



Yopal, once (11) de junio de dos mil quince (2015).

Fallo. MEDIO DE CONTROL: CONTRACTUAL. Liquidación judicial contrato de consultoría jurídica y prestación de servicios profesionales. Pacto *cuota litis* sobre recaudo efectivo: inexistencia de recaudo e inexistencia consecuencial de honorarios adicionales.

Demandante: SUÁREZ FIGUEROA BUFETE DE ABOGADOS S.A.S. y
HERMANOS SUÁREZ FIGUEROA S.A.S.
Demandado: MUNICIPIO DE TAURAMENA
Radicado: 850012333000-2014-00146-00

Magistrado ponente: NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de primera instancia en el ordinario contractual de la referencia, en el cual se controvierte el presunto incumplimiento de las obligaciones a cargo del municipio de Tauramena derivadas del contrato de servicios profesionales 176 de 2004.

HECHOS RELEVANTES

El municipio de Tauramena suscribió el contrato de prestación de servicios profesionales 176 del 12 de noviembre de 2004¹ con la Unión Temporal Grupo Asesor Público U.T. TAURAMENA "GAP U.T. TAURAMENA-" (fol. 29), el cual fue modificado en dos oportunidades².

El 04 de julio de 2012 se dio por terminado por mutuo acuerdo³ y el 18 de julio de 2012 las partes elevaron acta de liquidación final de ejecución contractual (fol. 89 y 90). El valor del acta de liquidación fue de \$ 24.061.590, con reservas del contratista por los aspectos no acordados.

Las partes conciliaron extrajudicialmente el 10 de octubre de 2012 y sometido el acuerdo a control de legalidad ante este Tribunal fue improbadado por auto del 2 de noviembre siguiente, por encontrarse *irregular* la modalidad de contratación pactada e insuficiente la prueba de la causación de honorarios adicionales a los que se consignaron en la liquidación bilateral (fol. 186).

¹ El objeto pactado fue "prestar los servicios técnicos y profesionales especializados para la revisión, sustanciación y/o constitución y cobro según sea el caso de los expedientes, actos, giros, liquidaciones, reliquidaciones, relacionados con: A) las declaraciones del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros y complementarios (...). B) Los derechos atinentes a regalías a favor de municipio (...). C) Los derechos a favor del municipio contenidos en la Ley 99 de 1993 (...)."

² En la primera se adicionó un párrafo a la cláusula quinta (duración, fol. 44) y en la segunda se adicionaron los literales D y E de la cláusula primera (nuevas obligaciones relacionadas con determinación y discusión del ICA y del impuesto de alumbrado público) y el párrafo de la cláusula segunda (adicióna reglas acerca del pago de honorarios por nuevas obligaciones, fol. 47).

³ Según la literalidad del acta de terminación bilateral del contrato del informe final de actividades solo se aceptaron para pago los numerales 2 y 3; acerca del numeral 1 "Oleoducto Central S.A. (solicitud de devolución de pago de lo no debido vía contenciosa)", se dijo que su liquidación y pago se sometería a conciliación prejudicial (fol. 91).

PRETENSIONES

La parte actora solicitó que: i) se declare que el municipio de Tauramena incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales 176 de 2004 y que le adeuda \$ 20.742.750, más IVA, suma reconocida en el acta de liquidación del contrato, ii) se condene a la entidad territorial al: i) pago de los honorarios equivalentes al 22% de las sumas que evitó devolver al contribuyente Oleoducto Central Ocesa, más IVA, ii) pago de intereses moratorios, a título de lucro cesante, liquidados desde el 7 de octubre de 2010⁴, iii) pago del valor reconocido en el acta de liquidación, junto con intereses moratorios desde su suscripción, y iv) al pago de las costas procesales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PARTE ACTORA

En la demanda. Apoyó sus pretensiones en los artículos 2, 5 y 90 de la Constitución Política; 2, 22, 822, 830, 831, 870, 871, 884, 947, 950, 968 y 971 del Código de Comercio; 751, 1602, 1603, 1608, 1613 a 1615, 1618, 1618, 1621, 1622, 1627, 1649, 1653 y 1655 del Código Civil y la Ley 80 de 1993.

