

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-33-33-007-2018-00135-01
Demandante	EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA - ESU
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
Tema	<i>Indebida aplicación de retención en la fuente</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia del 23 de junio de 2021², proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA³

3.1.1. Pretensiones⁴.

En la demanda se solicita que se accedan a las siguientes peticiones:

PRIMERA: Que se declare la existencia del contrato interadministrativo No. 1207 celebrado entre el Departamento de Bolívar y la Empresa para la Seguridad Urbana – ESU.

SEGUNDO: Que se declare la indebida aplicación de la retención en la fuente a facturas del contrato por parte del Departamento de Bolívar, en los pagos realizados a la Empresa para la Seguridad Urbana – ESU, de los honorarios pactados en el contrato, establecidos en la cláusula Cuarta del mismo.

TERCERO: Que se condene al Departamento de Bolívar a la entrega de los recibos de retención en la fuente correspondiente a las facturas 12353 y 12354 del año 2016 o al pago de la suma de treinta millones ciento setenta y dos mil cuatrocientos treinta pesos (\$30.172.430) a favor de la Empresa para la

¹ Pdf 10 - carpeta de primera instancia

² Pdf 08 - carpeta de primera instancia

³ Folio 3-15 pdf 01 - carpeta de primera instancia

⁴ Folio 5-7 pdf 01 - carpeta de primera instancia



13-001-33-33-007-2018-00135-01

Seguridad Urbana – ESU, por concepto de retención en la fuente aplicada a honorarios cancelados en la ejecución del contrato.

CUARTO: Que se condene al pago de intereses de mora al Departamento de Bolívar, desde el momento en que surgió la obligación de pagar la retención en la fuente sobre los honorarios a la Empresa para la Seguridad Urbana – ESU, en forma indebida.

QUINTO: Que se condene al pago de la indexación de las sumas a las cuales es condenado el Departamento de Bolívar.

3.1.2. Hechos⁵.

Que la EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA – ESU, en su condición de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al municipio de Medellín, celebró con la Gobernación de Bolívar, el contrato interadministrativo No. 1207 de 2013, de administración delegada de recurso para brindar apoyo logístico, administrativo, operativo y asistencia técnica a la Gobernación del Departamento de Bolívar en formulación y ejecución de planes, programas y proyectos tendientes a garantizar la seguridad y convivencia ciudadana en la entidad territorial.

El contrato interadministrativo en mención se suscribió el 18 de octubre de 2013 y se pactó con un valor de \$5.804.078.338, incluyendo el 5% de honorarios por la administración más IVA, de los cuales se ejecutó el valor de \$5.744.088.417.

El 12 de enero de 2015 se suscribió el acta de recibo del contrato, en el que se dejó constancia de su cumplimiento. De igual forma, el contrato se liquidó el 8 de agosto de 2016; sin embargo, la EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA – ESU consignó inconformidades con la liquidación, por el descuento indebido de retención en la fuente por valor de \$30.172.430, aplicadas a las facturas 12453 y 12454.

Una vez finalizado el contrato se encontró un saldo pendiente a cargo de la Gobernación de Bolívar por valor de \$30.172.430, correspondiente a retención en la fuente que no fue certificada oportunamente por la Gobernación de Bolívar, por lo cual no se pudo realizar la deducción correspondiente en el impuesto de renta.

3.2. Normas violadas y concepto de la violación⁶.

La parte actora indicó que en el caso en concreto se violaron las siguientes normas: artículos 23, 24 y 60 de la Ley 80/93 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

⁵ Folio 7-9 pdf 01 - carpeta de primera instancia

⁶ Folio 11 pdf 01 - carpeta de primera instancia



13-001-33-33-007-2018-00135-01

Sostiene que las partes del contrato tienen el deber de cumplir las obligaciones derivadas del mismo, además, aquellas impuestas por la ley. En ese sentido, se advertía que el Departamento de Bolívar había realizado unas retenciones en la fuente correspondientes a los honorarios causados en el curso del proceso contractual; lo anterior, significa un pago anticipado de impuestos por parte del contratista, el cual tiene la oportunidad de descontarlo en sus declaraciones ante la DIAN, conforme lo establece el Estatuto Tributario.

