www.legismovil.com 001

369

1123.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01134-01(27372)

Actor: ASESORAMOS S.C.A.

Demandado: MUNICIPIO DE GACHALA

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de abril de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se dispuso:

> "PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.
> SEGUNDO: Sin condena en costas".

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 14 de noviembre de 2000[1], la sociedad Asesoramos S.C.A., en ejercicio de la acción contractual, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contra el municipio de Gachalá, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

> "1.- Que el MUNICIPIO DE GACHALÁ incumplió el contrato administrativo de asesoría N° 065 del 25 de septiembre de 1996, celebrado con la sociedad comercial ASESORAMOS S.C.A., por no

[1] Folios 3 a 50 C. 1.

www.legismovil.com 002

haber reconocido y cancelado la totalidad de las sumas de dinero a que se refiere el prealudido contrato, de conformidad con lo pactado en el mismo en la cláusula segunda.

2.- Que de igual manera el Municipio de Gachalá incumplió el contrato administrativo de asesoría N° 065 del 25 de septiembre de 1996, celebrado con la sociedad comercial ASESORAMOS S.C.A., por no haber procedido a la liquidación, en debida forma, del referido contrato y no haber incluido las sumas correspondientes a la totalidad de los valores reales a cancelar teniendo en cuenta los porcentajes y el monto total de las sumas obtenidas por el municipio mediante las acciones objeto de la asesoría, conforme lo estipula la cláusula segunda del citado contrato.

3.- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Municipio de GACHALÁ a cancelar a mi poderdante los perjuicios materiales ocasionados con el incumplimiento del contrato administrativo de asesoría N° 065 de 1996, perjuicios que se discriminan así:

3.1.- La suma de $671.932.804 por concepto del saldo insoluto de la Cuenta de Cobro N° 013 de 1999, correspondiente a la aplicación del 30% pactado en la cláusula 2 del contrato N° 065 de 1996, sobre la cantidad de $2.527.168.978 pagado al Municipio de Gachalá por la E.E.B. S.A. E.S.P. por concepto del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros, intereses y sanciones accesorias correspondientes a los años gravables 1992, 1993, 1994 y 1995, deduciendo o descontando la totalidad de dicho 30% la suma que como pago parcial fue entregada al contratista.

3.2.- Por el valor de los intereses moratorios sobre la suma de dinero consignada en el numeral 3.1. de este acápite, debidamente actualizada dicha suma en su valor histórico, desde el 28 de enero de 1999 y hasta la fecha en que se verifique el pago total de las sumas demandadas, a la tasa del 12% anual, todo de conformidad con lo consagrado en el inc. 2 núm. 8 del art. 4 de la ley 80 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 1 del Dec. 679 de 1994 y el art. 1617 del C.C.

3.3.- La suma de $952.442.813 por concepto de la aplicación del 30% pactado en la clausula 2 del contrato N° 065 de 1996, sobre la cantidad de$3.174.809.377, pagado al Municipio de Gachalá por la E.E.B. por concepto del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros, intereses y sanciones accesorias correspondiente a los años gravables 1996 y 1997.

3.4.- Por valor de los intereses moratorios sobre la suma de dinero consignada en el numeral 3.3. de este acápite, debidamente actualizada dicha suma en su valor histórico, desde el 18 de marzo de 1999 y hasta la fecha en que se verifique el pago total de las sumas demandadas, a la tasa del 12% anual, todo de conformidad con lo consagrado en el inc. 2 núm. 8 del art. 4 de la ley 80 de 1993, en

www.legismovil.com 003

concordancia con lo previsto en el art. 1 del Dec. 679 de 1994 y el art. 1617 del C.C.

4.- Que se condene al Municipio de Gachalá a cancelar los intereses moratorios sobre el pago parcial efectuado a mi mandante cuya cuantía fue de $186.768.000, desde el día 28 de Enero (sic) de 1999, en el que se solicitó el pago, hasta el día 15 de julio de 1999, día en que se hizo el pago, a la tasa del 1% mensual, conforme a lo señalado en el núm. 8 del art. 4 de la ley 80 de 1993.

5.- Que se ordene al Municipio de Gachalá a cancelar el impuesto al valor agregado, IVA, causado por los servicios prestados por mi poderdante y aplicado el porcentaje legal del IVA al valor de la condena que en concreto se profieran contra el Ente Territorial demandado conforme a lo pretendido en los numerales 3.3 de este acápite.

(...)

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.
Primera subsidiaria a la primera y segunda principales.

Que el MUNICIPIO DE GACHALÁ es responsable de los daños de toda índole sufridos por la sociedad comercial ASESORAMOS S.C.A., imputables a la omisión del Municipio demandado por no haber cancelado el valor total a que se refiere la cláusula segunda del contrato administrativo de asesoría N° 065 de 1996, teniendo en cuenta las sumas que el demandado recibió de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., por concepto de impuestos de industria y comercio, avisos y tableros, sanciones e intereses moratorios, de los años gravables 1992; 1993; 1994; 1995; 1996 y 1997.

Segunda subsidiaria a la tercera principal

Que el MUNICIPIO DE GACHALÁ es responsable de toda clase de perjuicios irrogados a la sociedad comercial ASESORAMOS S.C.A., por el hecho de no haberse aprobado por parte del Concejo Municipal los rubros presupuestales suficientes conforme al compromiso contractual adquirido para pagar a la sociedad comercial ASESORAMOS S.C.A., las sumas de dinero demandadas en virtud del contrato administrativo de asesoría N° 065 de 1996, una vez se generó la obligación de pagarlas.

Tercera subsidiaria a las principales y subsidiaria anteriores

Que el MUNICIPIO DE GACHALÁ se enriqueció, sin justa causa legal alguna, a expensas del correlativo empobrecimiento patrimonial de la sociedad comercial ASESORAMOS S.C.A., al haber ingresado al patrimonio de aquel, y retenido, los dineros que debió cancelar íntegramente a la sociedad demandante, sin que hasta la fecha lo haya efectuado.

www.legismovil.com 004

Consecuencial a la tercera subsidiaria.

Que en consecuencia se condene al MUNICIPIO DE GACHALÁ a reembolsar a mi poderdante, la sociedad comercial ASESORAMOS S.C.A., el valor actualizado de las sumas adeudadas derivadas del contrato administrativo de Asesoría N° 065 de 1996, junto con los respectivos intereses moratorios comerciales o contractuales, liquidados de la manera como se expresa en el inc. 2 núm. 8 del art. 4 de la ley 80 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 1 del Dec. 679 de 1994 y el art. 1617 del C.C."

2.- **Los hechos.**

La parte actora soportó su demanda en los hechos que se sintetizan a continuación:

2.1. Hasta el año 1995, el Municipio de Gachalá nunca había realizado procedimientos tendientes al recaudo de los tributos de industria y comercio por concepto de generación de energía eléctrica; únicamente se había expedido el acuerdo 005 de 1993, con fundamento en la ley 56 de 1981, el cual resultó inaplicable y sin posibilidad de exigencia jurídica.