Consideró que hay lugar a declarar el incumplimiento y el reconocimiento y pago de los honorarios⁵ a que tiene derecho conforme se pactó en el contrato (art. 2, parágrafo 3) toda vez que su actuación profesional evitó que la Administración devolviera al Oleoducto Ocesa S.A. la suma pretendida por esa empresa, con presunto ahorro de \$ 3.439.484.099.

Resaltó que la entidad territorial ha aceptado que adeuda los honorarios pero duda de su determinación, no obstante no ha dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales desconociendo que el contrato es ley para las partes.

En alegatos de conclusión (fol. 407). Reiteró los argumentos de la demanda y solicitó acceder a las pretensiones. En su sentir se acreditó el incumplimiento de la entidad territorial frente al pago debido y oportuno de sus obligaciones, razón por la cual procede el reconocimiento de los perjuicios que se derivan de su abstención obligacional y se traduce para el efecto en reconocimiento de un lucro cesante excepcional: intereses de mora a las tasas de interés más altas permitidas por la ley.

Reseñó las actuaciones que en sede administrativa y judicial efectuó en virtud de las obligaciones fijadas en el contrato cuyo incumplimiento de Tauramena reprocha; actuaciones que resalta quedaron plasmadas en los 3 informes que presentó a la Administración y en lo que tiene que ver con la situación del contribuyente Oleoducto Central Ocesa remitió a las señaladas en el hecho segundo de la demanda.

Finalmente, resaltó que la entidad territorial en la ejecución del contrato y en su liquidación en ningún momento argumentó que se había incumplido el mismo por la firma demandante pero postergó la definición del monto de los honorarios sobre la base de su cumplimiento.

⁴ Fecha en que presentó facturas de cobro al municipio.

⁵ Los cuales ascienden a la suma de \$ 756.686.502.

POSICIÓN DE LA PARTE PASIVA

Al contestar la demanda (fol. 177) el municipio de Tauramena sostuvo que se trata de un cobro de lo no debido ya que la gestión judicial adelantada por el demandante frente al caso del Oleoducto Central S.A. fue mínima, se limitó a contestar la demanda, cuyos argumentos no incidieron en la *ratio decidendi* del Tribunal.

En alegatos de conclusión (fol. 402). Solicitó declarar probada la excepción de cobro de lo no debido y negar las pretensiones. Resaltó que el contrato, más allá de lo arbitrario, según lo expuesto por el Tribunal en providencia del 2 de noviembre de 2012, se trata de aquellos cuya retribución se pacta a cuota litis (Otrosí modificatorio 2, cláusula 2), pues Tauramena pagaría a su contratista tanto en vía administrativa como en judicial un porcentaje sobre el valor de las solicitudes dejado de devolver; sin embargo, hay lugar al pago cuando se gana el litigio⁶.

Sostuvo que la razón de ser de la adición del párrafo tercero de la cláusula 2 del contrato 176 de 2004 no fue otra que pagar una remuneración por concepto de honorarios en sede judicial correspondiente al 22% sobre el valor de las solicitudes dejado de devolver, siempre y cuando se venza en el proceso; de lo contrario no se generan honorarios cuota litis y eso fue lo que ocurrió en el proceso 2005-0645 teniendo en cuenta que el ente territorial tuvo que devolver valores incorporados en una solicitud de revisión.

Señaló que no hay evidencia de las actuaciones, en sede administrativa, adelantadas por parte del contratista UT Grupo Asesor Público UT relacionadas con la liquidación de revisión 2004-00018, toda vez que, dentro de la vigencia del contrato 176 de 2004⁷, únicamente reposa en los archivos oficiales la Resolución 2005-0001 por medio de la cual se resuelve recurso de reconsideración interpuesto por OCENSA, la cual fue suscrita por la secretaria de hacienda municipal sin que conste que el contratista la proyectó.