Que, en el asunto bajo estudio, el Departamento de Bolívar no entregó las certificaciones en las que se pudiera verificar la referida retención, y tampoco se certificó o se pudo verificar dicho pago ante la DIAN, por lo que el contratista no pudo descontarlo de la declaración. Por ello el Departamento de Bolívar debe reintegrar dichos valores.

3.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁷.

El Departamento de Bolívar, contestó la demanda, manifestando que, por mandato del Estatuto Tributario, dicha entidad tiene la obligación de efectuar retención en la fuente de los contratos que realice; sin embargo, expone que, la solicitud del certificado de dicha retención es un deber del contratista quien debió pedirlo por escrito y dicha prueba no aparece en el proceso.

Explica que, el hecho de que el certificado en comento no haya sido expedido, no quiere decir que el valor retenido no haya sido consignado a favor de la DIAN; por lo que el contribuyente tiene la posibilidad de solicitarle dicho valor a la DIAN en devolución, o solicitar su aplicación a la declaración.

Agrega que, no puede obligarse el Departamento de Bolívar, a devolver una suma que fue consignada ante la Dirección de impuestos. Como excepciones propuso el cobro de lo no debido, acto propio y genérica.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Por medio de providencia del 23 de junio de 2021, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda.

Al respecto expuso que, en efecto, el Departamento de Bolívar tenía la obligación legal y contractual de expedir los correspondientes certificados de retención en la fuente y no solo eso, sino que también debía enviar los soportes respectivos a la ESU. Sin embargo, debe advertirse que, si bien el Departamento no lo hizo, de manera previa a la presentación de esta demanda, la entidad accionante tenía la facultad y mecanismos alternativos

⁷ Folio 155-163 pdf 01 - carpeta de primera instancia

⁸ Pdf 08 - carpeta de primera instancia



13-001-33-33-007-2018-00135-01

para solicitar ante el Departamento de Bolívar la expedición de los mencionados certificados. No obstante, al interior de este proceso no reposa ningún tipo de solicitud realizada por a ESU con el objetivo de obtener tales certificados, evidenciándose así una posible actitud omisiva por parte de la parte actora.

Agrega que, de acuerdo a la jurisprudencia citada en la sentencia, se podía concluir que, para el cumplimiento de esta obligación de expedir el certificado, era suficiente que la entidad tuviera la información organizada y a disposición del beneficiario, para que este último lo solicitara, y así entender que ha habido una oportuna expedición de los certificados.

En cuento a la pretensión de declarar la existencia del contrato, expuso que no había motivos para declararla, toda vez que esta solo procedía en los eventos en los que se realizaron todas las etapas de formación del contrato, y este no se extendió por escrito; pero, en ente este caso bajo estudio, el convenio interadministrativo se formalizó por escrito y se ejecutó en debida forma, siendo improcedente la pretensión aludida.

Frente a la solicitud de que se declarara la indebida aplicación de la retención en la fuente, precisó que, de acuerdo con el sustento fáctico de la demanda, no se advertía la causa en discusión fuera que el monto de la retención, por el contrario, lo que se observaba era que el accionante se encontraba inconforme por la no expedición oportuna de los certificados de la retención, situación que le había "impedido" hacer los descuentos en su declaración de impuestos ante la DIAN.

Aclaró, que en el proceso se recaudaron los certificados expedidos por el Departamento de Bolívar en los que constaban las sumas descontadas por retención en la fuente a la Empresa para la Seguridad del por concepto del pago de honorarios derivados del Contrato Interadministrativo No. 1207 del 2013, las fechas en las que se realizaron dichos descuentos y la fecha en que se hizo la respectiva declaración ante la DIAN. En ese sentido, debe indicarse que, si ya reposan en el expediente los certificados pretendidos por la parte actora, en cierto aspecto se encuentra satisfecho el objeto de este proceso, por lo que no habría lugar a imponerse condenas en el proceso.