2.2. La sociedad actora inició una serie de actuaciones precontractuales con el fin de lograr el cobro del aludido impuesto. Así, el 25 de noviembre de 1995, elevó un derecho de petición ante el Ministerio de Minas y Energía con el objeto de conminarlo a expedir el decreto de distribución de impuesto de industria y comercio entre los municipios afectados por la construcción de las obras para generación de energía. En virtud de lo anterior, el ministerio expidió el Decreto 2291 de 26 de diciembre del mismo año.

2.3. La demandante elaboró un proyecto de acuerdo orientado a derogar el Acuerdo 005 de 1993, para de esta forma lograr reestablecer la aplicación de la Ley 14 de 1983, norma base para la liquidación y pago de los impuestos mencionados.

2.4. De la anterior gestión, resultó la aprobación del Acuerdo 024 de 1995, norma que fue demandada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien decretó la nulidad de los artículos 2 y 4 del mismo y dio lugar a que se reviviera el

www.legismovil.com 005

371

Acuerdo 047 de 1991. La sociedad actora se encargó de la defensa del Acuerdo 024 de 1995, ante la justicia contenciosa.

2.5. El representante legal de Asesoremos S.C.A. adelantó una demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 7° de la Ley 56 de 1981.

2.6. Entre la sociedad Asesoremos SCA y el Municipio de Gachalá se suscribió el contrato de asesoría N° 065 del 23 de septiembre de 1996, por medio del cual se le pagaba al contratista "el 30% del mayor valor recaudado", si se obtenía un resultado positivo. Así las cosas, el contratista asumía el riesgo del contrato pues si no se obtenía recaudo, no habría lugar al pago de la gestión.

2.7. En desarrollo del objeto contractual, la actora realizó una serie de asesorías al municipio y la elaboración de actos administrativos dirigidos al contribuyente, los cuales eran entregados a la tesorería municipal para la revisión, firma y notificación.

2.8. Agotada la vía gubernativa frente a los anteriores actos administrativos, la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. demandó los mismos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, defensa que fue asumida por el apoderado de la parte actora y coordinada exclusivamente por el contratista. El proceso resultó favorable para el Municipio de Gachalá.

2.9. La Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. canceló al Municipio de Gachalá, la suma de $2.527.168.978 por los años gravables 1992 a 1995.

2.10. El contratista adelantó las gestiones del cobro correspondiente al 30%, establecido en la cláusula 2 del contrato 065 de 1996. El Municipio realizó un pago parcial de la suma adeudada correspondiente al porcentaje sobre el capital del impuesto recaudado y no sobre la totalidad de lo obtenido, correspondiente al capital más las sanciones e intereses moratorios.

2.11. En el mes de enero de 1999, el contratista gestionó el recaudo de los impuestos de industria y comercio a la Empresa de Energía de Bogotá S.A.

www.legismovil.com 006

E.S.P., por los años gravables 1996 y 1997, tras lo cual, la empresa expresó, mediante oficio, su voluntad de pagar el tributo.

2.12. Dicha comunicación fue enviada para revisión del contratista, quien procedió a elaborar el modelo de respuesta y emplazamiento a la EEB, para la firma del tesorero municipal.

2.13. El 18 de marzo de 1999, la Empresa de Energía de Bogotá canceló al municipio la suma de $3.174.809.377. El contratista solicitó el pago de la parte que le correspondía por su gestión, petición que le fue negada mediante oficio 057 de 9 de marzo de 2000.

3.- Actuación procesal de primera instancia

3.1.- Mediante auto del 4 de julio de 2000[2], se admitió la demanda y dispuso la notificación personal al Alcalde del Municipio de Gachalá y al Agente del Ministerio Público; se ordenó la fijación en lista y se reconoció personería al apoderado judicial de la parte demandante.

3.2.- El Municipio de Gachalá contestó la demanda[3] y presentó demanda de reconvención de manera extemporánea.

3.3.- Mediante proveído del 18 de enero de 2001, se tuvo por no contestada la demanda ni por presentada la de reconvención, y se abrió a pruebas el proceso[4].

3.4. En memorial del 13 de agosto de 2002[5], el apoderado de la entidad demandada solicitó el decreto de algunas pruebas de oficio, lo que fue negado mediante auto del 28 de agosto siguiente[6].

---

[2] Folio 53 C. 1.
[3] Folio 65 a 74 C. 1
[4] Folio 131, C. 1.
[5] Folio 136 y 137, C. 1.
[6] Folio 139, C. 1.

www.legismovil.com 007

342

3.5. A través de providencia del 20 de marzo de 2003[7], se abre el periodo probatorio y por auto fechado 19 de noviembre de 2002[8], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.5.1.- La parte demandada adujo que las actuaciones anteriores al contrato no pueden ser tenidas en cuenta. Agregó que el contrato se liquidó adecuadamente y se pagó al contratista conforme a la cláusula segunda del mismo.

Consideró que el contrato no se perfeccionó en debida forma, por tanto, la acción contractual no era la procedente, sino la *actio in rem verso*, cuyo trámite corresponde a la de reparación directa.

Sobre los cobros de las vigencias 1996 y 1997, puso de presente que no existe prueba de la gestión realizada por la sociedad actora aunado a que el contrato fue liquidado y pagado el 24 de julio de 1999.

3.5.2.- Por su parte, la sociedad actora insistió en que se demostró que había realizado una serie de actividades encaminadas a favorecer los intereses patrimoniales del municipio.

El Ministerio Público guardó silencio.

4.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sala de Descongestión, en sentencia proferida el 29 de abril de 2004[9], denegó las pretensiones de la demanda al considerar, en primer lugar, que la administración no actuó tardíamente respecto al pago de los valores que le correspondían al contratista por lo recaudado por concepto de impuesto de industria y comercio de los años 1992 a 1995, toda vez que la no cancelación inmediata de la deuda obedeció a razones de tipo administrativo.

---

[7] Folio 142, C. 1.
[8] Folio 57 ib.
[9] Folios 172 a 200. C. Ppal.

www.legismovil.com 008

Asimismo, señaló que el contrato era claro en cuanto a la obligación a pagar por parte del municipio, esto es, un porcentaje correspondiente a lo recaudado por concepto del mencionado impuesto, sin incluir lo obtenido por otros rubros.

En cuanto a lo reclamado por concepto de recaudo del impuesto de industria y comercio de los años 1996 y 1997, el a quo puso de presente que no obra en el plenario ninguna prueba que permita establecer la gestión realizada por el ente territorial para el pago del tributo por parte de la empresa de energía. En consecuencia, aseveró que el municipio no le adeudaba ningún valor al contratista.

Frente a las pretensiones subsidiarias, sostuvo que no se configuró un enriquecimiento sin causa puesto que no se probó la existencia de una ventaja patrimonial de la administración y un empobrecimiento correlativo del contratista, frente a lo recaudado por las vigencias 1996 y 1997, ni por concepto de las multas e intereses pagados frente a las vigencias 1992 a 1995.