Agregó que los mismos demandantes afirmaron que proyectaron la liquidación oficial de revisión 2004-0018, luego fue su asesoría la que dio origen a la litis con OCENSA S.A., la cual resultó ser equivocada ya que en sede judicial (proceso 2005-0645) se consideró que efectivamente OCENSA era exenta del ICA en virtud de las normas vigentes y precedentes del Consejo de Estado.

La actuación adelantada por el demandante en sede judicial la calificó como negligente y sostuvo que la misma no fue soporte jurídico ni fáctico para el Tribunal al proferir la sentencia del 10 de diciembre de 2009 en el proceso 2005-645. Resaltó además que: i) no allegó las pruebas que tenía en su poder, ii) no solicitó pruebas, iii) no alegó de conclusión, y iv) no sustentó el recurso de apelación que interpuso⁸; el cual fue declarado desierto y siendo apelante único, la alzada no podría empeorar la situación del municipio.

Finalmente, resaltó que la tesis del Tribunal por la cual se ordenó la devolución de \$ 445.374.000 obedeció a que no mediaba liquidación de aforo sino la revisión oficial de la liquidación privada que realizó OcenSA S.A., confirmándose así la excepción de cobro de lo

⁶ Apoya su tesis en Sentencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 21 de agosto de 1997, radicado 14017 A, citada como referente en sentencia de la Corte Constitucional T-1143 de 2003.

⁷ El acta de inicio fue suscrita el 16 de noviembre de 2004.

⁸ Pone en duda que el recurso haya sido proyectado por la demandante en atención a que el memorial en el que se presentó tiene logos de la firma Zarama y Abogados Consultores.

no debido que plantea, toda vez que el valor recaudado por el municipio, esto es, \$ 1.273.527.000, se realizó por una autoliquidación hecha por Ocesa S.A. y no por una liquidación de aforo proyectada por la UT Grupo Asesor Público UT.

ACTUACIÓN PROCESAL

Las etapas relevantes de la fase escritural, así como las audiencias de rigor, se surtieron así:

Fecha	Actuación	Folio
10 de octubre de 2012	Audiencia de conciliación prejudicial. Se convocó al municipio de Tauramena y se llevó a cabo en varias sesiones; finalmente se logró acuerdo conciliatorio el cual fue improbadado por el Tribunal el 2 de noviembre de 2012, fol. 186.	110
17 de julio de 2014	Presentación de la demanda.	164
5 de agosto de 2014	Auto admisorio.	165
25 de noviembre de 2014	Contestación de Tauramena.	177
26 de enero de 2015	Auto que convoca audiencia inicial.	282
24 de febrero de 2015	Audiencia inicial, decisión de excepciones previas y de previo pronunciamiento y decreto general de pruebas.	295
24 de marzo de 2015	Audiencia de pruebas: incorporación de prueba documental y práctica de inspección judicial al expediente ordinario 2005-00645-00. Allí se dispuso correr traslado para alegar por escrito.	326
15 de abril de 2015	Ingresa a turno para fallo sin novedades, con alegatos de las partes y sin pronunciamiento del Ministerio Público.	414

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1ª Control instrumental. En cumplimiento del mandato del art. 207 del CPACA, constatado que no hay reparos de las partes ni de oficio se vislumbra necesidad de saneamiento, se declara que el trámite ya surtido se ajusta al ordenamiento dispuesto por la Ley 1437.

Se proveerá decisión de mérito, puesto que la demanda se instauró oportunamente por una persona jurídica y contra un centro presupuestal y de responsabilidad con personería jurídica, debidamente representado y legitimado por pasiva, tanto en la perspectiva formal como en la material. Quienes comparecen fueron las partes en el contrato presuntamente incumplido por la Administración y en el acta de liquidación la demandante dejó salvedades, acerca de las cuales versa el debate de fondo.