3.5. RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, argumentando el artículo 381 del Estatuto Tributario Nacional señala el plazo en el cual el agente retenedor está obligado a expedir el certificado; esta obligación, la estableció el Estado Colombiano para permitirle al sujeto pasivo destinatario de la retención, ejercer el derecho que le otorga la norma

⁹ Pdf 07 - carpeta de primera instancia



13-001-33-33-007-2018-00135-01

tributaria para deducírsela de su declaración, y es precisamente esta omisión la que generó el daño antijurídico que la ESU reclama mediante el presente medio de control.

En efecto, el Departamento de Bolívar tenía la obligación legal y contractual de expedir los correspondientes certificados de retención en la fuente realizados de las facturas No. 12353 y 12354 del año 2016, al finalizar ese año o más tardar, en el siguiente, es decir año 2017, debiéndose en todo caso expedirlo antes de la fecha en que la ESU se le vencía el término para presentar su declaración de renta correspondiente al año 2016, conforme al calendario señalado por la DIAN, hecho omitido por el Departamento de Bolívar como agente retenedor. En ese sentido se tiene que el cumplimiento de este deber legal solamente se dio el 12 de noviembre de 2019, por la insistencia del mismo despacho judicial.

Señala que, al omitirse la entrega del certificado de retención en la fuente dentro del plazo dispuesto por el Estatuto Tributario Nacional se generó un daño a la ESU ya que le impidió el derecho que tenía, como contribuyente, de deducir este pago anticipado realizado vía retención, por un agente retenedor autorizado por el mismo estatuto; y es este el hecho dañino que debe endilgársele al Departamento de Bolívar porque la omisión de su deber legal obligó a la ESU a pagar la retención en la fuente plena, debido a que no contaba con el certificado de retención en la fuente el cual es una prueba ad substantiam actus necesaria para soportar ante la DIAN las deducciones que por estos conceptos realicen en la declaración de renta, en los términos de artículo artículo 373 del Estatuto Tributario Nacional.

Explica que, cuando el agente retenedor envió el certificado al proceso judicial, la ESU ya no podía utilizarlo en el trámite de devolución del saldo o convalidación para el pago de futuras declaraciones en virtud del artículo 854 del ET., por lo que la omisión del Departamento de Bolívar es el hecho dañino que generó el daño patrimonial a la ESU.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 20 de septiembre de 2021¹⁰, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de enero de 2022¹¹ y, en el mismo se corrió traslado para alegar de conclusión. El asunto entró al despacho para fallo el 18 de marzo de 2022¹².

¹⁰ Pdf 04 - carpeta de segunda instancia

¹¹ Pdf 06 - carpeta de segunda instancia

¹² Pdf 09 - carpeta de segunda instancia



3.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes presentó alegatos, y el Ministerio Público tampoco presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Es procedente declarar el incumplimiento del contrato interadministrativo No. 1207 de 2013, por parte del Departamento de Bolívar, atendiendo que este ente no expidió las certificaciones de la retención en la fuente realizadas a las facturas 12453 y 12454 de 2016, que tenían por objeto el pago de los honorarios al contratista EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA – ESU?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la parte actora estructuró de manera incorrecta las pretensiones de la demanda, lo que impide que se atiendan los argumentos de su recurso; puesto que estaríamos frente a una nueva pretensión.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual

La Responsabilidad Civil se define como la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en su naturaleza o bien por un equivalente monetario, mediante el pago de una indemnización de perjuicios.



13-001-33-33-007-2018-00135-01

En lo atinente a las obligaciones derivadas del contrato, se tiene que el mismo se encuentra definido por el artículo 1495 del Código Civil como "*un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa*"; o un "*acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas*" (Arts. 864 Código de Comercio)

En efecto, el contrato es la expresión de la autonomía de la voluntad, y se rige por el principio "*lex contractus, pacta sunt servanda*", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.

En los contratos bilaterales y conmutativos, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

Ahora bien, la fuerza normativa de todo contrato consagrada en los artículos 1602 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, genera para las partes el deber legal de cumplimiento, ya sea espontáneo o forzado (artículos 1535, 1551, 1603, Código Civil), y la imposibilidad de aniquilarlo por acto unilateral.