5.- El recurso de apelación.

5.1.- El 10 de mayo de 2004, la parte demandante interpuso recurso de apelación[10].

5.2.- El recurso fue concedido mediante auto del 20 de mayo de 2004[11].

6.- Actuación en segunda instancia.

6.1. Por auto del 30 de septiembre de 2004, se corrió traslado a la parte actora para sustentar el recurso de apelación.

6.2. La sociedad Asesoramos S.C.A.[12] sustentó la apelación en el sentido de aducir que unida a la obligación tributaria se encuentra el cobro de los intereses y sanciones que legalmente proceden, factores que constituyen parte del valor finalmente obtenido como producto de la asesoría prestada por el contratista.

---

[10] Folios 204, C. Ppal.
[11] Folio 207, C. Ppal.
[12] Folio 212 a 216, C. Ppal.

www.legismovil.com 009

Sostuvo que del contrato se infiere claramente que el pago de los honorarios pactados cubría todo lo que se lograra recaudar gracias a la gestión desplegada por el contratista.

Agregó que conforme al artículo 1603 del Código Civil, lo accesorio debe seguir a lo principal, postulado que desconoció el tribunal.

6.3. El recurso fue admitido el 12 de noviembre de 2004[13] y por auto de 11 de marzo de 2005, se ordenó correr traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público[14].

La parte demandada reiteró los argumentos expresados en los alegatos de primera instancia, solicitó confirmar la sentencia apelada y condenar en costas a la parte actora por temeridad.

La parte demandante insistió que no puede darse una lectura exégeta al contrato puesto que debe interpretarse conforme a la naturaleza de la obligación, esto es el pago de unos honorarios sobre lo recaudado, lo cual incluye los intereses y las sanciones.

Puso de presente que los intereses y sanciones son factores de recaudo tributario previstos por el legislador, de forma tal que el cobro se hizo bajo esa unidad jurídica en un solo acto administrativo.

Manifestó que la labor del contratista fue lograr la liquidación total de los valores adeudados por el contribuyente, lo que incluyó no solo el capital sino los intereses y las sanciones.

Agregó que cuando en el contrato se determinó que los honorarios se liquidarían sobre el producto de la gestión del contratista frente al recaudo del impuesto de industria y comercio, se quiso significar que no incluía otro tipo de tributos.

[13] Folio 223, C. Ppal.
[14] Folio 225, C. Ppal.

www.legismovil.com 010

De otro lado, señaló que de aceptarse la tesis del tribunal, el contrato también estaría mal liquidado puesto que el Municipio tomó el mayor valor recaudado respecto al pago hecho por la EEB frente a las sanciones tributarias y no por concepto de capital.

Finalmente, sostuvo que el a quo no se pronunció sobre la pretensión 3.3. de la demanda, la cual se refiere a los años gravables 1996 y 1997.

El Ministerio Público guardó silencio.

El proceso ingresó a Despacho para fallo el 21 de abril de 2005.

II.- CONSIDERACIONES

Esta Subsección procederá a analizar i) competencia; ii) el límite de la apelación; iii) los hechos probados en el proceso iv) el estudio del caso concreto.

1. La competencia para conocer del caso objeto de estudio

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 132 y el artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto 597 de 1988- aplicables en el sub examine, la cuantía exigida para que un asunto de esta naturaleza fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, para la época de presentación de la demanda -14 de noviembre de 2000 –, era de $ 26.390.000.oo y en el presente caso, la parte actora estimó como pretensión mayor los perjuicios materiales por concepto de la aplicación del 30% pactado en el contrato sobre lo recaudado por concepto de industria y comercio para los años gravables 1996 y 1997, correspondientes a $952.442.613.

www.legismovil.com 011

2. El límite de la apelación

Previo al estudio de fondo del asunto, la Sala pone de presente que solo se analizará lo relativo al alcance del contrato en lo que respecta a la forma de calcular el pago de los honorarios pactados en el mismo, esto es, si la voluntad de las partes se restringió a cancelar un 30% sobre lo recaudo por capital o si debe entenderse que ese porcentaje incluía tanto el capital como los intereses moratorios y las sanciones que legalmente procedían, tal como se manifestó en el recurso de apelación.

No se estudiará lo relativo a las pretensiones por el no pago del 30% de lo recaudado por los años gravables 1996 y 1997, las cuales fueron negadas expresamente en la sentencia apelada, puesto que en el recurso de alzada nada se manifestó al respecto toda vez que el escrito se limita a expresar los motivos de inconformidad frente a la decisión de primera instancia en lo concerniente al no reconocimiento de los honorarios pactados sobre los intereses y sanciones derivados del impuesto de industria y comercio.

En efecto, en la apelación se manifestó:

> "Básicamente el razonamiento de la sentencia se apoya en afirmar que el contrato se cumplió a cabalidad, por cuanto en el texto del mismo no se incluyeron los intereses moratorios y las sanciones que legalmente proceden.
>
> A juicio de la parte que represento ello no resulta ser cierto desde el punto de vista jurídico, puesto que al tenor de lo previsto en el art. 1603 del C.C., los contratos obligan no solo lo que en ellos se expresa, sino a las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella.
>
> (...)
>
> La interpretación limitativa que hizo el Tribunal de instancia, va en contra del espíritu del contrato. El a quo ni siquiera fue exégeta al interpretar el contrato, ya que incluso en el texto del instrumento se lee en su cláusula segunda (Valor) que el pacto de los honorarios, como cuota Litis, se extiende al mayor valor, entendida esa expresión, como es obvio, a lo que se logre recaudar no solo por concepto del capital como ítem principal, sino a lo accesorio a dicho capital como lo son los intereses de mora y las sanciones que legalmente son procedentes.

(...)".

Así las cosas, se insiste, el recurso se limitará a los argumentos planteados por la parte actora en el recurso de apelación. Lo anterior de conformidad con la decisión adoptada por la Sala Plena de esta Sección en cuanto que, solo es viable el estudio de aquellos puntos que fueron expresamente propuestos y argumentados en el recurso de apelación. Así se puntualizó en la mencionada providencia:

> "En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia[15] de la sentencia como el principio dispositivo[16], razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado*

---

[15] En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

"De conformidad con el principio de congruencia, el superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional".

[16] Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

"La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin". O como dice COUTURE, **es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso"**

"Son características de esta regla las siguientes:

"(...) El **campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso** a lo en ellas **contemplado**" (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

www.legismovil.com 012

www.legismovil.com 013

estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"[17].

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, *i)* de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; *ii)* de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o *iii)* de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada"[18].

3. Acervo probatorio

Del material probatorio allegado al expediente, se destaca:

3.1. Copia del Acuerdo 005 de 7 de marzo de 1993, proferido por el Concejo Municipal de Gachalá, por el cual se adopta el impuesto de industria y comercio derivado de la ley 56 de 1981[19].

3.2. Copia del Acuerdo 047 del 3 de diciembre de 1991, del Concejo Municipal de Gachalá por el cual se modifica y reglamenta la estructura del impuesto de industria y comercio y se determina el de avisos y tableros[20].

