistema de causación, es decir, los registros, los hechos económicos se deben registrar cuando se tienen conocimiento de ellos, independiente del momento del pago; entonces es por causación. **PREGUNTADA:** ¿Qué diferencia hay si se hace por causación o se hace por caja? **CONTESTO:** Bueno, la diferencia es que por causación yo reconozco los hechos económicos cuando tengo conocimiento de ellos o cuando ya nacen los derechos o las obligaciones para la empresa. En cambio el sistema de caja reconoce solamente los hechos económicos cuando ellos han generado un ingreso, unos flujos más bien, de efectivo, a la entidad, o al salir, en el caso de que sean gastos o costos. **PREGUNTADA:** ¿Eso puede llevar a diferenciar entre las pérdidas operativas o no, cualquiera de las dos formas? **CONTESTO:** En pérdidas operativas lo que me establece a mí el estado de resultado, que es donde yo la reconozco, es la diferencia entre los ingresos y los costos. Entonces no sé cómo en qué contexto pérdidas operativas como tal. Lo que me trae a mí los estados financieros es que yo tengo unos ingresos, le resto los costos y los gastos y llego a la utilidad o pérdida operacional, y se pueden establecer en cualquiera de los dos sistemas, sea por caja o sea por causación.

¿Es lo mismo contabilizar lo de las pérdidas, el resultado operacional, bien sea por caja o por causación? ¿No habría diferencia entre una y otra contabilización?

**CONTESTO:** Los resultados van a ser diferentes. ¿Por qué? Porque yo cuando estoy en el sistema de causación, yo registro todos los ingresos, que son por los servicios que yo he prestado, independiente de que me los hayan pagado o no. Ese es causación. Por eso es que yo registro el hecho económico independiente si ya lo he hecho efectivo, o sea, si ya han ingresado a la caja. Igualmente los costos y gastos; yo los registro cuando ya tengo una obligación de pago, no cuando los haya pagado. Entonces aquí el resultado es muy diferente, porque cuando yo estoy en una contabilidad de caja, solamente registro cuando los ingresos han sido efectivos.

**PREGUNTADA:** Hay un tema dentro de este contrato, del objeto, y es que se habla de las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador durante la vigencia del contrato de operación y mantenimiento del sistema de acueducto del MUNICIPIO DE TURBO; que había que establecer esas pérdidas operativas o imputables a la gestión del operador. ¿Cómo se establecerán esas pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador? **CONTESTO:** Bueno, la contabilidad me entrega a mí la información financiera, pero la contabilidad no solamente tiene estados básicos, financieros, sino que también me permite tener informes financieros. En estos informes financieros lo que nosotros se tiene es que se hace, se establece como esa pérdida por flujos de caja. No quiere decir que si yo establezco una pérdida operativa por flujos de caja, no quiere decir que yo no lleve la contabilidad por causación. Eso es otra cosa; yo puedo tener mi contabilidad por causación y establecer entre las partes – porque eso es un convenio entre las partes – cómo va a ser el informe para yo liquidar la pérdida operativa. ¿Entonces cómo se puede establecer eso? Si yo lo que estoy estableciendo es la pérdida operativa y yo acordé con mi parte que iba a hacer la contabilidad y yo me iba a establecer solamente por el estado de resultados, yo puedo ir a establecer si hay pérdida o no operativa, y esa sería por causación. Si yo establecí entre las partes que lo que vamos a establecer es que vamos a mirar cuál era el efectivo con que el operador iba a operar, yo puedo entrar a establecer cómo fue los flujos de caja que recibió, entonces cuánto fue el recaudo. Ahí no hablamos de ingresos, hablamos de recaudo, cuánto fue los recaudos y también cuánto fue las erogaciones de costos y gastos asociados a la prestación del servicio. ¿Por qué se dice que a la prestación del servicio? Porque no es pagar por pagar. Por ejemplo, que si el otro va a comprar un edificio, esa erogación no va a estar asociada a ese déficit; son solamente erogaciones vinculadas con la prestación del servicio. Ahí yo establecería cuál es la pérdida operativa por flujo de caja.

**Pregunta:** En términos generales eso es pérdida operativa? **CONTESTO:** Sí, por flujo de caja, y las partes son las que establecen cómo van a liquidar el contrato; si yo lo que voy a establecer es una pérdida operativa por flujo de caja, o si me voy a ir a una pérdida operativa por causación, porque de todas las dos formas yo llego a una pérdida operativa. Lo que pasa es que una es de Cat (sic), es la que me permite a mí hacer mantenimiento y poder tener la prestación. **PREGUNTADA:** Es el contrato el que define cuál va a ser el tratamiento de las partes de las pérdidas operativas? **CONTESTO:** Es el acuerdo; en el convenio de la partes debe quedar claramente cómo va a ser esa liquidación y qué se entiende por pérdida operativa.

**PREGUNTADA POR EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** Y en este contrato que usted dice que conoció, ¿cómo estaba pactado? **CONTESTO:** Con AGUAS DE URABÁ, en el contrato de operación lo tenemos por flujos de caja.

La anterior información suministrada por los testigos que tenían conocimiento directo de la problemática, porque el uno era auditor financiero, contratado por prestación de servicios, el otro contador público de la empresa Conhydra, por la época 2000 – 2005, y la otra, concedora de como se liquidaron las pérdidas operativas por Aguas de Urabá hasta la terminación del contrato, le permiten a este Tribunal llegar a las siguientes conclusiones, con respecto al procedimiento que se aplicó para liquidar los rubros a que hace referencia la cláusula quinta del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto

del municipio de Turbo, entre ellos, el correspondiente a las denominadas pérdidas operativas o déficit de la operación:

- El concepto pérdida operativa o déficit, se tomaban como sinónimos, equivalentes "al saldo negativo de un negocio u operación", que se produce "cuando los ingresos no alcanzan a cubrir los gastos".
- Los criterios contables utilizados en la metodología o procedimiento para establecerlas, operaciones efectivas de caja, siempre cuestionaron la labor de los auditores, al igual de qué gastos eran o no imputables al operador. Ello por cuanto los resultados operacionales para efecto del análisis de la cláusula quinta del contrato se hacían por el sistema de caja, no obstante que Conhydra llevaba su contabilidad por el sistema de causación, acorde con las normas generalmente aceptadas.
- Las pérdidas o déficit lo establecía una auditoría, mal llamada financiera, realizada por terceros contratados, que seguían las directrices de Acuantioquia y que siguió aplicando el municipio de Turbo una vez compró el sistema. El procedimiento que se seguía consistía en identificar los ingresos que entraban en efectivo al sistema, a los cuales se restaba los costos y gastos de la operación administración y mantenimiento del sistema; no incluía índices de gestión.
- Los índices de gestión no correspondía evaluarlos a la auditoría financiera, estos se evaluaban por las auditorías de gestión y resultados que debían seguir los parámetros de la CRA y tenían una finalidad distinta a establecer las pérdidas.
- En la auditoría por operaciones efectivas de caja, se incluía la remuneración del operador, porque este concepto era deducible de los ingresos, como lo señalaba la cláusula quinta; se tomaba como un gasto imputable a la gestión del operador.
- Las auditorías financieras no ordenaban pagos; solo definían cifras, cuáles eran los ingresos y gastos propios del sistema y la diferencia, si los primeros superaban los segundos se reportaban como pérdidas operativas o déficit.
- Las auditorías en la forma que se elaboraban cumplían con el objetivo propio de la distribución de ingresos, para cumplir con los conceptos que disponía la cláusula quinta del contrato; pero una auditoría financiera en estricto sentido debía ser por causación; pero el esquema lo adoptó el propietario del sistema, no el operador.
- Estas auditorías que se hacían bajo la base de confrontar ingresos contra egresos (costos y gastos) fueron las que permitieron que al operador se le pagaran las pérdidas operativas a que se refirió en contrato en el parágrafo segundo de la cláusula quinta, por parte de Acuantioquia, por el periodo 1997- 2000. Aguas de Urabá las calculó por el sistema flujo de caja, desde que recibió el contrato hasta su terminación; sistema que permite obtener los recaudos, menos los costos y gastos pagados. Por un sistema efectivo de caja se puede establecer qué tanto se facturó y qué tanto se recaudó en un periodo determinado y establecer una pérdida.

#### 4. ANÁLISIS PROBATORIO.

El Tribunal examinó toda la prueba trasladada del proceso arbitral anterior, ello con fundamento en el artículo 31 de la ley 1563 de 2012, en armonía con el artículo 174 del Código General del Proceso, por lo siguiente: (i) se practicó válidamente en el otro proceso, puesto aunque en sentencia T – 466 de 2011 dejó sin efectos el laudo arbitral de donde se trasladó la prueba, la sentencia no declaró nula ninguna de las pruebas trasladadas; (ii) se trasladó en copia sin que la norma exija que sea en copia auténtica; (iii) la prueba trasladada no requiere de más formalidades para valorarse dentro de este proceso arbitral, por cuanto todas las partes de este arbitramento, tuvieron la oportunidad de controvertirlas en el proceso de origen, al haberse practicado con audiencia de ellas. Bastando los tres puntos referidos para poder valorar las referidas pruebas trasladadas dentro de este asunto conforme a las reglas de la sana crítica como lo hizo este Tribunal.

Así mismo, valoró de manera individual todas las pruebas aportadas y practicadas dentro de este proceso arbitral, para concluir lo que en su conjunto arrojan todas ellas.

De acuerdo a lo anterior, se ocupa el Tribunal en este punto de analizar, con toda atención, las pruebas que obran en el plenario respecto de si se presentaron dentro del contrato pérdidas operativas imputables al Municipio de Turbo, en los dos periodos solicitados, lo cual realiza con el cuidado que le impone el estudio de las mismas y que hacen referencia a dicho tema.