2ª Excepciones procesales. En la audiencia inicial se ventilaron y despacharon las glosas que hizo el municipio de Tauramena; se extracta lo pertinente, solución que mantiene la Sala:

3.1. Inepta demanda por falta de requisitos formales.

Sostiene el vocero de la entidad territorial que la demanda no cumple con los requisitos del numeral 1 del artículo 161 del CPACA porque no hay identidad entre el *petitum* de la conciliación prejudicial con el de la demanda, toda vez que: i) en la solicitud de conciliación se indicó que el medio de control por ejercer era el de nulidad y restablecimiento del derecho y el ejercido fue el de controversias contractuales, y ii) las pretensiones de la solicitud de conciliación buscan la nulidad de las respuestas dadas por Tauramena (oficios del 14 y 25 de octubre de 2010) y como restablecimiento de derecho el pago de honorarios por \$ 877.756.342 en tanto que en la demanda se pretende que se declare el incumplimiento del municipio en el contrato de prestación de servicios 176 de 2004 y su condena al pago de honorarios por la suma de \$ 756.685.502, más intereses moratorios por lucro cesante y al pago de \$ 20.742.750, suma adeudada según acta de liquidación del contrato supuestamente incumplido.

Argumentó que agotada la etapa de conciliación prejudicial la demanda que se impetre ante el juez competente no puede reformar las pretensiones de la solicitud de conciliación toda vez que se vulneraría el artículo 29 de la Carta Política y lo preceptuado en el Decreto 1716 de 2009 y normas que regulan la conciliación.

Decisión. No prospera. [Por las siguientes razones]:

3.1.1 En efecto,, comparada la propuesta de conciliación con la demanda,, en el siguiente cuadro se pueden apreciar las pretensiones indicadas en cada documento, para establecer si evidentemente hay o no identidad en las mismas:

Pretensiones solicitud de conciliación (fol. 211 y 110)	Pretensiones demanda (fol. 13)
Cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios profesionales 176 del 12 de noviembre de 2004, adicionado por medio de contrato modificatorio n.º 2 del 26 de octubre de 2006, en especial el pago de honorarios en un monto equivalente al 22% en proporción al valor efectivamente dejado de devolver por parte del municipio de Tauramena, de las sumas de dinero solicitadas y reclamadas por parte de la compañía Oleoducto Central S.A., más IVA, el cual corresponde a la suma de \$ 877.756.342, liquidado en proporción a los dineros dejados de devolver por la intervención directa y efectiva de GAP UT TAURAMENA, los cuales corresponden a la suma de \$ 3.439.484.099.	1. Que se declare que el municipio de Tauramena incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales 176 del 12 de noviembre de 2004, suscrito con la Unión Temporal Grupo Asesor Público E.T. TAURAMENA, por no cancelar los honorarios que legal y negociablemente corresponden al contratista por la ejecución de las actividades a él encomendadas en defensa del Municipio contra las pretensiones del Oleoducto Central S.A. Ocesa S.A. que pretendía la devolución de una suma de dinero pagada por concepto de ICA.
	2. Que se condene al Municipio de Tauramena a restablecer el derecho y reparar el daño ocasionado a los demandantes con su actuación ilegal de incumplimiento del contrato, ordenándole el

	pago de los honorarios correspondientes al 22% de las sumas que se evitó devolver al contribuyente Oleoducto Central Ocesa, más el IVA. (...) \$ 756.686.502.
Se manifestó que en caso de recibir u obtener en conciliación el reconocimiento y pago por parte del municipio del monto solicitado anteriormente, GAP U.T.-TAURAMENA renuncia a solicitar, reclamar y obtener los pagos adicionales a que tenga derecho tales como intereses, indexación y actualización.	3. Que se condene al municipio de Tauramena a pagar intereses moratorios sobre las sumas establecidas en la pretensión anterior, a la tasa más alta del mercado a título de lucro cesante desde el momento en que se presentaron las facturas al Municipio de Tauramena, es decir, desde el 7 de octubre de 2010.
	4. Que se declare que el Municipio de Tauramena adeuda a los demandantes la suma de \$ 20.742.750 más IVA, los cuales fueron reconocidos expresamente en el acta de liquidación del contrato de prestación de servicios profesionales 176 de 2004.
	5. Que se condene al municipio al pago de la suma indicada en la pretensión anterior, junto con intereses moratorios (...). Desde el momento de suscripción del acta de liquidación del contrato.
	6. Condena en costas.