A este respecto, todo contrato, cualquiera fuere su tipología o naturaleza concreta, y en particular, los de ejecución sucesiva, sea a plazo determinado, sea a término indefinido, obliga a las partes a cumplirlo de buena fe durante el plazo fijo o indefinidamente si no lo tiene, y en el de prestaciones correlativas, el incumplimiento o renuencia injustificada, legitima a la parte cumplida o presta a cumplir para exigir judicialmente: (i) el cumplimiento o (ii) la resolución; en ambos casos, con indemnización de perjuicios (artículos 1546 y 1930, C.C. y 870 C. de Co),.

En todo caso, la resolución del contrato debe decretarse judicialmente, y genera la terminación del mismo, y, por lo tanto, la cesación de sus efectos vinculantes a partir de su decreto. Adicionalmente, se exige la restitución de las cosas al estado anterior, por lo que las partes liberadas del compromiso deben restituir lo dado, entregado o ejecutado, salvo aquellas situaciones consumadas no susceptibles de deshacer; en particular, en los contratos de ejecución sucesiva, evento en el cual se produce hacia el futuro (ex nunc) sin afectar el pasado (ex tunc).



13-001-33-33-007-2018-00135-01

En ese orden de ideas, se tiene que, para que la pretensión de incumplimiento contractual goce de vocación de prosperidad deben concurrir los siguientes supuestos:

- i) Quien ejerce la acción debe acreditar en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago;
- ii) Que el accionante demuestre el daño o perjuicio causado por abstenciones, hechos u omisiones que les sean imputables a la parte incumplida¹³.

5.4.1 La retención en la fuente y la responsabilidad del ente retenedor.

De acuerdo con el artículo 367 del ET, la retención en la fuente tiene por objeto conseguir el pago gradual de impuestos, a fin de que el mismo se recaude dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause.

En ese sentido, la ley establece que, son agentes retenedores, las entidades de derecho público, los fondos de inversión y las demás personas naturales o jurídicas, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, efectuar la retención (artículo 368 ET); de igual manera, estos agentes tienen las siguientes obligaciones:

1. Practicar las retenciones a que haya lugar (artículo 375 del E.T)
2. Expedir a los beneficiarios de los pagos los correspondientes certificados donde consten las retenciones practicadas (artículos 378 y 381 del E.T)
3. Presentar las declaraciones mensuales de retención en la fuente (artículo 375 del E.T)
4. Consignar las retenciones en las entidades auto

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

De lo probado en el proceso, se tiene que, el 18 de octubre de 2013¹⁴, el Departamento de Bolívar y la Empresa Para La Seguridad Urbana – ESU, suscribieron el contrato interadministrativo No. 1207, el cual tenía por objeto la administración delegada de recursos para brindar apoyo a la Gobernación de Bolívar, en la formulación y ejecución de proyectos tendientes a garantizar la seguridad y convivencia ciudadana en la entidad territorial.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009), Exp. 17552.

¹⁴ Folio 17-39 pdf 01- carpeta de primera instancia



13-001-33-33-007-2018-00135-01

El convenio contaría con un plazo¹⁵ de 1 año a partir del perfeccionamiento del convenio (octubre 2013), el cual fue ampliado hasta el 19 de diciembre de 2014¹⁶. El valor pactado fue de \$5.804.078.338¹⁷, el cual incluiría los dineros a administrar (\$5.485.896.350) y los honorarios del contratista que corresponderían al 5% + IVA (\$318.181.888).

En el contrato se pactó el pago del 100% de los recursos dentro de los 10 días siguientes al perfeccionamiento del contrato; y, frente a los impuestos descontables, la cláusula 23° del contrato consignó siguiente¹⁸:

“VIGÉSIMA TERCERA: IMPUESTOS: En virtud de los contratos interadministrativos LA ESU no asumirá ningún impuesto derivado de las obligaciones que se requieren para la ejecución de los recursos a administrar. **EL DEPARTAMENTO solo podrá practicar retención en las facturas que expida LA ESU por concepto de honorarios.** **PARÁGRAFO:** EL DEPARTAMENTO comunicará por escrito a LA ESU y enviará los soportes respectivos, sobre su calidad tributaria, toda clase de retenciones de carácter nacional, regional o local que le aplica y la forma de recaudarlas, para que asimismo LA ESU pueda practicarlas al momento del pago o abono en cuenta a terceros contratados por ella para el cumplimiento del objeto de dicho contrato”

