

Honorables Magistrados:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
M.S. JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH.

Email: secsftsypar@cendoj.ramajudicial.gov.co

PROCESO	EJECUTIVO SINGULAR
DEMANDANTE	AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P.
DEMANDADO	MUNICIPIO EL COPEY
RADICADO	20-001-31-03-005-2019-00065-01
ASUNTO	SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

1

ALFREDO ANDRES CHINCHIA BONETT, mayor de edad, domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.536.690 expedida en Bucaramanga (Santander), abogado de profesión y en ejercicio, inscrito con la T.P. No. 168.944 del C.S de la J., actuando como apoderado especial de la empresa **AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P.**, acudo respetuosamente ante su despacho con fundamento en lo dispuesto en el inciso 2° del Artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020 y lo señalado en el auto de fecha 4 de marzo de 2022, con la finalidad de presentar la sustentación del recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de fecha 29 de julio de 2020, lo cual se hace en los siguientes términos:

En el proceso de la referencia mi representada, AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P., pretende que se condene al Municipio del Copey a pagar el valor contenido en la factura recibida por el Municipio de El Copey el día 28 de febrero de 2018, esto es la suma de **TRESCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y DOS PESOS CON CUAGTRO CENTAVOS (\$329.852.172,04)** correspondiente a saldo de capital por concepto de subsidios facturados en el mes de febrero de 2010 y la totalidad de los valores facturados por dicho concepto en los meses de marzo a agosto de 2010, por la prestación del servicio domiciliario de aseo durante ese periodo en el MUNICIPIO DE EL COPEY por parte de AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P., más los intereses moratorios liquidados hasta el día 31 de enero de 2018.

El Juzgado de primera instancia resolvió librar mandamiento de pago el día 29 de marzo de 2019 en atención a la factura presentada en la demanda.

El Municipio de EL COPEY al momento de ser notificado de la demanda no presentó recurso de reposición atacando los requisitos del título ejecutivo, sino que únicamente contestó la demanda.

Posteriormente en la sentencia objeto de recurso de apelación el Juzgado de primera instancia resolvió REVOCAR el mandamiento de pago indicando que con la demanda no se aportó el título cumpliendo con requisitos del título ejecutivo complejo y negó seguir adelante la ejecución.

Para revocar el mandamiento de pago el ad quo señaló que en este caso no se reunieron los requisitos de un título ejecutivo complejo en razón a que no existía un contrato suscrito entre la empresa AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO EL COPEY.

La decisión tomada por el Juez de primera instancia debe ser revocada en atención a lo expuesto en la demanda inicial, lo expuesto en el recurso de apelación y además observando la sustentación del recurso que se presenta en esta oportunidad:

1. EL TÍTULO EJECUTIVO OBJETO DE COBRO NO ERA COMPLEJO.

En primer lugar, debe advertirse, contrario a la decisión tomada por el *ad quo*, que la acreencia cobrada en este proceso se encuentra en una factura que es un título valor, que se presentó con el lleno de los requisitos legales y que nunca fue rechazada ni devuelta por el deudor y por ello fue aceptada tácitamente por este, en los términos del inciso 3º del artículo 733 del Código de Comercio que dispone:

2

*“La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, **dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recepción.** En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento”*

Para cobrar los valores en ella contenidos no era necesario la existencia de un convenio entre la empresa AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO EL COPEY, tal y como se observa en la siguiente tesis expuesto en el concepto No. 174 de 2011 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en donde se indicó:

*“Ahora bien, respecto de si es o no obligatorio acudir al mecanismo de la suscripción del convenio para el otorgamiento de los subsidios, la Oficina Asesora Jurídica ha sostenido **que los municipios y las empresas no pueden excusarse en la inexistencia de convenio para incumplir sus obligaciones constitucionales y legales tendientes al otorgamiento de subsidios, PUESTO QUE LOS SUBSIDIOS SON RECURSOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS Y CON DESTINACIÓN ESPECÍFICA,** razón por la cual si los recursos han sido apropiados por el municipio, **y LA EMPRESA, A TRAVÉS DE UNA CUENTA DE COBRO O UNA FACTURA LE SOLICITA EL GIRO DE LOS RECURSOS, ES PROCEDENTE LA ENTREGA DE LOS MISMOS, AUNQUE NO SE HUBIERE SUSCRITO EL CONVENIO REFERIDO**”.*

Así mismo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en Concepto SSPD-OJ-2004-445, señaló:

“Toda vez que la obligación de otorgar subsidios está creada por la Ley, los prestadores de servicios públicos podrán obtener los recursos necesarios para otorgar subsidios de los Fondos de Solidaridad y/o de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional CON LA PRESENTACIÓN DE LA FACTURA RESPECTIVA, SIN QUE EXISTA UN CONTRATO PREVIO FIRMADO CON EL MUNICIPIO.

(...)