De la lectura del cuadro anterior surge ostensible que no hay la supuesta falta de identidad de *petitum* del trámite de conciliación prejudicial y el del libelo, pues en términos generales lo pretendido en *ambas* lo es el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de prestación de servicios profesionales 176 del 12 de noviembre de 2004, relativas al pago de honorarios a que presuntamente tiene derecho la parte actora por las actuaciones adelantadas, principalmente, en torno a la reclamación que Oleoducto Central S.A. efectuó a la entidad territorial.

En efecto: para las tres primeras pretensiones de la demanda existe cabal identidad con lo debatido en la conciliación, pues simplemente el *objeto del litigio* se deriva del presunto incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales n.º 176 de 2004, liquidado por las partes contratantes de mutuo acuerdo el 18 de julio de 2012 con las salvedades que allí se indican (fol. 90); y la *causa petendi*, de la falta de pago de los honorarios presuntamente acordados por la actividad que realizó la parte actora en torno a la reclamación hecha a la entidad territorial por la compañía Oleoducto Central S.A.

Debe advertirse que si bien es cierto el monto pretendido por honorarios difiere en la demanda comparada con la conciliación, la diferencia se da porque en una parte está la suma con IVA y en la otra no, ello no da lugar a que se acoja la censura de Tauramena, de hecho la suma cuya condena implora el demandante es inferior a la que solicitó en el trámite conciliatorio.

En cuanto a las consecuencias, la convocante se reservó la opción de formular pretensiones relativas a los aspectos allí señalados, si no había acuerdo en la conciliación, pues el demandante claramente advirtió que "*en caso de recibir u obtener en conciliación el reconocimiento y pago por parte del municipio del monto solicitado anteriormente, GAP U.T.-TAURAMENA renuncia a solicitar, reclamar y obtener los pagos adicionales a que tenga derecho tales como intereses, indexación y actualización*", lo que no ocurrió; de manera que la pretensión 3ª de la demanda (intereses) es consecuencia de la falta de acuerdo.

Respecto de las pretensiones 4ª y 5ª de la demanda relativas a la condena al pago de \$ 20.742.750 más IVA que a juicio del demandante la entidad territorial aceptó en el acta de liquidación bilateral, aspecto no ventilado en la audiencia de conciliación, por ahora nada se anticipa pues en la etapa de fijación del litigio deberá determinarse si existe un título ejecutivo que haga superflua una sentencia declarativa; lo primero haría necesario que la obligación se haya reconocido incondicionalmente por el *ordenador de gasto* de Tauramena, que lo es el alcalde o *delegado expresamente* para que haga sus veces, lo cual está por averiguarse y probarse.

De ahí que toda la reclamación que da lugar al litigio proviene en últimas del comportamiento de las partes en la ejecución del contrato 176 de 2004; de las controversias surgidas entre ellas para fijar las bases de la liquidación de los honorarios pactados y, en general, del régimen de obligaciones de ese negocio jurídico, luego la pretensión de pago de un saldo cierto presuntamente reconocido en la liquidación bilateral parcialmente acordada no excede el espectro general del conflicto.

Finalmente, se agrega para no acoger la excepción formulada por Tauramena, que el Consejo de Estado⁹, en sede de tutela, estableció unas subreglas para valorar la admisibilidad de la demanda con respecto a la conciliación¹⁰ y entre ellas se precisó que no es necesario que exista identidad absoluta entre el reclamo hecho en la órbita judicial con el efectuado por vía prejudicial y se agregó que *“sin que el planteamiento antedicho justifique la posibilidad de variar el objeto indemnizatorio, pues, (...), basta que exista similitud y coherencia entre lo pretendido con la solicitud de conciliación prejudicial y la demanda contenciosa”*.