3.3. Copia del derecho de petición de 23 de noviembre de 1995, dirigido al Ministro de Minas y Energía por el señor Rafael Antonio Lara, mediante el cual solicita copia del decreto que fija la proporción en que se debe distribuir entre los

[17] Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

[18] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, Rad. 21.060.
[19] Folios 1 y 2, C. 2.
[20] Folios 6ª 28, C. 2.

www.legismovil.com 014

municipios afectados el impuesto de industria y comercio que deben pagar las empresas propietarias de la Central Hidroeléctrica del Guavio[21].

3.4. Copia auténtica del Decreto 2291 del 26 de diciembre de 1995, por el cual se fija la proporción en que debe distribuirse entre los municipios afectos, el impuesto de industria y comercio que le corresponde pagar a la Central Hidroeléctrica del Guavio[22].

3.5. Copia auténtica del escrito dirigido al Ministro de Minas y Energía, mediante el cual el señor Publio José Buitrago Fonseca presentó algunas observaciones al Decreto 2291 de 1995 y solicito su modificación. A través de oficio de 17 de diciembre de 1996, la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Minas y energía informa que no es posible ni necesario modificar el decreto[23].

3.6. Copia auténtica del memorial presentado el 3 de junio de 1996, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el que el señor Publio José Buitrago Fonseca defiende la legalidad del Acuerdo Municipal 024 de 1995 del Municipio de Gachalá[24].

3.7. Informe presentado por el señor Publio José Buitrago Fonseca, en representación de asesoramos S.C.A., el 3 de mayo de 1999, sobre las labores desarrolladas en cumplimiento del contrato 065 de 1996[25].

3.8. Copia del contrato de asesoría 025 de 25 de septiembre de 1996, suscrito entre el Municipio de Gachalá y Asesoramos S.C.A., del que se resalta:

> "CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: el CONTRATISTA se compromete para con el municipio de Gachalá a prestar los servicios profesionales para asesorar y coordinar todas las acciones de carácter administrativo que el MUNICIPIO desarrolle dentro de los procesos de Jurisdicción coactiva, contra las entidades Generadoras de Energía Eléctrica, para la consecución del pago del Impuesto de industria y Comercio y Avisos y Tableros, con que estas empresas están gravadas dentro de la jurisdicción municipal. La asesoría objeto del

[21] Folio 29, C. 2.
[22] Folios 33 y 34, C. 2.
[23] Folios 35 a 37, C. 2
[24] Folio 38 a 42, C. 2.
[25] Folio 43 a 51, C. 2.

www.legismovil.com 015

presente contrato básicamente se describe en los siguientes aspectos: a) Estudio de la situación jurídica de las Empresas como contribuyentes, frente a la Normatividad existente. b) Preparación y formulación del proyecto de acto administrativo para el cobro al contribuyente. c) Asesoría en el desarrollo de los procedimientos para agotar la vía gubernativa e iniciación de los procesos de ejecución del cobro por la vía de jurisdicción coactiva de conformidad con la norma. d) Asesoría para elaborar el inventario de bienes susceptibles de acciones legales, para decretar las medidas precautelares del caso. e) Asesoría en el procedimiento de conciliación, pago o compromisos que se adquieran para la solución del conflicto. f) Asesoría en la elaboración de los actos administrativos pertinentes para la liquidación y pago del valor y las obligaciones adquiridas por el contratante mediante el presente contrato.

CLAUSULA SEGUNDA: VALOR: El valor del presente contrato estará determinado por un porcentaje equivalente al treinta por ciento (30%) liquidado sobre el mayor valor que mediante las acciones objeto de la asesoría obtenga el MUNICIPIO por concepto del pago del impuesto de industria y comercio y avisos y tableros, por la actividad de generación eléctrica, frente a lo pagado por los contribuyentes por este mismo concepto, incluyendo las vigencias anteriores hasta que sea requerida la asesoría.

CLÁUSULA CUARTA DURACIÓN DEL CONTRATO: El presente contrato se desarrollará en el término que el proceso demande para el desarrollo de su objeto"[26].

3.9. Copia del oficio de 24 de junio de 1996, mediante el cual Asesoramos S.C.A. envía el modelo de empiazamiento a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. para que declare y pague el impuesto de industria y comercio y sus complementarios[27].

3.10. Copia del oficio de 15 de septiembre de 1996, mediante el cual Asesoramos S.C.A. envía el modelo de Acta de Visita Tributaria y pone de presente que dicha resolución debe ser firmada y notificada al contribuyente en los términos del CCA[28].

3.11. Copia de las actas de visita tributaria 01 y 02 a la Empresa de Energía de Bogotá, donde se hizo presente el representante legal de Asesoramos S.C.A., en su calidad de asesor del municipio[29].

---

[26] Folios 52 y 53, C. 2.
[27] Folios 60, C. 2.
[28] Folio 61, C. 2.
[29] Folios 62 a 66, C. 2.

www.legismovil.com 016

3.12. Copia del oficio del 7 de octubre de 1996, por el que se remiten cuatro modelos de resoluciones de liquidación de aforo a la Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., por concepto de impuesto de industria y comercio por los años gravables 1992 a 1995. Se pone de presente que las mismas deben ser notificadas conforme al CCA. A las mismas se anexan las liquidaciones de aforo[30].

3.13. Copia del oficio de 6 de noviembre de 1996, por el que se envían cuatro modelos de resoluciones de inadmisión de los recursos de reposición presentados contra las resoluciones de aforo 002, 003, 004 y 005 de 10 de octubre de 1996; en el texto se indica que es deber de la Junta de Hacienda reunirse para resolver los recursos de apelación, por tanto indica que la misma debe convocarse a la mayor brevedad[31].

3.14. Copia del oficio de 15 de enero de 1997, mediante el cual se remiten cuatro modelos de resoluciones que resuelven los recursos de apelación contra las resoluciones de aforo presentados por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.[32]

3.15. Oficio del 22 de enero de 1999, por el que el gerente financiero de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. relacionó los pagos realizados en atención del fallo proferido por el Consejo de Estado frente al pago del impuesto de industria y comercio y complementarios para la vigencia 1992 – 1995, por valor de $2.527.168.978[33].

3.16. Cuenta de cobro 013 de 28 de enero de 1999, por valor de $739.196.926, por concepto de los servicios de asesoría correspondientes al contrato 065 de 1998[34].

3.17. Derecho de petición de 21 de abril de 1999, suscrito por el representante legal de Asesoramos S.A., en que se solicita respuesta acerca de la cuenta de

---

[30] Folios 67 a 85, C. 2.
[31] Folios 87 y 88, C. 2.
[32] Folios 89 a 96, C. 2.
[33] Folio 94, C. 2.
[34] Folio 97 C. 2.

www.legismovil.com 017

cobro 013 de 1999[35].