El 26 de noviembre de 2013¹⁹, la ESU expidió la factura de venta No. 12453 al Departamento de Bolívar, para el cobro de los honorarios, por el siguiente monto:

<p>Por favor enviar soporte de sus pagos al correo cmazo@esu.com.co o reportarlos al Teléfono 4443448 Ext 108</p>		<p>SUB-TOTAL 61.367.445.00</p>
		<p>AUTOGREE 368.325.00</p>
		<p>IVA 8.021.061.00</p>
		<p>RETE FUENTE 6.752.819.00</p>
		<p>RETE ICA</p>
		<p>RETE GREE 368.325.00</p>
		<p>TOTAL 84.456.817.00</p>
<p>Favor consignar en la cuenta N° 014-018608-00 BANCOLOMBIA AHORROS</p>		<p><i>Carla Haño Maza G.</i> Firma y Sello</p>
<p><small>Esta factura se emite en virtud de un contrato o una serie de servicios según sea el caso, que se emite en cumplimiento de lo establecido en el artículo 124 del Código de Comercio. Las transacciones con el emisor de esta factura se realizan de acuerdo con los términos de la factura de venta de la ESU, antes de la fecha de vencimiento.</small></p>	<p><small>Regimen común Grandes contribuyentes Resolución No 12506 de 26/12/2002 Agencias Retenedoras Nacional CREE Decreto 1826 del 27/09/2013</small></p>	

De igual manera, en la misma fecha, 26 de noviembre de 2013²⁰, la ESU expidió otra factura de venta No. 12454 al Departamento de Bolívar, para el cobro de los honorarios, por el siguiente monto:

¹⁵ Clausula 3°, folio 34 pdf 01 - carpeta de primera instancia

¹⁶ Modificatorio No. 1 (sin fecha), Folio 41-44 pdf 01 - carpeta de primera instancia

¹⁷ Clausula 4°, folio 34 pdf 01 - carpeta de primera instancia

¹⁸ Folio 39 pdf 01 - carpeta de primera instancia

¹⁹ Folio 63 pdf 01 - carpeta de primera instancia

²⁰ Folio 64 pdf 01 - carpeta de primera instancia



13-001-33-33-007-2018-00135-01

<p>"Por favor enviar soporte de sus pagos al correo cmazo@esu.com.co o reportarlos al Teléfono 4443448 Ext 108"</p>		<table border="1"> <tr> <td>SUB-TOTAL</td> <td>212.807.372,00</td> </tr> <tr> <td>AUTOGREE</td> <td>1.277.444,00</td> </tr> <tr> <td>IVA</td> <td>34.088.180,00</td> </tr> <tr> <td>RETE FUENTE</td> <td>23.419.811,00</td> </tr> <tr> <td>RETE ICA</td> <td></td> </tr> <tr> <td>RETE GRES</td> <td>1.277.444,00</td> </tr> <tr> <td>TOTAL</td> <td>223.559.741,00</td> </tr> </table>	SUB-TOTAL	212.807.372,00	AUTOGREE	1.277.444,00	IVA	34.088.180,00	RETE FUENTE	23.419.811,00	RETE ICA		RETE GRES	1.277.444,00	TOTAL	223.559.741,00
SUB-TOTAL	212.807.372,00															
AUTOGREE	1.277.444,00															
IVA	34.088.180,00															
RETE FUENTE	23.419.811,00															
RETE ICA																
RETE GRES	1.277.444,00															
TOTAL	223.559.741,00															
<p>Favor consignar en la cuenta N° 014-018596-00 BANCOLOMBIA AHORROS</p>																
<p><small>Este boleto de crédito para todo efecto a una letra de crédito según art. 774 del Código de Comercio, sus modificaciones según Modificación de sus Estatutos de 2004, 2007 y 2010 por parte de la ESU y de la fecha de expedición.</small></p>	<p><small>Regimen común Grandes contribuyentes Resolución No 12306 de 28/12/2003 Agencia Retenedora Autoridad CES Decree 1928 del 27/08/2013</small></p>															
<p><small>ESTABLECIMIENTO DE CREDITACIONES Y PAGOS DE LA EMPRESA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DE BOLIVAR S.A. Rango en 1994 y 1999</small></p>		<p>Carla María Haza G. Firma y Sello</p>														

En estos documentos se evidencia que la misma ESU liquida el valor correspondiente a retención en la fuente e IVA, lo cual demuestra que tenía conocimiento del impuesto y de su monto.