Por último, la censura en torno a la denominación del medio de control indicado en la solicitud de conciliación prejudicial y el finalmente ejercido resulta irrelevante, pues el procedimiento para uno y otro es el mismo e incluso el artículo 165 del CPACA permite la acumulación de pretensiones relativas a medios de control ordinarios, previo el cumplimiento de los requisitos allí indicados. La Administración no enfrenta sorpresa alguna, pues están clara y expresamente delimitados el objeto del litigio, la causa petendi y el núcleo esencial de las pretensiones. La nomenclatura que usó el convocante no ata al demandante, ni al juez, ni al demandado.

3.2 Caducidad: A juicio de Tauramena el medio de control impetrado está caducado toda vez que la parte actora contaba hasta el 17 de julio de 2014 para radicar su demanda; conclusión a la que llegó teniendo en cuenta las previsiones del artículo 164 del CPACA y que el acta de liquidación del contrato de prestación de servicios profesionales 176 del 12 de noviembre de 2004 fue suscrita el 18 de julio de 2012.

⁹ Sección Quinta, sentencia del 27 de noviembre de 2014, ponente Alberto Yepes Barreiro, radicado 11001-03-15-000-2014-02263-00.

¹⁰ *Ibidem*: 1ª) El deber de someter un asunto a conciliación extrajudicial se limita a aquellos asuntos que la permitan. Aquello sucede, por ejemplo, con los efectos patrimoniales relacionados con la expedición de un acto administrativo, pero no en materia de su legalidad. 2ª) La solicitud de conciliación extrajudicial y la demanda no necesariamente deben ser coincidentes en sus textos, como si la conciliación dejase de ser un requisito y adquiriese la categoría de demanda. 3ª) Basta que la demanda y la petición de conciliación resulten congruentes en el “objeto” del asunto., para entender solicitada la reparación integral del daño invocado 4ª) Si en la solicitud de conciliación extrajudicial se dejó de invocar en forma total un aspecto central del medio de control que se pretende ejercer, impide que se entienda agotado el requisito de procedibilidad. Aquello sucedería, por ejemplo, si en una petición de conciliación se solicitó que la administración admitiera su responsabilidad sobre unos hechos, pero no se discutió acerca de la indemnización del daño, o se solicite declarar un incumplimiento contractual pero no se demande el reconocimiento de los perjuicios causados, etc. 5ª) Si en cambio se hace referencia a mencionado aspecto central del medio de control, la manera como se formule en la conciliación extrajudicial no impide que el mismo pueda ser ampliado o modificado en la demanda. 6ª) En el ámbito probatorio, a pesar que en la solicitud de conciliación deban anunciarse las pruebas que se pretenden invocar en la demanda, en esta podrán introducirse algunas no anunciadas, siempre y cuando las circunstancias que motivan esa conducta sean justificadas.

Decisión. No prospera, por las siguientes razones:

3.2.1 En el auto admisorio sobre la oportunidad de la presentación del libelo se precisó lo siguiente:

"Oportunidad. Se reclama el cumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales n.º 176 del 12 de noviembre de 2004, la partes contratantes de mutuo acuerdo dieron por terminado el referido contrato el 04 de julio de 2012 (fol. 89) y el 18 de julio de 2012 elevaron acta de liquidación final de ejecución contractual (fol. 90)

Se solicitó conciliación el 6 de julio de 2012; la audiencia se realizó el 28 de agosto de 2012, siendo reanudada en tres oportunidades, finalmente el 10 de octubre de 2012 se dio por finalizada la audiencia conciliación; la demanda entró el 17 de julio de 2014, oportunamente"¹¹.

Dicho aspecto, expresamente considerado en el auto aludido, tampoco fue objeto de recurso por la pasiva, que ahora introdujo la discusión por vía de excepción.

No obstante, se precisa que introducida la petición de conciliación *antes* de producirse la liquidación bilateral, aquella tiene el efecto de *suspender* el cómputo de caducidad hasta por tres (3) meses, los cuales se vencieron el 6 de octubre de 2012; la demanda podía presentarse así hasta el 7 de octubre de 2014. Salta a la vista que fue oportuna.