3.18. Copia del oficio 124 de 22 de abril de 1999, en que se da respuesta a un derecho de petición[36].

3.19. Copia del oficio 130 de 27 de abril de 1999, mediante el cual el Alcalde de Gachalá solicita al contratista informe sobre las gestiones realizadas en virtud del contrato de asesoría 065 de 1996[37].

3.20. Copia del oficio 221 de 2 de julio de 1999, por el cual el Alcalde de Gachalá comunica a Asesoramos S.C.A. que en vista de las dificultades presentadas dentro del contrato 065 de 1996, se sugiere acudir a una conciliación prejudicial[38].

3.21. Oficio suscrito por el representante legal de Asesoramos S.C.A. poniendo de presente sus inconformidades respecto a la suma que el municipio pretende liquidar en virtud del contrato 065 de 1996[39].

3.22. Copia del Acta 01 de 15 de julio de 1999, mediante la cual se liquida de forma bilateral el contrato de asesoría 065 de 1996, por valor de $207.552.091. En el acta se hizo constar que el contratista manifestó recibir el mencionado valor como pago parcial del contrato, sin perjuicio de las labores que pueda adelantar para el pago total de conformidad con la cuenta 013 de 28 de enero de 1999[40].

3.23. Copia del emplazamiento a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. para declarar el impuesto de industria y comercio de los años gravables 1996 y 1997[41].

3.24. Copia del derecho de petición de 29 de febrero de 2000, mediante el cual el contratista solicita información sobre los pagos efectuados por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., por concepto de impuesto de industria y comercio,

---

[35] Folio 98, C. 2.
[36] Folio 99, C. 2
[37] Folio 100, C. 2.
[38] Folio 101, C. 2.
[39] Folios 103 a 105, C. 2.
[40] Folios 106 y 107, C. 2.
[41] Folio 108, C. 2.

www.legismovil.com 018

avisos y tableros, intereses moratorios y demás sanciones correspondientes a los años gravables 1996 y 1997[42].

3.25. Copia del oficio 057 de 3 de marzo de 2000, en que se informa que la Empresa de Energía de Bogotá canceló oportunamente los impuestos al municipio[43].

3.26. Copia de oficio suscrito por la gerente financiera de la Empresa de Energía de Bogotá, dirigido al Alcalde Municipal de Gachalá y recibido en el ente territorial el 16 de julio de 1997, en el que informa que no se encuentra sustento jurídico para cancelar el impuesto de industria y comercio[44].

3.27. Copia auténtica de la Resolución 001 de 11 de septiembre de 1996, por la cual se decreta visita tributaria a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P[45].

3.28. Copia auténtica de las Resoluciones 002, 003, 004 y 005 por las cuales se establecen las liquidaciones de aforo del impuesto de industria y comercio y complementarios de los años gravables 1992 a 1995, a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.[46]

3.29. Copia auténtica de las Resoluciones 006, 007, 008 y 009 de 30 de noviembre de 1996, por las que se resuelve inadmitir unos derechos de reposición[47].

3.30. Copia auténtica de las Resoluciones 001, 002, 003 y 004 de 24 de marzo de 1997, por las cuales la Junta de Hacienda Municipal de Gachalá resolvió unos derechos de petición[48].

3.31. Acta 28 de la sesión del Concejo Municipal de Gachalá del 18 de noviembre

---

[42] Folios 109 y 110, C. 2.
[43] Folio 111, C. 2.
[44] Folios 113 y 114, C. 2.
[45] Folios 119 y 120 C.2.
[46] Folios 122 a 139, C. 2.
[47] Folios 140 a 146, C. 2.
[48] Folios 144 a 155, C. 2.

www.legismovil.com 019

de 1995[49].

3.32. Expediente de la demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional contra el artículo 7° parcial de la ley 56 de 1981[50].

3.33. Testimonio rendido por el señor Leonardo Alfonso Correal Torres, quien se desempeñó como tesorero del municipio de Gachalá en el año 1996. Respecto a la laborar desempeñada por Asesoramos S.C.A. sostuvo[51]:

> "Asesoramos estuvo más o menos desde el noventa y cinco, noventa y seis, se presentaron unos proyectos para recaudos de tributos para el municipio (...), ellos presentaban los formatos, los esquemas, los borradores de todo lo que se tenía que presentar a estas dependencias, asesoraron la parte de la visita tributaria a la empresa de energía y la correspondiente liquidación del impuesto de industria y comercio con los reaforos y sanciones a que había lugar".

3.34. Testimonio rendido por el señor Rafael Antonio Lara Rodríguez.

4. Aspectos procesales previos

4.1. Valoración de copias simples

En primer lugar, en cuanto al material probatorio allegado al expediente en copia simple, se valorará conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera, del 28 de agosto de 2013, que ha indicado que es posible apreciar las copias si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial.

Al respecto, la Sala Plena de Sección, en sentencia de unificación, argumentó:

> "La Sala insiste en que -a la fecha- las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010,

[49] Folios 200 a 206, C. 2.
[50] Folios 208 a 321, C. 2.
[51] Folio 538, C. 2.

www.legismovil.com 020

razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 -estatutaria de la administración de justicia-. En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar -de modo significativo e injustificado- el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

(...)

Desconoce de manera flagrante los principios de confianza y buena fe el hecho de que las partes luego del trámite del proceso invoquen como justificación para la negativa de las pretensiones de la demanda o para impedir que prospere una excepción, el hecho de que el

www.legismovil.com 021

> fundamento fáctico que las soporta se encuentra en copia simple. Este escenario, de ser avalado por el juez, sería recompensar una actitud desleal que privilegia la incertidumbre sobre la búsqueda de la certeza procesal. De modo que, a partir del artículo 228 de la Constitución Política el contenido y alcance de las normas formales y procesales - necesarias en cualquier ordenamiento jurídico para la operatividad y eficacia de las disposiciones de índole sustantivo es preciso efectuarse de consuno con los principios constitucionales en los que, sin hesitación, se privilegia la materialización del derecho sustancial sobre el procesal, es decir, un derecho justo que se acopla y entra en permanente interacción con la realidad a través de vasos comunicantes. De allí que, el proceso contencioso administrativo y, por lo tanto, las diversas etapas que lo integran y que constituyen el procedimiento judicial litigioso no pueden ser ajenas al llamado de los principios constitucionales en los que se hace privilegiar la buena fe y la confianza"[52].

En el presente asunto, observa la Sala que los medios de prueba relacionados, - incluidas las copias simples de varias piezas procesales - fueron aportados con la demanda y decretados en el auto de pruebas de primera instancia, es decir, de manera oportuna y regular, razón por la cual, conforme al precedente de esta Sub Sección, serán valorados teniendo en cuenta los principios que informan la sana crítica.

4.2. **Caducidad**

El artículo 136 numeral 10 del Código Contencioso Administrativo, establece:

> "10. En las relativas a contratos, el término de caducidad 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 caducidad se contará así:
> a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;
> b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;
> **c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde** la firma del acta;

[52] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022, MP. Enrique Gil Botero.

www.legismovil.com 022

> c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;
> e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", y f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento".