El 8 de agosto de 2016²¹, el Departamento de Bolívar remitió a la ESU el Acta de Liquidación Bilateral del Convenio, en la cual se consigna lo siguiente:

- En el acápite de informe financiero, se estipuló que el total de honorarios cancelados al contratista fue la suma de \$318.181.988²².
- Se deja constancia de la expedición del acta de recibo a satisfacción de lo ejecutado, de fecha 12 de enero de 2015²³.
- En las salvedades, se dejó constancia de la obligación del contratista de devolver la suma de \$4.572.388, por concepto de rendimientos financieros; de igual manera, se dejó constancia de que el contratista se encontraba a paz y salvo en el pago de los impuestos a los cuales está obligado en virtud del convenio²⁴.
- Por último, en la parte final del acta de liquidación se consignó que *"vencido el plazo, ejecutado a satisfacción el objeto contractual y cumplidas las obligaciones pactadas en el contrato, las partes renuncian a cualquier reclamación contra la otra y se declaran a paz y salvo en relación al convenio No. 1207 de 2013, excepto por lo correspondiente a la certificación de la retención en la fuente por valor de \$30.172.430 practicadas al pago de los honorarios de la ESU y aplicada a las facturas 12453 y 12454 respecto de lo cual se acudirá a las instancias correspondientes (...)"*²⁵

Con anterioridad a la salvedad dejada en la liquidación del contrato, no hay prueba de que la ESU haya pedido al Departamento de Bolívar, la entrega de los certificados de retefuente.

²¹ Folio 51-61 pdf 01 - carpeta de primera instancia

²² Folio 53 pdf 01 - carpeta de primera instancia

²³ Folio 54 pdf 01 - carpeta de primera instancia

²⁴ Folio 55 pdf 01 - carpeta de primera instancia

²⁵ Folio 61 pdf 01 - carpeta de primera instancia





13-001-33-33-007-2018-00135-01

Mediante certificados emitidos el 15 de abril de 2021²⁶, traídos en el curso del proceso, el Departamento de Bolívar hizo constar que a la Empresa Para La Seguridad Urbana – ESU, en el año 2013, se le hicieron retenciones en la fuente por valores de \$-6,583,075.61 y \$36,755,505.48, dineros que fueron consignados en enero de 2014²⁷

Verificando los motivos del recurso, encuentra la Sala, que la parte accionante se encuentra en desacuerdo con lo decidido en la sentencia de primera instancia (que negó las pretensiones de la demanda), pues considera que el Departamento de Bolívar es responsable por la entrega tardía de los certificados de retención en la fuente, lo que supone una contravención a las normas tributarias y al contrato, generando con ello la causación de daños al contratista EMPRESA PARA LA SEGURIDAD URBANA – ESU, toda vez que no pudo realizar la deducción del valor retenido en su declaración, ni pudo realizar el trámite de devolución ante la DIAN, por no contar con la prueba de la retención. En ese sentido, considera que se le causó un daño que debe ser reparado.

Ahora bien, del análisis de la posición de la parte actora, se advierte que en la demanda se formularon, de manera errónea o inadecuada las pretensiones, si lo que se pretendía era obtener el resarcimiento de daños ocurridos por la omisión en el cumplimiento de obligaciones derivadas del contrato.

Así las cosas, se tiene que, por un lado, el medio de control que intenta la parte actora es el de controversias contractuales²⁸, pero, ante el posible **incumplimiento del Departamento de Bolívar**, lo que solicitó fue la **declaratoria de existencia del Contrato Estatal**, cuando es evidente en este asunto que el convenio existe, fue formalizado por las partes intervinientes conforme al artículo 41 de la Ley 80/93, e incluso se aporta en copia al proceso; además de ello, el contrato se ejecutó y se liquidó de común acuerdo por las partes.