El Tribunal encamina su estudio, inicialmente, al dictamen pericial presentado por la perito Patricia Rodríguez, arrimado como prueba trasladada, a los informes de auditorías financieras presentadas por Doris Posada y Claudia Olarte, a los testimonios practicados, al dictamen de auditoría de la firma Global Forensic Auditing Ltd y a la sentencia T- 466 de 2011 proferida por la Corte Constitucional por cuanto la decisión de *“DEJAR SIN EFECTOS el laudo arbitral del trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008), proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra S.A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá S.A. ESP dentro del trámite dado a la solicitud de convocatoria formulada por Conhydra S.A. ESP contra el Municipio de Turbo”*, obliga a este Tribunal a efectuar un juicioso análisis de la contabilidad de la convocante Conhydra S.A. ESP, con el fin de establecer con la certeza requerida, si ésta ha sido corregida y por, ende superadas las deficiencias señaladas, entre otras, por la perito Patricia Rodríguez en el proceso arbitral anterior que lleven a la convicción a este Tribunal que se está hoy frente a una contabilidad confiable y sin errores, o si por el contrario las falencias de la misma, señaladas por la perito en su dictamen aún persisten y cuáles serían los efectos que se podrían presentar para efectos de establecer por parte de este Tribunal con la certeza que se requiere la presencia o no de las pérdidas operativas reclamadas.

Solo con un juicioso análisis sobre los referidos aspectos y si se concluye que las irregularidades han sido superadas se evitaría incurrir una vez más en una vía de hecho por error fáctico, como sucedió con el anterior laudo arbitral.

**4.1. La contabilidad.** Para los efectos del análisis a efectuar, entendamos que por medio de la contabilidad se cuantifican, miden y analizan las operaciones, la realidad económica y financiera de las organizaciones o empresas, con el fin de facilitar la dirección y el control; mediante la presentación de la información, previamente registrada, de manera sistemática para el estudio y análisis de las distintas partes interesadas en conocer los resultados de los negocios empresariales. Mediante ella se registran las transacciones, cambios internos o cualquier otro suceso que afecte económicamente a una entidad.

La finalidad de la contabilidad es pues suministrar información *fehaciente, real*, en un momento de los resultados obtenidos durante un período de tiempo, que resulta de utilidad a sus usuarios, en la toma de decisiones, tanto para el control de la gestión pasada, como para las estimaciones de los resultados futuros, dotando tales decisiones de racionalidad y eficiencia.

Según el decreto 2649 de 1993, en su artículo 4 la calidad de la información contable debe ser: **comprensible** cuando es clara y fácil de entender; **útil** cuando es pertinente y confiable; **pertinente** cuando posee valor de realimentación, valor de predicción y es oportuna; **confiable** cuando es neutral, **verificable** y en la medida en la cual representa fielmente los hechos económicos y **comparable** cuando ha sido preparada sobre bases uniformes.

En lo relacionado con las correcciones a la contabilidad el mismo decreto 2649 en su artículo 132, en consonancia con el numeral 3 del artículo 57 del Código de Comercio, establecen que "los errores y omisiones en los libros de comercio deben salvarse con un nuevo asiento en la fecha que ellos se advierten"

Igualmente los artículos 59 y 106 del decreto ya mencionado, reglamentan la forma como se deben tratar la información conocida después de la fecha de cierre de los estados financieros de un periodo determinado, así como el reconocimiento de errores advertidos de ejercicios anteriores "*provenientes de equivocaciones en cálculos matemáticos, desviaciones en la aplicación de las normas contables, o de haber pasado inadvertidos hechos cuantificables que existían a la fecha en que se difundió la información financiera, se deben incluir en los resultados del período que se advierten*"

Otro concepto que es necesario comprender, por los cuestionamientos que aparecen en el plenario, es el que hace alusión a los llamados "*contabilidad por sistema de caja*" y "*contabilidad por sistema de causación*". La primera se entiende como el sistema de información que clasifica, registra, resume y presenta las transacciones de entidades económicas, en cuanto tales transacciones constituyen movimientos de dinero o bienes representables en dinero, para determinar los resultados del período contable.

La segunda, contabilidad de causación, es aquella en la que los hechos económicos se registran en el momento en que suceden, sin importar si hay una

erogación o un ingreso inmediato como consecuencia de la realización del hecho económico.

La contabilidad por causación reconoce la realización de los hechos económicos en el momento mismo en que surgen los derechos o las obligaciones, sin llegar a esperar a que esos derechos y obligaciones se hagan efectivos.

Una cosa es adquirir una obligación y otra bien distinta es cumplirla, luego, la contabilidad por causación reconoce la existencia de esa obligación en el momento mismo en que nace, así no se haya cumplido con ella.

**4.2 Declaración de Beatriz Esneda Toro Echeverri**, De la sola lectura de esta declaración se comprende plenamente la diferencia que se presenta respecto a los dos sistemas y en que consiste estos. Allí se lee:

*"...Bueno, la diferencia es que por causación yo reconozco los hechos económicos cuando tengo conocimiento de ellos o cuando ya nacen los derechos o las obligaciones para la empresa. En cambio el sistema de caja reconoce solamente los hechos económicos cuando ellos han generado un ingreso, unos flujos más bien, de efectivo, a la entidad, o al salir, en el caso de que sean gastos o costos..." y mas adelante precisó ante la pregunta que le hizo el tribunal: Es lo mismo contabilizar lo de las pérdidas, el resultado operacional, bien sea por caja o por causación? ¿No habría diferencia entre una y otra contabilización? **CONTESTO:**" Los resultados van a ser diferentes. ¿Por qué? Porque yo cuando estoy en el sistema de causación, yo registro todos los ingresos, que son por los servicios que yo he prestado, independiente de que me los hayan pagado o no. Ese es causación. Por eso es que yo registro el hecho económico independiente si ya lo he hecho efectivo, o sea, si ya han ingresado a la caja. Igualmente los costos y gastos; yo los registro cuando ya tengo una obligación de pago, no cuando los haya pagado. Entonces aquí el resultado es muy diferente, porque cuando yo estoy en una contabilidad de caja, solamente registro cuando los ingresos han sido efectivos. Se puede dar que yo tengo una factura ahorita por ejemplo en el mes de abril, que me la paguen en mayo; si yo estoy por un sistema de causación, este ingreso lo reconozco hoy en abril, mientras que por el sistema de caja ese ingreso lo voy a reconocer es en mayo cuando efectivamente me lo pagaron. Esa es la diferencia. Entonces por cualquiera de los dos métodos voy a tener resultados diferentes".*

Igualmente sobre la reconstrucción de la contabilidad la testigo nos ilustra de la siguiente forma:

*".... Para yo reconstruir la contabilidad solamente se da por casos o hechos fortuitos, y así está expresamente; es por ejemplo cuando hay inundaciones, terremotos, yo ahí estoy hablando de una reconstrucción de la contabilidad; cuando se pierden los libros oficiales, ahí lo reconstruyo. Pero igualmente la norma me da a mí la posibilidad de yo hacer correcciones, y las correcciones yo las hago cuando tengo conocimiento de ellas. Pero no es tampoco que uno pueda estar yendo a corregir, porque esas correcciones como tal me pueden generar también otros efectos, por decir algo".*

*"...y deben de volver a ser con opinión del revisor fiscal. Igualmente yo debo de volver a hacer asamblea para aprobar esos estados financieros; esas correcciones también me va a cambiar la parte de las declaraciones de*

renta, entonces debo de volver a hacer las correcciones de esas declaraciones"

**PREGUNTADA:** "Los estados financieros de propósito especial, ¿sirven para corregir la contabilidad? **CONTESTO:** No, son dos cosas diferentes; los estados financieros de propósito especial son para un hecho específico, no para corregir. Es que las correcciones de errores, deben de ser, primero, mínimos, porque uno debe de tener un buen sistema de control interno contable; y presentándose, se pueden presentar tanto para un estado financiero de propósito especial o para uno común y corriente.

**PREGUNTADA:** Los estados financieros de propósito especial, ¿pueden arrojar conclusiones diferentes a lo que arroja la contabilidad? **CONTESTO:** No, porque es que un estado financiero cuando el contador lo está firmando o el revisor fiscal, lo que está diciendo es que las cifras fueron tomadas fielmente de libros contables, deben de corresponder a la realidad económica, no deben ser diferentes, mejor dicho: no pueden ser diferentes.

**PREGUNTADA:** Un estado financiero que se evalúe a partir de las operaciones efectivas en caja, si yo utilizo el sistema de caja, ¿puedo valorar cuál fue el comportamiento de la gestión hecha por esa empresa en la prestación del servicio? O le cambio la pregunta: por operaciones efectivas de caja, ¿yo puedo valorar la gestión del operador? **CONTESTO:** Es que los flujos de caja lo que me están valorando realmente es la recuperación de cartera. No sería que fuera tan uno a uno. Si yo estoy entregando un buen servicio la gente me va a pagar más, porque es que realmente la gestión del operador es en la operación, en lo que el usuario esté, tenga más tiempo de continuidad en la prestación del servicio, en que el usuario se sienta más a gusto y por eso pague más a tiempo. Lo que sí podría ser es que ese operador, si él me está facturando, está distribuyendo las facturas, si lo hace más a tiempo, si tiene un servicio, la gente de pronto va a pagar más, pero no es una cosa consecuencia de la otra".

**4.3 El dictamen de Patricia Rodríguez.** Este dictamen pericial, practicado en el arbitramento anterior e incorporado a este proceso como prueba trasladada, constituye el punto de partida para que este Tribunal, junto con las otras pruebas practicadas pueda realizar una interpretación sistemática e integral de todas ellas, que le permita concluir si existieron las pérdidas operativas reclamadas por la convocante y si de acuerdo con la información contable de Conhydra S.A ESP esta goza de plena confiabilidad que le permita fallar sin incurrir nuevamente en vía de hecho por defecto fáctico.