En caso de que **el municipio** no haya cumplido con la obligación de crear el Fondo de Solidaridad, o no haya apropiado y girado los recursos necesarios para que el fondo pueda cumplir su función, **ESTE SE CONSTITUYE EN DEUDOR DIRECTO DE LAS EMPRESAS DEFICITARIAS Y DEBERÁ PAGAR A ELLAS DIRECTAMENTE LA CUENTA POR COBRAR REGISTRADA CONTABLEMENTE POR CONCEPTO DE SUBSIDIOS.**

Se desprende, en consecuencia, que si el municipio es renuente al pago de dicha deuda, la empresa bien puede utilizar todos los medios legales que considere necesarios para hacer efectiva la transferencia a la que POR LEY TIENE DERECHO, entre ellos, la suscripción de acuerdos de pago, cruces de cuentas, conciliaciones, acciones judiciales, etc. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

- De igual forma me permito reiterar que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en un concepto **No. SSPD-OJ-2017-034** dirigido a la Empresa de Servicios Públicos de Duitama, sobre varios interrogantes respecto al valor adeudado por parte del Municipio de Duitama a dicha empresa por concepto de Subsidios de aseo del año 2009, respondió lo siguiente:

“1. ¿Qué puede hacer la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Duitama EMPODUITAMA S.A. E.S.P., para cobrar esos subsidios del año 2009?.

2. Tiene alguna prescripción o caducidad esta deuda del municipio frente a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Duitama EMPODUITAMA S.A. E.S.P.?”

“En este sentido, y teniendo en cuenta que de conformidad por lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 565 de 1996, los recursos que ingresan a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos son recursos públicos, y adicionalmente, que los Fondos tienen el carácter de cuentas especiales dentro de la contabilidad de los municipios, en las cuales se deben contabilizar de forma exclusiva los recursos destinados a otorgar subsidios a los servicios públicos domiciliarios, es claro que tales recursos solo se pueden usar para aplicar los subsidios a los estratos 1, 2 y 3.

*Bajo estas premisas, es decir que los recursos recibidos por los Fondos tengan una destinación específica, que deben ser manejados como cuentas especiales, y que provengan de diferentes fuentes, es dable determinar, **que la vigencia de los mismos no expira.***

En efecto, tanto la naturaleza y características especiales con que cuentan los subsidios, como la destinación específica que la ley les otorgó, aunado al hecho de que el Estado debe velar por la efectiva prestación de los servicios públicos domiciliarios garantizando su prestación a las personas de bajos recursos, permiten establecer de forma diáfana, que la vigencia de este tipo de recursos es totalmente independiente de la vigencia fiscal en la cual pretenden aplicarse los mismos.

Por tal razón es dable concluir, que los subsidios no fenecen, y por ende, la obligación de que estos deban ser entregados a los prestadores con el propósito de que sean aplicados a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, persiste a pesar de que no exista contrato o convenio de giro de recursos, y de que la vigencia para la cual se entregaron haya vencido”. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la empresa AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P., se encuentra en la obligación de solicitar el pago de los subsidios adeudados por el MUNICIPIO DEL COPEY y lo podía hacer, como en efecto lo hizo, con la presentación de una factura simple sin necesidad de constituir un título valor complejo, como erradamente lo consideró el fallador de primera instancia al afirmar que la obligación había nacido obligatoriamente de un contrato entre las partes.

En esta sustentación también es importante resaltar lo expuesto en la sentencia del 24 de enero de 2011, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Radicación Número: 25000-23-24-000-2004-00917-01(Ap), Actor: Sergio Sánchez, Demandado: Municipio de Topaipi, donde se indicó sobre la prescripción lo siguiente:

"No cabe duda que los dineros correspondientes a los subsidios de los servicios públicos domiciliarios y aquellos que provienen de la contribución de solidaridad en el caso que se analiza, son de naturaleza fiscal y, en consecuencia, imprescriptibles según se desprende de lo normado por el artículo 1º, numeral 210 del Decreto 2282 de 1989, disposición declarada exequible por la Corte Constitucional”. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Resaltándose esta posición porque la Juez de primera instancia señaló en su fallo de primera instancia que, si el título ejecutivo fuera simple, tampoco prosperarían las pretensiones en razón a que las facturas estarían prescritas porque según su interpretación dichas facturas si prescriben más no los subsidios como tal; interpretación inadecuada, ya que precisamente por ser los subsidios de los servicios públicos domiciliarios son de naturaleza fiscal y en consecuencia imprescriptibles, lo cual habilita a la entidad acreedora a cobrar en cualquier tiempo dicha obligación, pues de no ser así, de que sirve entonces que el Decreto 2282 de 1989 disponga que estos subsidios son de naturaleza fiscal y por ende imprescriptibles.

2. EL JUEZ DE PRIERA INSTANCIA REALIZÓ UNA INDEBIDA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 99, NUMERAL 99.8 DE LA LEY 142 DE 1994

El fallador de primera instancia no le dio una adecuada interpretación a esta norma, que es la que legalmente permite a las entidades señaladas en el artículo 386 de la Constitución Política podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a varias reglas, como la establecida en su numeral 99.8, que textualmente dispone:

"99.8. Cuando los Concejos creen los fondos de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos y autoricen el pago de subsidios a través de las empresas pero con desembolsos de los recursos que manejen las tesorerías municipales, la transferencia de recursos se hará en un plazo de 30 días, contados desde la misma fecha en que se expida la factura a cargo del municipio. Para asegurar la transferencia, las empresas firmarán contratos con el municipio".