En ese orden de ideas, se tiene que, lo que debió pedir la ESU era la declaratoria de incumplimiento del contrato, para derivar de ello la respectiva

²⁶ Pdf 03 pdf 01 - carpeta de primera instancia

²⁷ Folio 255-257 Pdf 01 - carpeta de primera instancia

²⁸ **ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. (...)



13-001-33-33-007-2018-00135-01

indemnización por los perjuicios causados, por cualquiera de las situaciones que se exponen en la demanda: (i) que el Departamento descontó la retención en la fuente pero no la pagó a la DIAN; (ii) que el Departamento descontó la retención en la fuente, la pagó a la DIAN, pero no certificó tal situación lo que no permitió que contratista pudiera deducir tales impuestos de su declaración; (iii) el Departamento no entregó los certificados de retención en la fuente para que el contratista pudiera pedir la devolución de los saldos.

Al respecto, el Consejo de Estado²⁹ ha expuesto:

El incumplimiento o el cumplimiento tardío de las obligaciones contraídas por las partes de un negocio jurídico constituyen circunstancias en virtud de las cuales se irrogan perjuicios al acreedor de la prestación insatisfecha o cumplida con retraso, ora por razón de los bienes que efectivamente salen del patrimonio del afectado o de la pérdida que se produce de manera inmediata —daño emergente—, ora en atención a que existe una ganancia o provecho que deja de ingresar al peculio del perjudicado, elementos éstos del perjuicio que también concurren cuando la incumplida es la obligación consistente en pagar una suma de dinero.

Por otro lado, en la segunda pretensión se solicita que se declare la indebida aplicación de la retención, sin que esta pretensión tuviera soporte fáctico y/o legal dentro de la demanda, como quiera que esta situación no tiene nada que ver con lo que en realidad se busca discutir en el proceso, que es el incumplimiento del deber (legal y posiblemente contractual) del Departamento de Bolívar, de certificar el descuento de la retención. Adicionalmente, tampoco tuvo en cuenta la empresa contratista que quien liquidó la retención, fue la misma ESU, en las facturas de venta No. 12453 y 12453, como quedó evidenciado en el relato de los hechos probados, por lo tanto, debía quedar claramente sustentado porqué consideraba que la retención había sido “indebidamente aplicada”.

En lo que se refiere a la tercera pretensión, es decir, que se condene al Departamento de Bolívar a la entrega de los recibos de retención en la fuente correspondiente a las facturas 12353 y 12354 del año 2016 (*sic*), o la devolución de lo descontado; encuentra esta Judicatura que, no es posible solicitar el cumplimiento de una obligación “contractual”, si primeramente no se ha solicitado que se declare el incumplimiento de la misma; lo anterior, teniendo en cuenta que, primeramente, debe verificarse y tener certeza de que efectivamente el deber se encuentra incumplido, para exigir judicialmente su cumplimiento.

Ahora, si en gracia de discusión se admite la posibilidad de exigir el cumplimiento de una obligación, sin antes haber solicitado la declaratoria del

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012) Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05591-01(17851)



13-001-33-33-007-2018-00135-01

incumplimiento, entraría la Sala a exponer que, de considerarse incumplida la cláusula vigésima tercera del convenio 1207/13, ello no generaría el resultado que implícitamente pretende el recurso de apelación - que es el resarcimiento de los daños causados por la no entrega de los certificados a tiempo – toda vez que ello no fue pedido; por el contrario, como ya se enunció, lo que se pidió fue que se ordenara la entrega de los certificados, lo cual ya se hizo, tal como lo manifestó el Juez de Primera instancia, y, tal situación no genera automáticamente el derecho de reparación de la ESU.