En el presente caso, las partes estipularon como término de duración del contrato el "que el proceso demande para el desarrollo de su objeto", esto es, que no se pactó un plazo determinado para la terminación del mismo.

Del acervo probatorio obrante en el expediente, se tiene que las actuaciones desarrolladas por el contratista se dieron hasta el mes de enero de 1997, cuando remitió a la tesorería del Municipio de Gachalá los modelos de las resoluciones por medio de las cuales se resolvían unos recursos de apelación.

Luego, la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. demandó los actos administrativos proferidos por el ente territorial, decisión que fue favorable al municipio y obligó a la empresa de servicios públicos a pagar el impuesto de industria y comercio correspondiente a las vigencias fiscales 1992-1995, obligación que se canceló en el mes de enero de 1999, por valor de $2.527.168.978.
Posterior al pago del impuesto, el contratista procedió a presentar la cuenta de cobro correspondiente a sus honorarios y el 15 de julio de 1999, se procedió a

www.legismovil.com 023

suficiente para viciar la legalidad de un contrato estatal de prestación de servicios[54]. Así, concluyó, para lo que interesa al caso concreto, que pueden atribuirse a los particulares, actuaciones de instrumentación o de proyección de documentos siempre y cuando la administración conserve la vigilancia, control y orientación de la función.

Manifestó la Sala:

> "Es necesario entonces estudiar el argumento presentado en la sentencia estudiada, consistente en que el funcionario público no puede atribuir a particulares actividades tributarias, sin que exista autorización constitucional o legal para ello.
>
> "En efecto, la atribución de las labores relacionadas con el cobro coactivo no está autorizada por ninguna norma tributaria consultada, no obstante, esta constatación no es suficiente para que la Sala concluya que una contratación con este objeto es ilegal.
>
> "La Sala debe ir más allá y determinar cuáles son las formas mediante las cuales el particular colabora con la administración para el desarrollo del cobro coactivo, y, con base en esa constatación, concluir la viabilidad jurídica de cada una de ellas en función de la existencia o no de normas que las sustenten.
>
> "**Existen tres supuestos principales: en primer lugar, la asunción de los particulares de la jurisdicción coactiva por atribución íntegra de funciones de la administración; en segundo lugar, la atribución parcial de funciones de la administración; y, en tercer lugar, la celebración de un contrato estatal cuyo objeto sea la colaboración del particular con la administración en el desarrollo de la jurisdicción coactiva, sin que la administración esté atribuyendo la función administrativa correspondiente.**
>
> (...)
>
> "Todos los pasos o eventos referidos contienen al menos dos partes, ámbitos o módulos: uno de preparación, instrumentación o de proyección de documentos, constituido por las actuaciones previas, concomitantes o posteriores que deben surtirse como base del cobro coactivo, y otra de decisión, representada por los actos de cobro coactivo, en sentido propio. El análisis sobre la viabilidad de la atribución de funciones administrativas debe diferenciar, respecto de cada paso o evento, las dos partes referidas. **Así, en relación con las actuaciones de instrumentación o de proyección de documentos, la Sala considera que serán susceptibles de**

[54] En el mismo pronunciamiento, la Sala aclara que es posible, a través de una concesión, contratar con particulares el cobro coactivo de créditos a favor de las entidades.

www.legismovil.com 024

atribución. Por el contrario, en relación con los actos del cobro coactivo propiamente dichos, tales como expedición del mandamiento de pago, decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc., la Sala considera que constituyen una función exclusiva de la administración en ejercicio de sus poderes soberanos de cobro coactivo, y como tal no puede ser atribuida a particulares.

(...)

"En conclusión, con base en lo dispuesto en las normas jurídicas aplicables y en lo dicho por la jurisprudencia nacional, la Sala considera que puede haber una atribución parcial a favor de los particulares de las funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del proceso y la proyección de documentos, siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998, y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución.

"La Sala concluye también que no es jurídicamente viable la atribución total de funciones administrativas de cobro coactivo debido a que, en tal supuesto," el funcionario estaría vaciando de contenido la competencia que la ley le ha otorgado, y sería reemplazado íntegramente en sus funciones, cuestiones que la Corte Constitucional calificó claramente como límites a la atribución."

"Es necesario entonces estudiar el argumento presentado en la sentencia estudiada, consistente en que el funcionario público no puede atribuir a particulares actividades tributarias, sin que exista autorización constitucional o legal para ello.

"En efecto, la atribución de las labores relacionadas con el cobro coactivo no está autorizada por ninguna norma tributaria consultada, no obstante, esta constatación no es suficiente para que la Sala concluya que una contratación con este objeto es ilegal.

"La Sala debe ir más allá y determinar cuáles son las formas mediante las cuales el particular colabora con la administración para el desarrollo del cobro coactivo, y, con base en esa constatación, concluir la viabilidad jurídica de cada una de ellas en función de la existencia o no de normas que las sustenten.

"Existen tres supuestos principales: en primer lugar, la asunción de los particulares de la jurisdicción coactiva por atribución íntegra de funciones de la administración; en segundo lugar, la atribución parcial de funciones de la administración; y, en tercer lugar, la celebración de un contrato estatal cuyo objeto sea la colaboración del particular con la administración en el desarrollo

www.legismovil.com 025

de la jurisdicción coactiva, sin que la administración esté atribuyendo la función administrativa correspondiente.

(...)

"Todos los pasos o eventos referidos contienen al menos dos partes, ámbitos o módulos: uno de preparación, instrumentación o de proyección de documentos, constituido por las actuaciones previas, concomitantes o posteriores que deben surtirse como base del cobro coactivo, y otra de decisión, representada por los actos de cobro coactivo, en sentido propio. El análisis sobre la viabilidad de la atribución de funciones administrativas debe diferenciar, respecto de cada paso o evento, las dos partes referidas. **Así, en relación con las actuaciones de instrumentación o de proyección de documentos, la Sala considera que serán susceptibles de atribución.** Por el contrario, en relación con los actos del cobro coactivo propiamente dichos, tales como expedición del mandamiento de pago, decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc., la Sala considera que constituyen una función exclusiva de la administración en ejercicio de sus poderes soberanos de cobro coactivo, y como tal no puede ser atribuida a particulares.

(...)

"**En conclusión, con base en lo dispuesto en las normas jurídicas aplicables y en lo dicho por la jurisprudencia nacional, la Sala considera que puede haber una atribución parcial a favor de los particulares de las funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del proceso y la proyección de documentos**, siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998, y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución.

"La Sala concluye también que no es jurídicamente viable la atribución total de funciones administrativas de cobro coactivo debido a que, en tal supuesto, el funcionario estaría vaciando de contenido la competencia que la ley le ha otorgado, y sería reemplazado íntegramente en sus funciones, cuestiones que la Corte Constitucional calificó claramente como límites a la atribución.[55]" (Resaltado fuera del texto)

[55] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, Rad. AP-00369, MP. Enrique Gil Botero.

www.legismovil.com 026

Esta línea de pensamiento, fue aplicada en sentencia del 21 de febrero de 2001[56], en la que se declaró la nulidad parcial de una cláusula contractual por la cual se atribuyó a un contratista la facultad de adelantar los procesos de jurisdicción coactiva tendientes a conseguir el pago de lo debido a una entidad pública, a través de un contrato de prestación de servicios.