Interpretación inadecuada en la medida en que esa norma no dispone obligación alguna para los municipios de facturar mensualmente el valor de los subsidios y por ello está permitido como en efecto lo hizo AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P., realizar el cobro de los mismos en una sola factura y en cualquier tiempo, aclarando que lo que, si era obligatorio, era que el Municipio cancelara dichos valores dentro del mes siguiente a la presentación de la factura.

5

Aclarando una vez más en este punto, que estas obligaciones derivadas de los subsidios de servicios públicos no prescriben y por ello se pueden cobrar en cualquier tiempo.

3. LA OBLIGACIÓN COBRADA EN LA FACTURA PROVIENE DIRECTAMENTE DE LA LEY Y DE ALLÍ NACE LA RELACIÓN CAUSAL DEL VALOR COBRADO POR LA EMPRESA OFICIAL DEMANDANTE Y POR ELLO NO DEBIÓ CONSTITUIRSE UN TÍTULO COMPLEJO.

El Juzgado de primera instancia desconoce que la obligación cobrada en este asunto proviene directamente de la Ley al afirmar que debió aportarse el respectivo contrato que debió suscribirse entre el MUNICIPIO demandado y la empresa demandante.

Al respecto me permito reiterar el concepto unificado No. 25 de 2016 de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, en donde se afirmó lo siguiente:

“Tal como lo dispone el numeral 99.8 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 11 del Decreto 565 de 1995, las transferencias de dinero de las entidades territoriales por concepto de subsidios deberán ser giradas a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los subsidios, en un plazo de treinta días, contados desde la misma fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio. (...)

*De acuerdo con los preceptos referidos, la suscripción de los contratos para asegurar la transferencia de recursos para otorgar **subsidios surge de una obligación legal y tiene por finalidad la transferencia de dichos recursos.***

Adicionalmente, este tipo de acuerdo es una modalidad especial no tipifica ni en el derecho público ni en el derecho privado y su operatividad corresponde a la entera autonomía de las partes.

*Sobre la suscripción de este tipo de convenios, **los municipios y las empresas NO PUEDEN EXCUSARSE EN LA INEXISTENCIA DE ESTE TIPO DE ACUERDOS PARA INCUMPLIR SUS OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES TENDIENTES AL GIRO Y OTORGAMIENTO DE SUBSIDIOS, puesto que tales recursos se encuentran constitucionalmente protegidos y destinados a un fin específico, RAZÓN POR LA CUAL SI LOS RECURSOS HAN SIDO APROPIADOS POR EL MUNICIPIO, Y LA EMPRESA A TRAVÉS DE UNA CUENTA DE COBRO O UNA FACTURA LE SOLICITA EL GIRO DE LOS RECURSOS, ES PROCEDENTE LA ENTREGA DE LOS MISMOS Y SU POSTERIOR OTORGAMIENTO, AUNQUE NO SE HUBIERE SUSCRITO EL CONVENIO REFERIDO”.***

Las fuentes de financiación de los subsidios de servicios públicos domiciliarios están establecidas en el artículo 100 de la Ley 142 de 1994 así:

*“Presupuesto y fuentes de los subsidios. En los presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, las apropiaciones para inversión en acueducto y saneamiento básico y los subsidios se clasificarán en el gasto público social, como inversión social, para que reciban la prioridad que ordena al artículo 366 de la **Constitución Política**. **Podrán utilizarse como fuentes de los subsidios los ingresos corrientes y de capital, las participaciones en los ingresos corrientes de la Nación los recursos de los impuestos para tal efecto de que trata esta Ley, y para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo los recursos provenientes del 10% del impuesto predial unificado al que se refiere el artículo 7° de la Ley 44 de 1990. En ningún caso se utilizarán recursos del crédito para atender subsidios. Las empresas de servicios públicos no podrán subsidiar otras empresas de servicios públicos**”*

6

En el anterior orden de ideas se concluye esta sustentación, solicitándole respetuosamente al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar que revoque la decisión apelada y en su lugar se ordene seguir adelante la ejecución a favor de la empresa oficial AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P., por cuanto que el título ejecutivo cobrado no se tipo complejo en tanto que la obligación cobrada es por concepto de subsidios de naturaleza fiscal y provienen directamente de la ley y no de un contrato y además porque su naturaleza es fiscal y por ello imprescriptible por lo que AGUAS DEL CESAR S.A. E.S.P., podía cobrarlos en cualquier tiempo ya fuera a través de un cuenta de cobro o de una factura.

De ustedes, atentamente.

ALFREDO ANDRES CHINCHIA BONETT

C.C, No. 91.536.690 expedida en Bucaramanga

T. P. No. 168.944 del C. S. de la J.