Debe resaltar este Tribunal que, para la fecha en la que se presentó la demanda (2018), el daño aducido por la parte actora ya estaba consolidado, como quiera que la retención que se practicó tuvo ocurrencia en el año 2013, por lo que debió ser descontada en la declaración presentada en el año 2014 (que corresponde al año gravable 2013); a partir de esa oportunidad, la ESU tenía 2 años para solicitar la devolución ante la DIAN, según lo establecido en los artículos 85 y 854 del ET³⁰. Lo anterior quiere decir, que la empresa accionante tenía hasta el año 2016 para solicitar la devolución ante la DIAN, a fin de que no se le causara ningún perjuicio; pero ello no le fue posible.

Bajo esta óptica, reitera este Tribunal que lo que debió solicitarse en este evento, fue la declaratoria de incumplimiento del contrato, y la reparación de perjuicios, concretados, en la devolución de los dineros retenidos a título de indemnización³¹; ello, como quiera que la entrega de los certificados, para la fecha de presentación de la demanda, ya era inútil, pues el daño se había consolidado.

Por último, es preciso hacer alusión al principio de justicia rogada, según el cual, *“el actor debe cumplir con la carga de orientar el ámbito de acción dentro del cual considera que el juez debe pronunciarse”*³². En ese sentido el Consejo de Estado, ha expuesto lo siguiente:

“Se agrega a lo anterior que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, particularmente en asuntos contractuales, en los que el interés patrimonial es el centro de una disputa cuyo entorno son las reglas fijadas por las partes bajo el principio de la autonomía de la voluntad y la libre configuración contractual, tiene el carácter de

³⁰ **ARTICULO 850. DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR.** Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.

ARTICULO 854. TERMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR. La solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar.

³¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 08001-23-33-000-2019-00418-01 (25589)

³² CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 05001-23-33-000-2020-00754-01



13-001-33-33-007-2018-00135-01

rogada y, por tanto, los jueces solo están habilitados para pronunciarse respecto del objeto planteado en la demanda"³³

De igual forma, el Alto Tribunal ha indicado que:

*“Sobre la individualización de pretensiones, la Sección ha sostenido que: «[...] las pretensiones de la demanda enmarcan el derecho subjetivo de acción, de modo que **su deficiente individualización no puede subsanarse por interpretación de aquella ni por prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.** Así mismo, que esta exigencia es propia de un sistema de justicia primordialmente dispositiva como la Contenciosa Administrativa, en la que le está vedado al juez hacer abstracción de la demanda para declarar la nulidad de actos que no han sido atacados. Desde esta perspectiva, las morigeraciones de las que ha sido objeto el principio de justicia rogada, no pueden desvirtuar la imparcialidad de que debe estar investido el fallador, ni desconocer el principio de buena fe que ha de regir el proceso, a través de la corrección oficiosa de la demanda. Que, si bien es cierto que el juez contencioso, en su calidad de director del proceso, está en el deber de conducir el debate a fin de procurar siempre una solución efectiva de la controversia, no lo es menos, que el ejercicio de tal facultad encuentra límites en el principio de congruencia de la sentencia, así como en el respeto del derecho al debido proceso que le asiste a las partes.» En ese sentido, se reitera que «La obligación de individualizar claramente el acto demandado hace parte del principio de justicia rogada que rige en materia de lo contencioso administrativo, que, desde luego, no se opone a la obligación del juez de interpretar la demanda para superar cualquier vicio formal que impida continuar el proceso y dictar sentencia de fondo. Sin embargo, la debida formulación de la pretensión integra el derecho subjetivo de acción, al punto que delimitan la competencia del juez para decidir la controversia e impiden que declare la nulidad de actos administrativos no demandados, en virtud del principio de congruencia». (...)*

Conforme con lo expuesto, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

5.6 De la condena en costas.

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que señala, “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. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.

Por otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de forma desfavorable el asunto. En este caso, no se condenará en costas, toda vez que las mismas no se encuentran demostradas, tal como lo indica el numeral 8 de la norma ibidem.

³³ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00753-01 (47255)



13-001-33-33-007-2018-00135-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

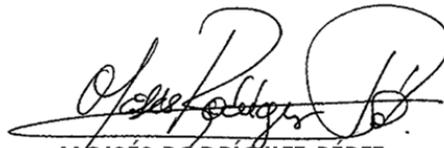
SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No.022 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