En providencia del 3 de octubre de 2012[57], Rad. 26140, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró la prohibición constitucional y legal para contratar, a través de una orden de servicios, el recaudo de tributos y declaró la nulidad de un contrato por medio del cual una persona natural se encargaba de cobrar directamente el impuesto de degüello de ganado mayor, transporte de pieles, peso departamental y placa de control, luego lo consignaba en una cuenta corriente a favor del departamento de Córdoba y como contraprestación recibía el 40% de la suma total recaudada.

Así las cosas, en el subjudice se tiene que el contratista ejercía una labor de asesoría a la entidad demandada para el cobro del impuesto de industria y comercio por la generación de energía eléctrica, lo que conforme a las pruebas recaudadas en el proceso, consistió básicamente en la proyección de los actos administrativos de cobro, más no asumió la función administrativa como tal, pues la actuación ante la empresa de servicios públicos fue desplegada por los funcionarios competentes de la entidad territorial.

En efecto, los funcionarios públicos tuvieron siempre el control, vigilancia y carácter decisorio de la actividad coactiva puesto que fueron quienes suscribieron y notificaron los actos administrativos de carácter tributario, que únicamente fueron proyectados por el contratista. Aunado a que el pago de los tributos fue girado directamente al municipio.

El contratista no ejerció ninguna de las funciones que la jurisprudencia tiene establecidas como propias de la función de cobro coactivo y en consecuencia es

[55] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2011, Rad. 17.555, MP. Enrique Gil Botero.
[57] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2012, Rad. 26.140. MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

www.legismovil.com 027

realizar la liquidación bilateral del contrato, con las salvedades presentadas por la sociedad actora.

Así las cosas, al no haberse estipulado el plazo para la finalización del contrato, y haber quedado supeditado el pago del mismo al trámite de la acción contenciosa administrativa iniciada por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., es a partir de la liquidación bilateral del contrato que debe empezar a contarse el término de caducidad de la acción, conforme a lo estipulado en el citado literal c, del numeral 10 del artículo 136 del CCA.

Así las cosas, como el contrato se liquidó el 15 de julio de 1999 y la demanda se interpuso el 14 de noviembre de 2000, debe concluirse que la acción fue ejercida en término.

5. Caso concreto

Descendiendo al caso en estudio, la Sala reitera que lo que se debate en el presente proceso es la declaratoria de incumplimiento por parte del Municipio de Gachalá de la obligación pactada en el contrato de asesoría 065 de 1996, toda vez que en su criterio debieron pagarse los honorarios no solo sobre el valor recaudado por el capital adeudado por concepto del impuesto de industria y comercio sino también sobre las sanciones e intereses moratorios cobrados por el municipio.

Previo al estudio del incumplimiento o no del contrato de asesoría 065 de 1996, la Sala considera necesario pronunciarse sobre la legalidad del mismo para determinar si se configura una causal absoluta de nulidad del acuerdo de voluntades suscrito por las partes.

Respecto a la posibilidad de contratar el desarrollo o ejecución de las funciones propias del recaudo tributario, esta Corporación ha proferido diferentes pronunciamientos entre las cuales se destacan:

En sentencia del 22 de septiembre de 2004, la Sección Cuarta determinó que no es posible contratar con terceros las labores de fiscalización y determinación de

www.legismovil.com 028

los tributos ni siquiera para la actividad preparatoria de los actos que se profieran dentro de estas actuaciones pues para ello las entidades cuentan con el personal idóneo para desarrollar esta función pública.

Así puntualizó la Sección:

> "2. Otro aspecto de la violación del debido proceso que alegó la parte actora fue la indebida delegación que hizo el Municipio de su facultad de fiscalización tributaria, en cabeza de una firma auditora particular, cuyo informe fue la única prueba que tuvo en cuenta para proferir los actos acusados.
>
> "2.1. Al respecto, la Sala precisa que le asiste razón a la actora, pues el municipio delegó la fiscalización tributaria en la firma auditora Consultando Ltda., sin tener facultades para ello. Fue esta compañía quien practicó visitas, pidió explicaciones y rindió los informes que sirvieron de base al municipio para expedir los actos demandados.
>
> (...)
>
> "2.2. Ahora bien, de conformidad con lo prescrito en los artículos 560 y 688 del Estatuto Tributario, aplicables a los municipios por mandato del artículo 66 de la Ley 383 de 1997, **es al jefe de la Unidad de Fiscalización de la Administración Tributaria a quien corresponde proferir los actos de trámite en los procesos de determinación de impuestos, y a los funcionarios de esa Unidad, adelantar las actuaciones preparatorias respecto de los actos de competencia del jefe del primero.** También tienen facultades de fiscalización tributaria los jefes de las divisiones y dependencias, así como los profesionales de la misma entidad en quienes se deleguen tales funciones. Sin embargo, la legislación tributaria no prevé la posibilidad de delegar en particulares la facultad de fiscalización y determinación de los tributos, y como se sabe, el funcionario público sólo puede hacer aquello que la Constitución y la ley le autoricen.
>
> "Como de acuerdo con las normas citadas, no se puede delegar en los particulares la facultad de fiscalización tributaria, resulta ilegal y violatoria del debido proceso, y, por lo mismo, constituye motivo de nulidad, la delegación de funciones que hizo el municipio de Dosquebradas, en cabeza de un tercero."[53] (Resaltado fuera del original)

Posteriormente la Sección Tercera se refirió al tema, en el trámite de una acción popular, en que afirmó que pese a no existir autorización legal para atribuir a particulares la realización de actividades tributarias, debe determinarse si ello es

---

[53] Consejo de Estado, Sección Cuarta, Bogotá, sentencia del 22 de septiembre de 2004, Rad. 13255, M.P. Héctor J. Romero Díaz.

www.legismovil.com 029

prohibida su atribución a particulares tales como, proferir el mandamiento de pago, entre otras. Así lo puntualizó la Sala:

> "Adicionalmente, la Sala ya ha tenido oportunidad de precisar las principales fases procedimentales del cobro coactivo desde el inicio de la actuación hasta el pago efectivo de la acreencia[56]:
>
> "- El funcionario competente produce el mandamiento de pago, por medio del cual se ordena al contribuyente la cancelación de las obligaciones pendientes, más los intereses respectivos[59].
>
> "- La administración se halla facultada para adelantar las investigaciones sobre los bienes del deudor[60], con las mismas atribuciones que la asisten para la fiscalización de impuestos[61].
>
> "- La administración puede decretar las medidas de embargo y secuestro preventivo[62].

---

[56] Ibidem.

[59] Artículo 826, Estatuto Tributario: "Mandamiento de pago. El funcionario competente para exigir el cobro coactivo, producirá el mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes más los intereses respectivos...