En su experticia la perito expresó:

*"Verificadas las auditorías financieras y de gestión y resultados puedo opinar que contienen un análisis válido y que las cifras con las que fueron elaboradas son ciertas, pues son extraídas de la contabilidad del sistema y soportes contables, excepto porque se tiene en cuenta auditoría financiera, el cálculo de la retribución que no ha representado un movimiento de caja.*

*"Es de anotar que la determinación de las pérdidas no imputables a la gestión del operador, no es posible certificarlas: por la cantidad de glosas y observaciones realizadas por los auditores y adicionalmente porque no es materia de la perito (sic) contable evaluar si son imputables o no a la gestión del operador." (subrayas ajenas al texto)*

*"Además, debe concretarse cuál es el sistema para determinar las pérdidas operativas, si el sistema de caja o causación."*

*"Después de analizar el manejo contable efectuado por el operador, considero que la contabilidad no refleja la situación real del sistema por no*



manejarse el sistema de causación en su totalidad; la mayoría de las glosas no han sido descontadas de la contabilidad; se presentan ingresos negativos por ajustes, los ingresos se contabilizan por el valor neto (ingresos menos devoluciones y descuentos); se omite el manejo de las cuentas de orden para la cartera provisionada e inversiones; se efectúan registros contables que no son técnicos, no se efectuó el corte contable con Acuantioquia." (subrayas ajenas al texto)

"La contabilidad permite identificar, medir, clasificar, registrar, interpretar, analizar, evaluar e informar las operaciones de un ente económico en forma clara, completa y fidedigna; bajo estos parámetros se puede conocer la realidad económica o situación real financiera de una entidad."

"Como perito (sic) contable no puedo dictaminar si las pérdidas son imputables o no a la gestión del operador." (subrayas ajenas al texto)

"En general puedo certificar que la contabilidad del Sistema de Turbo es llevada de acuerdo con las normas técnicas contables, excepto por:

- o Existen deficiencias en el manejo de causación en vista de que la retribución, suma que es representativa no se causa mes a mes y el pasivo con Acuantioquia.
- o Los ingresos son contabilizados por el valor neto, por lo tanto no se maneja la cuenta de devoluciones y descuentos.
- o Las cuentas de orden por la cartera dada de baja e inversiones, no se contabilizan de acuerdo con lo establecido en el PUC de servicios públicos.
- o No se clasifica como activo no corriente la cartera morosa.
- o El registro no ortodoxo de la cartera dada de baja a diciembre 31 de 2002.
- El no registrar el valor de las glosas efectuadas por los auditores."

"Es imposible determinar el valor de los gastos generales de operación, administración y mantenimiento de la cláusula quinta del contrato, literal a) y de los gastos de la cláusula quinta del contrato, literal e), en razón de que el operador no separa en su contabilidad éstos rubros.

Los gastos operacionales y no operaciones (inversiones) se encuentran contabilizadas dentro de las mismas cuentas."

Ahora bien, continuó opinando que la contabilidad del sistema no refleja la situación real financiera por los siguientes motivos:

"La no causación de la retribución. Se muestra un menor valor en los pasivos y los gastos no reflejan la situación real.

La no contabilización del pasivo con Acuantioquia crea una incertidumbre ya que se pueden haber dejado de registrar costos y gastos o los ingresos pueden estar disminuidos.

En informes de auditoría se manifiesta que se ha dejado de facturar valores significativos.

Existen igualmente en los informes de auditoría observaciones sobre algunos traslados de dinero cuyo soporte no está a satisfacción de la auditoría."

"El 90% de las cuentas por cobrar son cartera morosa y de difícil cobro" Auditoría Externa de Gestión y Resultados Folio 2056 aportada por la convocada.

"A pesar de haberse depurado la cartera donde se dio de baja a cuentas incobrables y cargos fijos e intereses falsos por \$385.150.539, el 81% de la cartera actual corresponde a cuentas por cobrar con más de nueve meses: la realidad es la cultura de no pago, conexiones fraudulentas"

Al responder a la aclaración y complementación del dictamen inicial la Dra. Rodríguez corroboró lo dicho en su dictamen inicial respecto de la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema de acueducto como fundamento para la determinación de las “pérdidas operativas”, y al respecto dijo lo siguiente:

*“2.17. Luego de hacer las respectivas aclaraciones y complementaciones que individualmente en esta solicitud se hacen sobre glosas, ingresos negativos, cuentas de orden, corte contable con Acuantioquia, se servirá en consecuencia hacer la respectiva aclaración sobre la conclusión inicial que detalla en el inicio de la respuesta a la pregunta 2.7 del dictamen pericial (página 23 del dictamen).”*

*“El hecho de que algunos registros no técnicos no afecten el resultado final de las operaciones del sistema, no son justificación para decir que la contabilidad se lleva en debida forma.”* (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, continuó opinando que la contabilidad del sistema no refleja la situación real financiera por los siguientes motivos:

- *La no causación de la retribución. Se muestra un menor valor en los pasivos y los gastos no reflejan la situación real.*
- *La no contabilización del pasivo con Acuantioquia crea una incertidumbre ya que se pueden haber dejado de registrar costos y gastos o los ingresos pueden estar disminuidos.*
- *En informes de auditoría se manifiesta que se ha dejado de facturar valores significativos.*
- *Existen igualmente en los informes de auditoría observaciones sobre algunos traslados de dinero cuyo soporte no está a satisfacción de la auditoría.”*

Seguidamente, la perito para responder lo solicitado en el escrito de aclaración y complementación hizo un estimativo del monto de las “pérdidas operativas”, advirtiendo tajantemente su carácter meramente ilustrativo y destacando que, debido a las irregularidades previamente reseñadas, no podía asegurar que el resultado fuera confiable, al expresar:

*“He determinado los déficit tanto por el sistema de causación, como por el de caja pues considero que sólo al Honorable Tribunal corresponde definir el sistema para su determinación de acuerdo con el contrato celebrado.”*

*“Las cifras finales que resultan en cada operación de caja y causación, son el reflejo de la información extractada de las auditorías financieras y contabilidad del operador, por lo tanto y debido a tantos interrogantes no resueltos (ingresos por facturar, gastos no inherentes al sistema, etc) no puedo asegurar que éstos resultados sean confiables.”* (destacado ajeno al texto original)

*“Esta última afirmación inclusive se encuentra plasmada por los auditores al quedar pendientes tantos interrogantes.”*

**4.4. El dictamen de Cesar Mauricio Ochoa.** Este dictamen se practicó por la objeción que por error grave se hizo en el Tribunal de Arbitramento anterior al primer dictamen presentado por la perito Patricia Rodríguez.

De la lectura de la experticia del perito Cesar Mauricio Ochoa se desprende, inicialmente, el cuestionamiento que hace a la interpretación de lo que se debe entender por “pérdidas operativas” a que hace alusión el contrato en su cláusula 5., para lo cual llega a la conclusión de que debe entenderse técnicamente como tales las “pérdidas operacionales” para interpretar lo que las partes quisieron consignar en el contrato suscrito, pero no concluye en alguna cifra que determine el valor de dichas pérdidas.

Así mismo en su dictamen sostuvo que, no obstante las inconsistencias advertidas en la contabilidad del sistema de acueducto, ella se llevaba conforme a las reglas y principios contables y, en consecuencia, podía usarse para calcular las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador.

Sobre la confiabilidad de la contabilidad de Conhydra SA ESP, dijo:

*“.....De otro lado, en el escrito de objeciones por parte del convocado se hace énfasis en el aspecto cualitativo de la contabilidad y se afirma que esta carece de bases confiables, la contabilidad de un ente puede tener salvamento respecto de ciertas cuentas, ya sean estas de balance o de resultado y aún así seguir siendo confiables, la condición para esto es que se conserven los principios y normas de contabilidad vigentes, y que aquellas cuentas que son objeto de cuestionamiento, no afecten en forma significativa la realidad económica de la “empresa”, este riesgo disminuye si dichos factores de desperfectos están identificados y valorados, estando así el usuario en capacidad de establecer la realidad económica del ente. Por estas razones, no todos los errores, o omisiones o desaciertos contables, vician la validez de la contabilidad como prueba; en este punto fue reiterada la perito al asegurar que la contabilidad cumplía con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, y en consecuencia, dio valor probatorio a la misma teniendo en cuenta las salvedades descritas en su informe y las cuales tuvo en cuenta para la valoración. Los informes de auditoría tampoco desvaloran la contabilidad, aunque glosen ciertas partidas que consideran pertinente que sean objeto de discusión entre las partes.”*

Sobre esta apreciación la Corte en su sentencia de tutela expresó al respecto:

*“Allí, el auxiliar de la justicia sostuvo que, no obstante las inconsistencias advertidas en la contabilidad del sistema de acueducto, aquella se llevaba conforme a las reglas y principios contables y, en consecuencia, podía usarse para calcular las “pérdidas operativas” no imputables a la gestión del operador”*

*“.... Así, a pesar que el segundo dictamen pericial precisó en términos generales y abstractos para determinar la confiabilidad de un determinado sistema contable, no realizó pronunciamiento alguno sobre el carácter estimativo del cálculo de las pérdidas operativas realizadas en la primera experticia”*

Con esta conclusión la Corte desestima el segundo dictamen pericial por cuanto el perito en sus conclusiones no estimó una cifra sobre el monto de las pérdidas y mucho menos si ellas eran o no imputables al operador del sistema de acueducto.

Pero para este Tribunal aún no se despeja la duda sobre las irregularidades de la contabilidad de Conhydra expresada por la primera perito, del Tribunal anterior, que le permita llegar a la convicción de que dichas irregularidades fueron superadas satisfactoriamente, de tal manera que pueda soportar una decisión en las cuentas arrojadas por una contabilidad confiable.

Le es en consecuencia obligatorio pasar a examinar las auditorías financieras realizadas para los periodos objeto de reclamación.

**4.5. Las auditorías financieras del año 2000 al 2006:** La contundencia de la perito Rodríguez sobre la no confiabilidad de la contabilidad de Conhydra S.A ESP, nos llevan a ocuparnos, aunque sea brevemente, en lo que expresaron las auditoras Doris Posada y Claudia Olarte, en sus informes.

**Las auditorías financieras de segundo semestre de 2006 al primer semestre de 2007:** El estudio que ahora se aborda se concreta a los informes de las auditorías financieras entre el periodo del 1 de julio 2006 al 31 de octubre 2007: ellas son las que a continuación se transcriben, con la advertencia de que este Tribunal no encontró la prueba que Conhydra S.A ESP hubiera dado cumplimiento a lo recomendado por dichas auditoras y, en consecuencia, se hubiera corregido la contabilidad en la forma recomendada.