[60] Artículo 825-1, Estatuto Tributario: "Competencia para investigaciones tributarias. Dentro del procedimiento administrativo de cobro los funcionarios de cobranzas, para efectos de la investigación de los bienes tendrán las mismas facultades de investigación que los funcionarios de fiscalización..."

[61] Las atribuciones correspondientes están dispuestas en el artículo 684 del Estatuto Tributario, y comprenden:

"Art. 684.- Facultades de fiscalización e investigación.- La administración tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales.

Para tal efecto podrá:

a) Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario;

b) Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados;

c) Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios;

d) Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;

e) Ordenar la exhibición y examen parcial de los libros, comprobantes y documentos, tanto del contribuyente como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad;

f) En general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación."

[62] Artículo 837, Estatuto Tributario: "Medidas preventivas. Previa o simultáneamente con el mandamiento de pago, el funcionario podrá decretar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del deudor que se hayan establecido como de su propiedad...

www.legismovil.com 030

"- El deudor, dentro de los 15 días siguientes a la notificación del mandamiento, deberá pagar o presentar las excepciones correspondientes[63].

"- En caso de que no se pague, no se propongan excepciones[64], o las excepciones propuestas sean rechazadas[65], se ordenará el remate de los bienes embargados.

"- El remate de los bienes, como etapa final del cobro coactivo, tendrá lugar una vez el avalúo correspondiente esté en firme, y terminará con el remate efectivo de los bienes, o con la adjudicación de los mismos a favor de la administración.[66]

"- La celebración de acuerdos de pago entre la administración y el deudor, en cualquier momento del proceso, dará lugar a la suspensión del procedimiento[67]."[68]

Así las cosas, la Sala considera que el contrato de asesoría 065 de 1996 no se encuentra viciado de nulidad absoluta y por tanto, se procede al estudio de su incumplimiento por parte del Municipio de Gachalá.

Al respecto, se tiene que la parte actora alega que al momento del pago de los honorarios, estos debieron calcularse no sobre el capital del impuesto de industria y comercio recaudado por el municipio sino que debía computarse sobre la

---

[63] Artículo 830, Estatuto Tributario: "Término para pagar o presentar excepciones. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, el deudor deberá cancelar el monto de la deuda con sus respectivos intereses. Dentro del mismo término, podrán proponerse mediante escrito las excepciones contempladas en el artículo siguiente.
Artículo 831, Estatuto Tributario. "Excepciones. Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones: 1.El pago efectivo. 2. La existencia de acuerdo de pago. 3. La falta de ejecutoria del título. 4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente. 5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. 6. La prescripción de la acción de cobro. 7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió...

[64] Artículo 836, Estatuto Tributario. "Orden de ejecución. Si vencido el término para excepcionar no se hubieren propuesto excepciones, o el deudor no hubiere pagado, el funcionario competente proferirá resolución ordenando la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados. Contra esta resolución no procede recurso alguno.

[65] Artículo 834, Estatuto Tributario. "Recurso contra la resolución que decide las excepciones. En la resolución que rechace las excepciones propuestas, se ordenará adelantar la ejecución y remate de los bienes embargados y secuestrados.

[66] Artículo 840, Estatuto Tributario. "Remate de bienes. En firme el avalúo, la administración efectuará el remate de los bienes directamente o a través de entidades de derecho público o privado, y adjudicará los bienes a favor de la Nación en caso de declararse desierto el remate después de la tercera licitación, en los términos que establezca el reglamento.

[67] Artículo 841, Estatuto Tributario. "Suspensión por acuerdo de pago. En cualquier etapa del procedimiento administrativo coactivo el deudor podrá celebrar un acuerdo de pago con la administración, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento y se podrán levantar las medidas preventivas que hubieren sido decretadas.

[68] Al respecto ver sentencia del 8 de junio de 2011, Rad. AP-540, MP. Enrique Gil Botero.

www.legismovil.com 031

totalidad de lo obtenido por la entidad, incluyendo los intereses de mora y las sanciones por renuencia.

Sobre el pago, en la cláusula segunda del contrato, las partes estipularon:

> "CLAUSULA SEGUNDA: VALOR: El valor del presente contrato estará determinado por un porcentaje equivalente al treinta por ciento (30%) liquidado sobre el mayor valor que mediante las acciones objeto de la asesoría obtenga el MUNICIPIO por concepto del pago del impuesto de industria y comercio y avisos y tableros, por la actividad de generación eléctrica, frente a lo pagado por los contribuyentes por este mismo concepto, incluyendo las vigencias anteriores hasta que sea requerida la asesoría".

Para la Sala la literalidad del contrato no ofrece ninguna duda y por tanto no hay lugar a su interpretación, puesto que de la simple lectura de la cláusula segunda es claro que lo acordado entre las partes consistió en el pago del 30% de lo recaudado por concepto de impuesto de industria y comercio y sus complementarios – avisos y tableros –, sin hacerse mención alguna a las sanciones e intereses.

Aducir que no era posible conocer sobre la causación de los intereses y las sanciones y que por tanto, ello no se estipuló en el contrato, no es procedente, puesto que el contratista conocía que en el Municipio no se había cobrado ese tributo, tal como lo afirma en la demanda, y ello obedeció a que en la cláusula transcrita se dejara consignado de manera expresa que se incluía lo pagado por los contribuyentes en vigencias anteriores al contrato, como efectivamente ocurrió, puesto que se logró cobrar lo correspondiente a los períodos 1992-1995.

Ahora bien, en el recurso de apelación, la sociedad actora aduce que debió aplicarse el principio según el cual lo accesorio sigue a lo principal, bajo el principio de buena fe establecido en el artículo 1603 del Código Civil, sin embargo dicho argumento no es de recibo para la Sala porque se insiste, el acuerdo entre las partes fue claro en establecer que el pago de los honorarios se haría sobre las sumas recaudadas por concepto de los impuestos y no de las sanciones e intereses.

www.legismovil.com 032

De otro lado, si se acude a las normas de interpretación de los contratos, establecidas en el Título XIII del Código Civil, se tiene que el artículo 1618 del Código Civil indica que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Sin embargo, en el presente proceso, no se aportó ninguna prueba que demuestre la intención de las partes previo a la celebración del contrato o elemento demostrativo alguno que permita deducir que era su voluntad incluir lo pagado por la Empresa de Energía de Bogotá por concepto de intereses y sanciones.

Finalmente, se pone de presente que conforme al artículo 1624 del Código Civil, de no ser posible aplicar ninguna de las reglas legales de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor, esto es el municipio de Cachalá.

Así las cosas, se tiene por establecido que el Municipio no incumplió el contrato de asesoría 065 de 1996 y en consecuencia el pago realizado a favor del contratista cubrió la totalidad de la obligación.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

6. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no se efectuará condena en costas alguna.

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

F A L L A

PRIMERO.- Confirmar la sentencia de 29 de abril de 2004, proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Sala de Descongestión -, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

www.legismovil.com 033