*“Informe auditoría financiera por operaciones Efectivas de caja correspondiente septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2006: Municipio de Turbo Operador Conhydra S.A fecha 15/05/2007 (folios 1942 Tomo V-VI).*

#### CONCLUSIONES

*“Siendo los informes de la auditoría por operaciones efectivas de caja, soporte para el operador reclamar sus pérdidas operativas, se hace necesario hacer las siguientes precisiones sin perjuicio de la decisión que pueda tomar el propietario del sistema de acueducto el municipio de Turbo.*

*El déficit acumulado de \$ 1.615.343.754 por los años 2000 a 2006 incluye la retribución o remuneración que el operador tiene derecho para operar, administrar y mantener el sistema de acueducto del municipio de Turbo, el pago por este concepto no se percibe de los comprobantes de pago, por lo anterior se desconoce el pasivo real a favor de Conhydra. El pago de la retribución esta condicionado en la cláusula quinta del contrato que define el orden de prelación para la utilización de los recaudos.*

*El resultado del déficit o excedente de caja incluye la retribución calculada con diferentes porcentajes, situación que debe ser definida por el municipio de Turbo.*

*El cuadro resumen operaciones efectivas de caja, en algunos meses presentan excedentes de caja, lo anterior no implica generación de excedentes ya que el sistema por operaciones efectivas de caja no permite conocer las obligaciones existentes a favor de terceros; para poder certificar que se presentan excedentes o déficit de caja, se requiere que todas las obligaciones sean canceladas de contado.*

*El sistema por operaciones efectivas de caja no es el sistema acorde que permita evaluar la gestión y resultados a los prestadores de servicios públicos domiciliarios ...Se hace la salvedad que los resultados anteriores corresponden a información extracontable ya que no corresponde a los datos registrados en la contabilidad la cual debe estar debidamente certificada y dictaminada, de ser así permitiría dar fe que los datos contenidos pueden tener un mínimo de margen de error.*

*Se hace necesaria la respuesta por parte de Conhydra a las solicitudes contenidas en los informes para darle mayor claridad a los resultados, entre otros:*

*Detallar mes a mes la cifra que compone la deuda a favor de la tesorería del departamento de Antioquia.*

*Criterio para la contabilización de la retribución, este concepto no se causa mensualmente....” (subrayas fuera de texto)*

**Informe auditoría financiera por operaciones Efectivas de caja correspondiente enero, febrero y marzo de 2007: Municipio de Turbo Operador Conhydra S.A fecha 27/08/2007(folios 1964 – 1974).**

### **CONCLUSIONES**

"Siendo los informes de la auditoría por operaciones efectivas de caja, soporte para el operador reclamar sus pérdidas operativas, se hace necesario hacer las siguientes precisiones sin perjuicio de la decisión que pueda tomar el propietario del sistema de acueducto el municipio de Turbo y o Aguas de Urabá

1. El déficit acumulado por \$ 1.618.894.364 por los años 2000 a marzo de 2007 incluye la retribución o remuneración que el operador tiene derecho por operar, administrar y mantener el sistema de acueducto del municipio de Turbo. El pago de la retribución esta condicionado en la cláusula quinta del contrato que define el orden de prelación para la aplicación de los recaudos;
2. El alcance de la auditoría por operaciones efectivas de caja, una vez verificada su razonabilidad del pago es calcular el déficit o excedentes presentados en cada mes de análisis;
3. El anexo resumen operaciones efectivas de caja, en algunos meses presentan resultados positivos, lo anterior no implica generación de excedentes, ya que el sistema por operaciones efectivas de caja no permite conocer las obligaciones existentes a favor de terceros; para poder certificar que se presentan excedentes o déficit de caja, se requiere que todas las obligaciones sean canceladas de contado.
4. El resultado del déficit o excedentes de caja incluye la retribución calculada con diferentes porcentajes, situación que debe ser definida por el municipio de Turbo;
5. El anexo resume operaciones efectivas incluye todos los pagos cancelados directamente en la sede del municipio de Turbo, y los cancelados por Conhydra en la sede central-Medellín, le corresponde al Municipio de Turbo y/o Aguas de Urabá determinar cuáles hacen parte del resultado final, de acuerdo con la propuesta económica la cual hace parte del contrato para la operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto de Turbo.
6. El sistema por operaciones efectivas de caja no es el sistema acorde, que permite evaluar la gestión y resultados a los prestadores de servicios públicos domiciliarios;
7. El resultado por operaciones efectivas de caja es un sistema que no permite medir variaciones en los ingresos, costos y gastos.
8. Se hace la salvedad que los resultados anteriores corresponden a información extracontable ya que no corresponde a datos registrados en la contabilidad la cual debe estar debidamente certificada y dictaminada, de ser así permitiría dar fe que los datos contenidos pueden tener un mínimo de margen de error;
9. Es necesaria la respuesta por parte de Conhydra a las solicitudes contenidas en los informes para darle mayor claridad a los resultados, entre otros: a) Detallar mes a mes la cifra que compone la deuda a favor de la tesorería del departamento de Antioquia; b) justificar los traslados de dinero hacia cuentas propias de Conhydra detallados por concepto, valor y aplicación; c) justificación mes a mes de los posibles valores dejados de facturar según gerenciales de facturación y saldos cartera, mas facturación del mes, menos recaudo) cifra que para este informe supera la cifra por \$ 214.119.133" (subrayas ajenas al texto original)

**Informe auditoría financiera por operaciones Efectivas de caja correspondiente abril, mayo y junio de 2007: Municipio de Turbo Operador Conhydra S.A fecha 27/09/2007 (folios 2002-2009)**

### **CONCLUSIONES.**

"Las conclusiones corresponden a salvedades que considero pertinentes con el propósito de aclarar el resultado de la auditoría

1. El resultado del déficit o excedentes de caja corresponde de restar del total de los recaudos los pagos realizados durante el mes;
2. El resultado de los excedentes o déficit de caja contiene la retribución que el operador debe percibir por operar, administrar y mantener el sistema de acueducto

- del municipio de Turbo, la cual Conhydra según (sic) no se ha cancelado en ningún momento, convirtiéndose el resultado en una mezcla de caja y causación;
3. El resultado del déficit o excedentes de caja incluye la retribución calculada con diferentes porcentajes, situación que debe ser definida por el municipio de Turbo;
  4. El resultado de los excedentes por déficit de caja no se obtuvo de ningún estado financiero;
  5. La auditoría por operaciones efectivas de caja no tienen el alcance de revisión o examen de los estados financieros;
  6. El informe no hace referencia a ningún indicador de gestión y resultados;
  7. La auditoría por operaciones efectivas de caja no es el sistema adecuado que permita evaluar la gestión y resultados;
  8. El resultado por operaciones efectivas de caja es un sistema que no permite medir variaciones en los ingresos, costos o gastos;
  9. Conhydra no da respuesta a las observaciones o a las solicitudes hechas en los informes;
  10. La no respuesta a las observaciones por parte del operador afecta el resultado del déficit o de los excedentes;
  11. ...." (subrayas fuera de texto)

Los informes de las auditorías transcritos guardan la misma línea de recomendaciones a las hechas respecto al periodo 2000 al 2006, sobre la no confiabilidad de los registros contables y el no cumplimiento de Conhydra a las glosas formuladas, absteniéndose el Tribunal por considerarlo innecesario el transcribir las mismas.

#### **4.6. Las declaraciones de las auditoras Doris Posada y Claudia Olarte.**

En las declaraciones de Doris Posada M y Claudia Olarte, resaltadas en la sentencia T 466 de 2011 de la Corte Constitucional, y que igualmente fueron aportadas al presente proceso como prueba trasladada, se corrobora lo que ellas plasmaron en los informes de auditoría. Esto resaltó la Corte, de dichas declaraciones, en su sentencia:

5.6.1. La testigo Doris Posada Muñoz, quien participó directamente en la elaboración de las denominadas "auditorías financieras", declaró enfáticamente dentro del trámite arbitral la falta de confiabilidad del sistema de acueducto, al manifestar que:

"Preguntado: ¿Por qué no nos indica: entonces la conclusión era cual y a qué se debe eso? Respuesta: La conclusión es que la contabilidad que tenía Conhydra no servía, no mostraba, no era confiable. ¿Por qué? Porque si yo estoy prestando un servicio de acueducto para una población servida que generalmente ha sido la misma, digamos en este caso seis mil usuarios; si yo estoy prestando ese servicio, no es razonable que mis ingresos sean negativos. ¿Y por qué razón digo yo que estaba prestando el servicio? Porque si yo voy a mirar la contabilidad, se generaron costos. O sea que esto como está es como decir: "yo no presté el servicio", pero si yo voy a la realidad si se prestó el servicio porque se generaron gastos para yo poder suministrar el agua potable. La metodología también de Conhydra, el plan de servicios públicos, todos los prestadores de servicios públicos tienen que guiarse por el plan de contabilidad. Ese plan de contabilidad es diseñado por la Superintendencia, en armonía con el Plan de la Contaduría General de la Nación y en armonía con el Decreto 2649, que ese decreto es para el sector privado. La metodología es muy cambiada, ellos van cambiando año a año la metodología para registrar sus ingresos, como les dije, en el 2000 y 2001 fue por recaudo, hay algo más, los ingresos ellos los sacan de una forma deductiva, dependiendo de la cartera. Ellos tienen que tener, y tienen, es que Conhydra tiene la infraestructura para determinar qué

es ingreso y qué es cartera. Entonces yo no puedo decir que mis ingresos dependen del comportamiento de la cartera. Preguntado: ¿Usted decía que las pérdidas operativas no se establecían con los gastos, sino que se estimaban. ¿Y si se estimaba si eran o no imputables al operador? Respuesta: No, nosotros no tuvimos ese alcance de verificar si eran imputables o no al operador." (Subrayado fuera de texto)

**5.6.2. La señora Claudia Patricia Olarte Betancur**, en igual sentido se orientó su declaración, participando en la elaboración del "levantamiento contable 2000-2003", y asegura lo siguiente:

*"Preguntado: Ustedes en su trabajo, en el levantamiento contable ¿pudieron determinar cuáles son las pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador? Respuesta: Lo que pasa es que cuando nosotros hicimos el cálculo, nosotros empezamos, como les explicaba, a mirar cuáles eran inicialmente las pérdidas o excedentes operativos, y nosotros no pudimos llegar a una cifra tan cierta, porque como me preguntaban ahorita: esa cifra que ustedes calcularon en su matriz ¿esos son los excedentes o pérdidas operativas reales? Como les digo, los documentos sobre los cuales nosotros trabajábamos y estudiábamos, y esto, de todas maneras para mí no son los más confiables (no estoy diciendo que ellos digan), para mí no son confiables mejor dicho, no son confiables porque o la base de datos no me daba, o el comportamiento de las cifras no me daba, o porque pedíamos una explicación sobre por ejemplo otros conceptos de facturación, y me parecía imposible. Preguntado: Disculpe, pero volvamos a la pregunta: ¿entonces los pudieron determinar, o no? Respuesta: No, hasta allá no llegamos, porque alcanzamos a mirar los déficits operativos y no, son cifras estimadas, como lo decía ahorita. Preguntado: Por eso, ¿pero los que no son imputables al operador no los pudieron determinar? Esa es la pregunta. Respuesta: No señor"* (Subrayado fuera de texto)

Después de valorar los informes de las auditorías financieras y las declaraciones rendidas por ambas auditoras, no es posible sacar una conclusión diferente a que Conhydra SA ESP como operador del sistema de acueducto del Municipio de Turbo no tenía una contabilidad confiable que permita soportar cualquier decisión respecto a las cuentas contables correspondientes al manejo de dicho acueducto.

Así mismo, es claro que ninguna de las pruebas trasladadas, llevan a la certeza a este Tribunal de la existencia y monto de las pérdidas operativas no imputables al operador que reclama el convocante, sentir, que igualmente es compartido por la parte actora, puesto que de otro modo, no hubiera enfilado su caudal probatorio a tratar de acreditar con nuevas pruebas en este proceso, la existencia de las pérdidas operativas y su cuantía, aunque justo es reconocer, que en su alegato de conclusión intentó restarle importancia a esta situación.

**4.7. El dictamen de Global Forensic Auditing Ltd (FGA).** La parte convocante arrió al proceso como prueba dictamen de auditoría proferido por la firma Global Forensic Auditing Ltd, la que en adelante y para la mejor identificación en este laudo se conocerá simplemente con las siglas FGA.

El dictamen fue incorporado por la parte convocante con el objetivo general de determinar si se presentaron pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador durante la vigencia del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema del acueducto del MUNICIPIO DE TURBO para el

periodo comprendido entre el primero de enero del año 2000 y el 30 de junio del año 2006, y para el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2006 y el 31 de octubre de 2007, estimar el monto de las pérdidas y las causales determinantes de las mismas, y además, con unos objetivos específicos, como son el análisis de la información de ingresos, costos y gastos, y un segundo específico, “elaborar un estado de situación económica especial a partir de la estructuración de un estado de resultados por cada cierre anual y durante la vigencia del contrato, que permita identificar y clasificar en forma razonable las posibles pérdidas operativas bajo el sistema de causación de las operaciones”

**En su declaración el contador público Carlos Julio Cortes Sánchez se refirió a los objetivos del dictamen de la siguiente manera:**

*“Nosotros tuvimos toda la parte técnica, toda la parte del software, del hardware y toda la documentación soporte que utilizó CONHYDRA para el desarrollo de este contrato. Así las cosas el dictamen tenía un objetivo general, y ese objetivo general lo encuentran ustedes en la página 20 del dictamen, donde dice que el objetivo general era determinar si se presentaron pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador durante la vigencia del contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema del acueducto del MUNICIPIO DE TURBO para el periodo comprendido entre el primero de enero del año 2000 y el 30 de junio del año 2006, y estimar el monto de las pérdidas y las causales determinantes de las mismas, e hicimos unos objetivos específicos, que es donde vamos a terminar. Primero, analizamos la información de ingresos, costos y gastos, de que ya les estuvimos hablando, y si ustedes ven en el segundo específico, dije: elaborar un estado de la situación económica especial a partir de la estructuración de un estado de resultados por cada cierre anual y durante la vigencia del contrato, que permita identificar y clasificar en forma razonable las posibles pérdidas operativas. Esos digamos que son el objetivo general y el objetivo principal, y sus respectivos objetivos. Teniendo ya las bases completas de la información, del software, del hardware y de la documentación, procedimos metodológicamente a hacer nuestro trabajo. ¿Entonces metodológicamente cómo hicimos? Nosotros por cada ítem como tal, hicimos una adecuada planeación del trabajo, que es el primer paso que nosotros debemos hacer. Con el grupo de trabajo hicimos una planeación del trabajo y dijimos cómo íbamos a hacer el trabajo y a través de qué soportes y demás documentos íbamos a procesarlo, y el tiempo y los cronogramas que teníamos para elaborarlo. En ese orden de ideas nosotros hicimos procedimientos individuales por cada ítem. Ustedes podrán ver en la página 28 del informe la metodología que utilizamos para la verificación y validación del ingreso, que es uno de los ítems principales que nos compete. Es importante explicárselos, porque es la base primordial del informe, es decir, la diferencia operacional de las pérdidas que se pudieran haber incurrido, que está en la diferencia entre el ingreso y los costos y gastos de operación que hubiera podido causar. Por eso tomamos la metodología del ingreso y la metodología del costo y el gasto independientemente, no hicimos una sola metodología general, sino que la hicimos particular, dadas las situaciones especiales del manejo de la contabilidad y de cada uno de estos ítems. Es importante aclararles que CONHYDRA estaba obligado por la Ley 142, si no estoy mal en el Artículo 97, a llevar su contabilidad, una contabilidad por el sistema oficial para las empresas de servicios domiciliarios”.*

En el dictamen se lee textualmente lo siguiente respecto a la metodología utilizada:

*“Conhydra cuenta con un sistema de información financiero y contable, el cual se hace el registro contable sistemático de las transacciones realizadas para el desarrollo del contrato de operación del sistema de acueducto del municipio de Turbo, el sistema de información denominado Aplinsa esta en funcionamiento desde el año 1.996, fecha de inicio de las operaciones con el consorcio Saghas Hydra y que posteriormente efectuara cesión a Conhydra S.A. ESP. En este sistema de*



información se encuentran registradas las operaciones hasta septiembre del año 2000 y posteriormente fue reemplazado por el sistema DMS en el cual se registraron tanto las operaciones contables desde octubre del año 2000 hasta el 31 de octubre de 2007. Y para efectos de nuestra revisión incorporaba la información financiera y contable con la fecha de cierre de nuestro peritaje en junio 30 de 2006. Para ver mas detalle remitase al Anexo 2 Base de datos información financiera y contable año 2000 a junio de 2006 (Medios magnéticos)

*En el sistema de información tanto el Aplinsa como sistema DMS se encuentran registradas las transacciones, objeto de la vigencia del presente dictamen, pertenecientes a la operación del sistema de acueducto del Municipio de Turbo como otros contratos similares, los cuales cuentan con una identificación única basada en centros de costos para cada contrato, donde se puede establecer tanto la información financiera como la contable en forma separada. Este proceso nos permite garantizar que el sistema de información contiene bases de datos información consistente, confiable y pertinente, únicamente de las operaciones del Municipio de Turbo....." (Subrayas ajenas al texto original)*

Más adelante dice: "Nuestros procesos de auditoria están orientados a determinar el nivel de confiabilidad de las cifras presentadas, en los estados financieros y en la situación financiera por la vigencia del contrato"

En el acápite contenido en el dictamen que se examina, denominado ANALISIS DE LA INFORMACION, se lee lo siguiente:

*"Con base en la información debidamente validada del monto de los ingresos recibidos por Conhydra y de los costos y gastos en que incurrió, se procedió en primera instancia a cruzar el resultado de los ingresos contra los costos y los gastos, con lo cual se evidencia un resultado negativo para el operador en la ejecución del contrato de operación del sistema de acueducto del Municipio de Turbo objeto del dictamen pericial, tal y como se detallara en los apartados correspondientes, por lo cual se procede a efectuar los respectivos análisis considerando los determinante que pudieran incidir esa posible pérdida económica observada, para lo cual el análisis se divide en los aspectos relacionados con el ingreso y los relacionados con el costo y el gasto...."*

#### **"ESTIMACION DE LA PERDIDA OPERACIONAL**

*Con el objeto de clarificar y cuantificar las "pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador" a que hace referencia el parágrafo 2do de la cláusula 5ª del contrato, las partes de Contrato de Operación acordaron la práctica periódica de una auditoría financiera externa, la cual a través de informes de revisión entregados durante la vigencia del contrato establece los ajustes a ser realizados por parte del operador sobre los ingresos, costos y gastos determinados en sus estados financieros y que se pretende sean base para la cuantificación de un valor razonable de las pérdidas operativas.*

*"El resultado de las auditorías financieras genera una diferencia presentada por Conhydra SA ESP respecto al reconocimiento de costos y gastos, los cuales son objeto de análisis por parte del operador y en la medida que son precedentes aceptan su registro e inclusión en los estados financieros..." (Subrayas ajenas al texto original)*

Después de analizar en todo su contexto el dictamen de la auditoria presentado por FGA veamos lo que agregó el auditor Carlos Julio Cortés Sánchez respecto de la confiabilidad de la contabilidad de Conhydra S.A ESP:

**PREGUNTADO:** En la auditoría que ustedes hicieron, ¿pueden certificar que la contabilidad de CONHYDRA estaba llevada conforme a la Ley? **CONTESTO:** Sí,

correcto. Es así y nosotros certificamos y dictaminamos dando fe pública de acuerdo con lo que dice el artículo 10 de la Ley 43, que dice que el contador que firma o que atesta (la palabra que utilizan ellos es "atesta") unos estados financieros, está dando fe pública de su contenido y de la fidelidad de las cifras que se encuentran registradas en este dictamen. Por eso era importante que les enfatizara tanto en el procedimiento y en toda la labor que se hizo, que fue bastante grande relativamente y bastante importante y todos los recursos que se utilizaron, para poder llegar a determinar que sí era confiable, que sí era pertinente, que sí tenía todos sus soportes. **PREGUNTADO:** Ese es un tema que viene de un Tribunal anterior, un peritazgo que dijo que la contabilidad no era confiable. ¿Ustedes conocieron ese dictamen? **CONTESTO:** Nosotros tuvimos a la mano todas las auditorías, entre esas una que se denomina "levantamiento contable", que hasta hoy, me excusan pero no debería yo refutar o criticar el dictamen de otro perito, no es del caso para eso; pero no conozco hasta ahora en nuestros estatutos, nuestras normas y lo que nos regula la contabilidad, algo que se llame "levantamiento contable". En la vida sabía qué era eso, no tengo ni idea qué es el levantamiento contable. Pero en las apreciaciones que hizo la persona también tuvo bastantes equivocaciones al pensar que lo que estaba auditando era la contabilidad del Municipio, de la alcaldía, ni que era la contabilidad de CONHYDRA, y tampoco era que ella tenía que revisar la contabilidad de CONHYDRA; tenía que revisar era el centro de costos correspondiente al contrato que nos atañía, no tenía por qué expresar una opinión, sobre todo unos estados financieros, cuando realmente no era ni su objeto, ni su labor, ni nada de lo que tendría que hacer. Me sustraigo de seguir opinando del tema, pero pienso que no era adecuado tampoco. **PREGUNTADO POR EL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:** Pero él le está preguntando por un peritazgo que hubo en el Arbitramento anterior, no por el levantamiento contable. **CONTESTO:** Sí. **PREGUNTADO:** ¿Cuál era? **CONTESTO:** Es posible que lo hubiéramos mirado, sí, para hacer algún ajuste, pero no entramos a cuestionarlo, porque no era nuestro objeto. (Subrayas fuera de texto)

Como puede apreciarse, existe una contradicción entre lo expuesto en su dictamen por la perito Patricia Rodríguez, los informes de auditoría de Doris Posada y Claudia Olarte con lo expuesto por FGA, pues si bien en este último dictamen se asevera que Conhydra aceptaba las glosas hechas por la auditoría y las incorporaba a su contabilidad, la perito y las auditoras expresan totalmente lo contrario.

Sumado a lo anterior, al revisar las cifras, sin indexación, a que llegaron tanto FGA, excluyendo las glosas, como las que reportaron las auditorías financieras, con glosas, la diferencia a favor del primero es notoriamente desproporcionada, pues mientras el dictamen de auditoría de GFA arroja un valor total de pérdidas operativas por \$ 2.142.107.759 para el periodo enero 1º de 2000 al 30 de junio de 2007, el de las auditorías financieras por el mismo periodo arroja un monto acumulado de \$ 1.730.625.998, lo cual muestra una diferencia de \$411.481.761.

De las anteriores respuestas y del dictamen de FGA le queda claro al Tribunal que dicha prueba no desvirtúa la no confiabilidad de la contabilidad de Conhydra S.A ESP, cuestionada por la perito Patricia Rodríguez y por las auditoras Doris Posada y Claudia Olarte.

Para el Tribunal basta, entonces, con analizar dichas auditorías, las declaraciones de quienes las realizaron, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuaron, y la comparación con las demás pruebas aportadas y practicadas, para darles a las mismas un grado de convicción superior, que el que le arroja el

dictamen de FGA y la declaración de Carlos Julio Cortés Sánchez y concluir en armonía con lo allí expresado con toda claridad que “El resultado por operaciones efectivas de caja es un sistema que no permite medir variaciones en los ingresos, costos o gastos” y lo más delicado que “El resultado de los excedentes por déficit de caja no se obtuvo de ningún estado financiero”

**5.8. La declaración de Hildebrado Gil Builes:** El Municipio de Turbo presentó como prueba un dictamen pericial elaborado por el Contador Público Hildebrando Gil Builes a quien el Tribunal también le recibió declaración para oír sus apreciaciones sobre el dictamen de FGA.

Pretende la parte convocada con esta prueba desvirtuar lo manifestado por la parte convocante en su demanda de que los problemas contables de Conhydra S.A ESP fueron superados y por lo tanto su contabilidad, como lo asevera en el hecho 4.6.12 de la demanda, ya se puede considerar confiable lo que, de ser así, le permitiría a este Tribunal decidir sobre si se dieron pérdidas operativas en la ejecución del contrato de operación del acueducto del Municipio de Turbo por los periodos reclamados.

Veamos lo que manifestó el perito Gil Builes al respecto:

*“Los Estados financieros de Propósito Especial (dictamen elaborado por GLOBAL FORENSIC AUDITING en relación con las pérdidas operativas en el contrato de operación, administración y mantenimiento del sistema de acueducto del Municipio de Turbo durante las vigencias comprendidas entre el 01 de enero de 2000 al 30 de junio de 2006 y vigencias comprendidas entre el 01 de julio de 2006 al 31 de octubre de 2007 y las pruebas anexas en copia digital), no cumplen con los objetivos general y específicos propuestos en el mismo documento (subrayas fuera de texto)  
 ... no analizan todas las cifras, glosas y conclusiones que se contienen en las pruebas que se le colocan de presente  
 ... no contiene los ajustes y ejercicios que permitan afirmar que la contabilidad del sistema del Municipio de Turbo es confiable, pues como se analizó los ingresos de la contabilidad son diferentes a los presentados con el dictamen; los ingresos no operacionales que aparecen en la contabilidad del sistema no son tenidos en cuenta en el dictamen para observar si se presentan faltantes o sobrantes; si bien se tomaron costos y gastos de la contabilidad, e hicieron ajustes y adicionaron provisiones y remuneración, no hicieron los propio con los documentos llamados egresos para analizar si tenían o no relación de causalidad con la operación ej. No existen análisis de los gastos administrativos y porque se observa que en general disminuyeron ingresos e incrementaron los gastos con el fin de incrementar la pérdida sin valorar la gestión de CONHYDRA. (subrayas ajenas al texto)  
 .....Es pertinente concluir, sin lugar a dudas, que los estados financieros de propósito especial resultan procedente y válidos para rehacer o reconstruir la información contable, sólo en el evento en que NO EXISTAN SOPORTES CONTABLES. En efecto, en el proceso de reconstrucción de la contabilidad y cuando no existan documentos soporte que permitan la realización de un proceso contable adecuado que arroje como resultado unos estados financieros de propósito general como lo estipula el Decreto 2649 de 1993. Pero en el caso en que hayan documentos y demás soportes, se debe elaborar un inventario físico de lo encontrado, conciliándolo con la realidad económica del ente, y así poder producir unos estados financieros que cumplan con lo estipulado en la normatividad contable.” (subrayas ajenas al texto)*

En otro aparte de su declaración respecto a la reconstrucción de la contabilidad de Conhydra, dice:

Si ese sistema era el "correcto", porque ahora trae su contabilidad, re-hecha y muestra sus supuestos déficits operativos por el "sistema de causación" y solo para este proceso, mediante un "peritaje de parte" sin el aval de la autoridad competente y sin correr con las cargas tributarias que ello acarrearía? (subrayas ajenas al texto)  
 ...Sin embargo deberá tener en cuenta al Tribunal, las siguientes afirmaciones de la DEMANDANTE: i) De un lado dice que RECONSTRUYÓ su contabilidad y establece a través de un "CONCEPTO DE PARTE", los déficits por el "sistema de causación" al respecto cabe preguntarse si es viable, jurídicamente hablando y desde las normas tributarias reconstruir una contabilidad pero solo para un proceso judicial, sin que la autoridad competente se entere de dicha reconstrucción, sin tener el aval oficial (estados financieros dictaminados con firma de revisor fiscal) para la reconstrucción y sin asumir las consecuencias impositivas que ello llevaría? ...ii) En segundo lugar, trata hacer ver la CONVOCANTE que reconstruye su contabilidad, para este proceso se reitera teniendo en cuenta lo que sobre la misma dijo la Corte Constitucional cuando anuló el primer laudo y que por ello la CONVOCANTE, establece los déficits, por el sistema de causación: mírese como la DEMANDANTE quiere crear un "SOFISMA DE DISTRACCIÓN", toda vez que la CORTE CONSTITUCIONAL, no anula el primer laudo por haberse utilizado el "sistema de caja" para calcular los déficits operativos, sino que dicha anulación obedeció a que la prueba en la que se fundó el citado laudo, no ofrecía las más mínima certeza y sin embargo fue acogida por los árbitros, lo cual vulneraba el derecho de defensa del Municipio de Turbo. (subrayas ajenas al texto)

-Así las cosas se reitera, tal y como ya se ha dicho en varios puntos anteriores, que no es válido que la CONVOCANTE venga ahora a utilizar un método diferente para calcular los déficits, con los fundamentos anteriores y menos a reconstruir su contabilidad, pero sin el cumplimiento de las normas sobre la materia y sin las consecuencias tributarias que ello acarrea. (subrayas ajenas al texto)

"...Aquí sí hay un desorden grandísimo, hubo un desorden grandísimo, porque se hacían auditorías financieras de un periodo, se solicitaban correcciones y esas correcciones no aparecían en los estados financieros de los periodos siguientes, como más adelante voy a poder evidenciar. ¿Se distribuyeron correctamente entre los diferentes centros de costos los valores pagados? Aquí sí hay mucha tela que cortar y más adelante tendremos la evidencia. ¿La retribución se calcula sobre los valores efectivamente cobrados? Digamos que esa era la razón de ser del contrato y ahí no debería de haber ningún error, seguramente ahí no hay mucho de que hablar si la retribución se cobró sobre la cartera efectivamente cobrada. Avancemos. Vamos a evaluar los elementos cualitativos de los costos y gastos, que es ahí donde está el quid del asunto." (Subrayas ajenas al texto)

"...las auditorías financieras se aprecian que se pagaron multas por no cumplir con las declaraciones tributarias....."

**PREGUNTADO POR EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR ALVARO ISAZA UPEGUI:** ¿Y se puede reconstruir? CONTESTO: Nunca, la contabilidad no se puede reconstruir, la contabilidad se puede corregir. (Subrayas ajenas al texto)

"...Hoy 15 años después se está reconstruyendo bajo la figura de un peritazgo. No fue comparable, no fue clara, no fue fácil de entender." (Subrayas ajenas al texto)

"...No tuvo valor de retroalimentación, no hemos sido capaces de ponernos de acuerdo. No tuvo valor de predicción, no fue oportuna, no se preparó sobre bases uniformes. ¿Qué quiere decir? La contabilidad llevada por el MUNICIPIO DE TURBO (sic) no cumplió con los requisitos legales. Al no cumplir con los requisitos legales se tiene que buscar un mecanismo como estos para cobrar unas platas, pero platas que deben estar soportadas en una contabilidad. En conclusión, la contabilidad de CONHYDRA por el término de 7 años y 10 meses, no fue, no ha sido y no será confiable. Yo no puedo volver hoy confiable lo que ayer no fue confiable, si no la corregí. Más adelante vamos a ver cómo se corrige la contabilidad. Y así lo ratificó la Corte Constitucional cuando anuló el laudo arbitral de que estamos hablando. ¿Cómo se corrige la contabilidad? Ahí está en el documento cómo se corrige la contabilidad. El Artículo 132 del 2649 y el Código de Comercio, Artículo 57, numeral 3, establece: "Los errores y omisiones en los libros de comercio deben salvarse con un nuevo asiento en la fecha en que ellos se advirtieron". Mire que no hay plazo, pero eso nunca se hizo. "Tratamiento de información desconocida

después de la fecha de cierre. Los balances se cierran cada año y se someten a una asamblea normalmente en Colombia hasta el 31 de marzo. Debe reconocerse en el periodo objeto de cierre, el efecto de informaciones desconocidas con posterioridad a la fecha de corte y antes de la emisión de los estados financieros, cuando suministren evidencia adicional sobre condiciones que existían antes de la fecha de cierre". Reconocimiento de errores de ejercicios anteriores. El Decreto 2649 del Artículo 106 establece: "Las partidas que correspondan a la corrección de errores contables de periodos anteriores, provenientes de equivocaciones en cálculos matemáticos, de desviaciones en la aplicación de normas contables o de haber pasado inadvertido hechos cuantificables que existían a la fecha en que se difundió la información financiera, se deben incluir en los resultados en el periodo en el que se advirtieron". Las auditorías financieras, las auditorías externas de gestión de resultados informaron al operador de todos los errores que tenía la contabilidad y que se debían corregir, y hasta el día de hoy no se han corregido. Nunca se han corregido. Es falsa la afirmación del demandante en el punto 4.6.2 de la demanda cuando dice: "Los peritos al elaborar el dictamen anexo a la presente demanda, reconstruyen la contabilidad del sistema". Eso no se puede, reconstruir la contabilidad no se puede. O sea, la contabilidad es plena prueba para efectos legales y no se deja reconstruir. Esta afirmación nos lleva a concluir que nunca fue, ha sido, ni será confiable, ya que se pretende reconstruir, acción que no está permitida por las normas legales. La calificación de no confiable ya fue expuesta por la perito contable en la experticia del 10 de agosto del año 2007" (subrayas ajenas al texto)

"...A CONHYDRA no se le perdió la contabilidad, a CONHYDRA no le ocurrieron casos especiales que se le robaron los libros, nada. CONHYDRA todavía mantiene los documentos que soportan los asientos contables de los años que se están discutiendo. Entonces no es permitido. Concluyo diciendo sobre este tema: no es admisible como estado financiero de propósito especial el elaborado por el perito de Global, porque existiendo una contabilidad los estados financieros deben emanar de la misma fuente." (subrayas ajenas al texto)

"...o sea, no con un peritazgo se corrige una contabilidad. No es permitido reconstruir la contabilidad sin utilizar los mecanismos legales autorizados en el 2649, ya mencionados, y presentar unos nuevos informes con el fin de evidenciar el cálculo de pérdidas operativas no imputables a la gestión del operador...." (Subrayas ajenas al texto)

Sobre la forma como se deben presentar los estados financieros, dijo:

"Entonces cuando se presentan estados financieros a aprobación de una asamblea o de un dueño, deben estar certificados, porque el contador está diciendo que se tuvieron en cuenta todos los elementos relacionados con esos estados financieros que se presentan. Entonces el Artículo 4 del Decreto 2649, mencionado en el peritazgo, establece: cualidades de la información contable. Comprensible. ¿Cuándo una información es comprensible? Cuando es clara y fácil de entender. Útil; cuando es pertinente y confiable. ¿Qué es una información pertinente? Si yo necesito evaluar a los empleados tengo que mirar cuánto me está trabajando cada día y cuánto es el salario que se está ganando, porque si está trabajando menos de lo que yo le estoy pagando, esa información no tiene ninguna utilidad. Es pertinente cuando posee valor de retroalimentación, valor de previsión y es oportuna. La información sirve para eso, para eso se sacan esos estados financieros. Confiable; cuando es neutral, y esta palabra es clave dentro de esta información: verificable y en la medida la cual representa fielmente los hechos económicos. Comparable cuando ha sido preparada sobre bases uniformes. Los estados financieros siempre se deben presentar un año comparado con el otro para evaluar a simple vista o a simple comparación si los estados reflejan la situación real. Nos preguntamos, o me pregunto entonces: ¿Cumplió la contabilidad de CONHYDRA con los requisitos legales exigidos para la misma y que están establecidos según la Ley? No los cumplió. ¿Y por qué no los cumplió? No fue comprensible, no se adaptó al contrato, no fue útil. Hoy 15 años después se está reconstruyendo." (subrayas ajenas al texto)

Este Tribunal le da plena validez a la declaración de Hildebrando Gil Builes sobre los errores insalvables de la contabilidad de Conhydra, la que junto con las otras pruebas que obran en el expediente lo llevan a la convicción de que:

- No existe la prueba que la contabilidad de CONHYDRA S.A. ESP haya sido corregida en los términos que establece el decreto 2649 de 1.993.
- El dictamen de auditoría de FGA acompañado como prueba por la convocante no desvirtúa las conclusiones a las cuales llegaron las auditorías financieras, como sistema acogido por las partes, sobre las falencias de la contabilidad del operador, ni que las pérdidas calculadas en aquél no le eran imputables al operador, como lo exige la cláusula quinta del contrato en su parágrafo segundo.
- No se probó que las irregularidades señaladas en el dictamen pericial por la perito Patricia Rodríguez, en el arbitramento anterior, y las contenidas en los informes de auditoría por todos los periodos analizados, incluido el segundo semestre de 2006 y hasta el 31 de octubre de 2007, hubieran sido superadas, de tal manera que hoy nos encontráramos, sin ninguna duda, frente a una contabilidad sin vicios llevada conforme a las normas que regulan la materia.
- Al ser la contabilidad la prueba o por lo menos la fuente de la prueba, de las pérdidas operativas reclamadas por el accionante, sin que la misma sea confiable, no es posible para el Tribunal obtener la certeza de la existencia ni del monto de las pérdidas operativas no imputables al operador reclamadas por la demandante. puesto que la contabilidad además de poder ser la prueba de dichos hechos, necesariamente debe ser también la fuente de las demás pruebas al respecto.
- Ante esta realidad procesal este Tribunal, so pena de incurrir en vía de hecho por error fáctico, no puede proceder a proferir laudo accediendo a las pretensiones de la demanda.

##### **5. PETICIÓN TERCERA PRINCIPAL.**

Se solicita en esta petición, en la reforma a la demanda, que se declare que el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, fue cedido por el municipio a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. el día 19 de mayo de 2006.

No obstante, que en este laudo, ya se hizo referencia a la cesión del contrato al momento de observar la legitimación en la causa de las partes, se hace necesario reiterar que al observar el expediente, consta en copia auténtica y además en copia simple (i) la cesión del contrato referido, (ii) la notificación realizada a COHYDRA S.A. E.P.P. el día 8 de junio de 2006 y (iii) la manifestación del 6 de julio de 2006 realizada por la convocante, sobre no liberar al municipio de Turbo por los déficit operacionales, documentos que fueron decretados como pruebas ordenando anexarlos al proceso, permitiéndole a las partes ejercer el derecho de contradicción guardando silencio,

El Tribunal le da pleno valor a los referidos documentos y al acto jurídico en ellos contenidos, al no encontrar ningún motivo que pueda generar nulidad absoluta, relativa o eventual inexistencia del mismo o cualquier hecho o acto que deje sin valor, o la prueba o el acto contenido en la misma, sin que tampoco ello hubiere sido objeto de debate por las partes, por tanto, dicha petición debe ser prospera.

## **6. PETICIÓN SUBSIDIARIA Y CONSECUENCIALES.**

Ante la no prosperidad de las peticiones segunda y cuarta principales y sus consecuenciales, se hace necesario por parte del Tribunal pronunciarse sobre la petición subsidiaria, la cual consiste en que si se concluye, que la cartera no es objeto de provisión, en lugar de reconocer *dentro de los déficit operacionales el monto equivalente a la cartera provisionada*, se reconozca *el pago de la cartera causada al 28 de agosto de 2011, además de los déficit operacionales*.

Sea lo primero dejar claro por el Tribunal, que conforme el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, los términos “pérdida operativa”, “pérdida operacional” y “déficit”, se tratan como sinónimos, además, ello lo corrobora el perito Cesar Mauricio Ochoa en su dictamen pericial.

Partiendo de lo anterior, se observa que el convocante solicita en esta petición subsidiaria el reconocimiento de unos déficit operacionales –sin incluir cartera provisionada-, más la cartera causada al 28 de agosto de 2011, vale decir, que el fallador debe encontrar acreditados los déficit operacionales, no incluir dentro de estos o restarles la cartera provisionada para poder condenar, en consecuencia, por los déficits más la cartera causada.

Y sin lugar a ninguna duda, “los déficit operacionales” a los que se refiere esta petición subsidiaria son “las pérdidas operativas” de los periodos del 1 de enero de 2000 al 30 de junio de 2006 y del 1 de julio de 2006 hasta el 31 de octubre de 2007 frente a los cuales el Tribunal encontró establecida la caducidad de la acción, pero por ser una caducidad producto de una sesuda labor interpretativa, que no saltaba a la vista, se procedió al estudio del material probatorio y se encontró establecido que tampoco se probó la existencia de las referidas pérdidas ni su monto y fue por ello que se abstuvo de condenar por las peticiones principales y consecuenciales.

Así las cosas, esta petición podría ser estudiada si las peticiones principales y consecuenciales, no hubiesen prosperado por considerarse que la cartera no era objeto de provisión, pero como ello no fue así, tampoco se puede abrir paso la petición subsidiaria llevando igualmente al fracaso la petición consecuencial de la misma, pues le es imposible al Tribunal acceder a la petición subsidiaria, pues se reitera, para ello debió haber encontrado acreditada las pérdidas operativas o los déficit operacionales, para no incluir dentro de ellos la cartera provisionada, pero no los encontró demostrados, tal como ya se expuso a lo largo de este laudo, por lo tanto, se niegan las peticiones subsidiarias y sus consecuenciales.

## 7. Otras decisiones.

7.1. En la diligencia prevista para recibir la declaración del señor CARLOS JULIO CORTÉS SANCHEZ, perito quien elaboró el dictamen aportado de manera unilateral por la parte convocante, el apoderado de la convocada Municipio de Turbo, solicitó de conformidad con el artículo 135 del Código General del Proceso, se dejara sin efectos dicho dictamen, teniendo en cuenta que existían circunstancias que afectaban gravemente su credibilidad; para el efecto, aportó una sentencia de la Sala Penal de Casación de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2011, Proceso 30170. M.P. María del Rosario González de Lemus.

Para este Tribunal en efecto, si bien la solicitud propuesta por el mencionado apoderado correspondía técnicamente a lo dispuesto por el artículo 235 del Código General del Proceso, es evidente que de la prueba arrimada al proceso, no se aprecia que existen circunstancias que afectan gravemente la credibilidad del perito, a pesar de sostener posiciones contrarias a las otras pruebas arrimadas al proceso y de otra parte, de la sentencia aportada se evidencia que si bien es cierto el perito se vio sometido a un proceso penal por falsedad en documento, también lo es que en esa sentencia se declaró la prescripción de la acción y por consiguiente declaró la cesación de procedimiento a favor del señor Cortés Sanchez, por lo tanto no recae sobre él inhabilidad. Por lo tanto, no prospera la tacha por imparcialidad presentada frente al contador público y auditor forense señor CARLOS JULIO CORTÉS SANCHEZ, de conformidad con la norma citada. De la anterior forma quedan resueltas todas las peticiones solicitadas por la parte actora al igual que las excepciones y oposiciones presentadas por los convocados, quedando resueltas unas de manera expresa y otras implícitamente.

## XI. SOBRE LA SANCIÓN DEL JURAMENTO ESTIMATORIO.

### EL JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso dispone:

*ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. (...)*

*(...)*

*<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la*



condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

(...)

*PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

*La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.*

(Todas las subrayas son agregadas)

Mediante el AUTO N° 02 del 2 de abril de 2014, el Tribunal inadmitió la demanda, en razón de que la sociedad convocante omitió prestar el juramento estimatorio prescrito en el artículo 206 del Código General del Proceso.

A través de memorial presentado el 4 de abril, el señor apoderado de CONHYDRA cumplió con el requisito que se le exigió, a efecto de que se le admitiera la demanda, habiendo manifestado que:

*“De conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, estimo razonadamente y bajo juramento que lo adeudado por el Municipio de Turbo y la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P., que debe resultar al liquidar el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, asciende a la suma de tres mil novecientos setenta y un millones seiscientos cincuenta y cinco mil setecientos sesenta y cinco pesos (\$3.971.655.765) m.c., actualizado este monto a noviembre 30 de 2013, mes anterior a la presentación de la presente demanda arbitral, sin perjuicio de la actualización que deberá efectuarse para el momento de dictar el laudo que resuelva esta controversia, según se solicita en las pretensiones” (subrayas no textuales).*

De la lectura objetiva de las pretensiones de contenido económico dirigidas contra el municipio de Turbo, se deduce y comprende claramente que lo reclamado por la convocante en la demanda hace relación al reconocimiento y pago de las “pérdidas operativas no imputables al operador” ocurridas por causa y con motivo de la ejecución del contrato que subyace en el debate procesal como fuente del litigio, derivadas de la interpretación y aplicación de la cláusula QUINTA y, específicamente, del parágrafo SEGUNDO de la misma estipulación contractual, lo cual quedó reafirmado en el escrito del 4 de abril de 2014, antes transcrito, presentado por el apoderado de la parte demandante.

De suerte que lo pretendido por la parte actora tiene naturaleza diferente a “indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras” y, por ende, el Tribunal no debió haber ordenado, como requisito de admisibilidad de la demanda,

que Conhydra prestará el juramento estimatorio de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso, por no ser aplicable al presente caso.

Concluyese, entonces, que por no ser pertinente la hipótesis en la que se funda el mencionado artículo 206, no hay lugar a examinar las consecuencias sancionatorias que dicha norma contempla, ni proveer sobre ellas en contra de CONHYDRA.

## XII. COSTAS

### 1. NORMATIVIDAD APLICABLE

El estatuto arbitral –Ley 1563 de 2012- no se ocupa de disciplinar el régimen de las costas procesales.

Por consiguiente, hay que acudir a las reglas pertinentes sobre la materia consagradas en el Código General del Proceso, en virtud de lo dispuesto en su artículo 1°, conforme al cual dicho cuerpo normativo se aplica, entre otros, a *“todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”*.

Según el artículo 361 del mencionado código: *“Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”, y “serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente...”*.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 365 ibídem, en los procesos en que haya controversia se condenará en costas a la parte vencida.

De la letra de este numeral 1, surge evidente el criterio objetivo que domina la directriz para imponer costas; basta que una de las partes sea vencida, sin que se requiera efectuar juicio de valoración acerca del comportamiento procesal de quien debe sufrir la condena.

Ahora bien, conviene traer, en paralelo, el artículo 188 del CPACA (Ley 1437 de 2011) sobre condena en costas, dada la presencia del municipio de Turbo como integrante de la parte convocada en este arbitraje:

*“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

La norma hace una remisión pura y simple, sin ningún condicionamiento, a las normas del Código de Procedimiento Civil en torno a la condena, liquidación y ejecución de costas. En tal sentido, el legislador dio un viraje contrario a lo que disponía el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en cuanto el Juez, teniendo en cuenta la

conducta asumida por las partes, podía condenar, o no, en costas a la vencida en el proceso.

No obstante, retomando lo consagrado en el Código General del Proceso, en cuanto a la condena en costas, podemos observar que el numeral 5 del artículo 365, señala:

*“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.” (Subrayas propias)*

Es por lo anterior que en el presente asunto, no habrá de condenarse en costas a ninguna de las partes, ante la prosperidad parcial de una de las peticiones de la demanda, concretamente, la primera principal, consistente en que *“se LIQUIDE por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, de acuerdo con lo que cada una de las partes, incluyendo cedentes y cesionarias adeude a la (s) otra (s).”*

De igual manera, nos encontramos ante el fracaso de las demás peticiones de carácter indemnizatorio solicitadas por CONHYDRA S.A E.S.P, a cargo de las convocadas. Por lo tanto, resulta coherente y ajustado a derecho que ante el vencimiento de una de las partes, respecto de la prosperidad de una de las peticiones, quien igualmente resultó vencida, ante el fracaso de las otras, no hay lugar a imponer condena en costas en el presente trámite arbitral.

### XIII. DECISIÓN

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre CONHYDRA S.A. E.S.P; el MUNICIPIO DE TURBO Y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO.** No prospera la tacha de falta de credibilidad del señor Carlos Julio Cortés Sánchez, quien actuó en el presente proceso como representante legal de la empresa Global Forensic Auditing Ltda., a cargo de quien estuvo la elaboración del dictamen pericial aportado con la demanda.

**SEGUNDO.** Declarar no probadas las excepciones de cosa juzgada y prescripción propuestas por el municipio de Turbo y ninguna de las demás propuestas por las partes.

**TERCERO.** Se accede a la primera petición principal, contenida en la reforma a la demanda, consistente en que se LIQUIDE por el Tribunal de Arbitramento el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo.

**CUARTO.** Se niegan las peticiones de carácter económico formuladas por CONHYDRA S.A. E.S.P en contra del MUNICIPIO DE TURBO, por lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral.

**QUINTO.** En consecuencia el Tribunal pasa a liquidar el contrato, estándose a las cifras conciliadas entre CONHYDARA S.A. E.S.P. y Aguas de Urabá S.A. E.S.P., sin fijar suma alguna a cargo del MUNICIPIO DE TURBO.

**SEXTO.** Se declara que el Contrato de Operación, Administración y Mantenimiento del Sistema de Acueducto del municipio de Turbo, fue cedido por el municipio de Turbo a la sociedad Aguas de Urabá S.A. E.S.P. el día diecinueve (19) de mayo de 2006, conforme la petición tercera principal de la reforma a la demanda.

**SÉPTIMO.** Sin condena en costas para ninguna de las partes, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**OCTAVO.** Se expedirá copia de este laudo para las partes y al Ministerio Público con las respectivas constancias.

**NOVENO.** El expediente que contiene la actuación se conservará en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín.

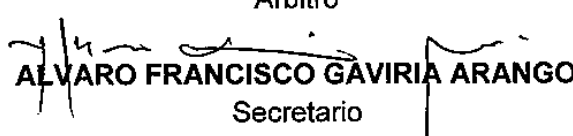
**DÉCIMO.** El Presidente rendirá cuentas a las partes.

Lo resuelto queda notificado a las partes en la audiencia del 18 de septiembre de 2015.

  
**MARTÍN GIOVANI ORREGO MOSCOSO**  
 Presidente,

  
**NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA**

Árbitro  
  
**ÁLVARO ISAZA UPEGUI**  
 Árbitro

  
**ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO**  
 Secretario