3.2.2 Así las cosas, el razonamiento que hizo la entidad territorial no es acertado, pues la demanda fue presentada sin que hubiese operado el fenómeno de la caducidad del medio de control impetrado, ello de conformidad con los términos que para su ejercicio establece el artículo 164, numeral 2º, literal "j" viñeta "iii"¹² del CPACA; resulta evidente, que la pasiva no tuvo en cuenta el término de interrupción de la caducidad en virtud del trámite de conciliación prejudicial.

3ª **Asunto litigioso.** También quedó definido en la audiencia inicial, así:

Determinar si hay lugar a declarar que la entidad territorial incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales 176 del 12 de noviembre de 2004, suscrito con la Unión Temporal Grupo Asesor Público E.T. TAURAMENA, con ocasión de la gestión realizada por su contratista frente a las pretensiones del Oleoducto Central S.A. Ocesa S.A. tendientes a obtener la devolución de una suma de dinero que canceló por concepto de ICA y por la falta de pago de la suma reconocida en el acta de liquidación bilateral del contrato.

Quien **demanda** considera que hay lugar a declarar el incumplimiento y el reconocimiento y pago de los honorarios a que tiene derecho conforme se pactó en el contrato toda vez que su actuación profesional evitó que la Administración devolviera al Oleoducto Ocesa S.A. la suma pretendida por esa empresa, con presunto ahorro de \$ 3.439.484.099.

Por su parte, **el municipio de Tauramena** sostiene que se trata de un cobro de lo no debido ya que la gestión judicial adelantada por el demandante frente al caso del Oleoducto Central

¹¹ Auto del 5 de agosto de 2014, fol. 165.

¹² j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

S.A. fue mínima, se limitó a contestar la demanda, cuyos argumentos no incidieron en la *ratio decidendi* del Tribunal.

Con esos presupuestos y la evidencia incorporada por las partes tempranamente se fijaron las premisas del litigio para el decreto general de pruebas, así:

- i) Determinar cuáles fueron las actuaciones realizadas por el demandante en el proceso radicado bajo el número 850012331001-2005-00645-00, adelantado en este Tribunal.
- ii) Establecer las actuaciones que efectuó el demandante en vía administrativa frente a la declaración privada de ICA n.º 1482 del 28 de febrero de 2002 presentada por OLEODUCTO CENTRAL S.A., incluido lo relativo a la devolución de gravámenes que se haya tramitado por dicha empresa; todo ello contraído a lo que se haya realizado *en ejecución del contrato 176 de 2004*, objeto de esta controversia.
- iii) Precisar si el funcionario que suscribió el acta de liquidación bilateral fue delegado por el alcalde, cuándo y por qué medio, para obrar en representación de Tauramena en dicha actuación.
- iv) Fecha de radicación de la factura del contratista en la que solicitó a Tauramena el pago de \$ 20.742.750, si se radicó; razones por las cuales no fue cancelada, y si se canceló, cuándo ocurrió.
- v) Contenido de los informes rendidos por la parte actora a la entidad territorial, esto es, memorias relativas a la ejecución del contrato en lo que tiene que ver con los informes a que se alude en el acta de terminación del mismo, en lo que tiene que ver con el ítem controvertido (numeral 1 del informe final; reservas del acta de liquidación).

4ª Recaudo y hallazgos probatorios

4.1 Hasta la audiencia inicial las partes habían aportado los medios documentales que permitieron tener como probados los hechos que se identifican a continuación:

- Existencia del contrato de prestación de servicios profesionales 176 del 12 de noviembre de 2004, suscrito entre el municipio de Tauramena con la Unión Temporal Grupo Asesor Público U.T. TAURAMENA "GAP U.T-TAURAMENA-" (fol. 29). El objeto pactado fue *"prestar los servicios técnicos y profesionales especializados para la revisión, sustanciación y/o constitución y cobro según sea el caso de los expedientes, actos, giros, liquidaciones, reliquidaciones, relacionados con: A) las declaraciones del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros y complementarios "(...)"*. B) *Los derechos atinentes a regalías a favor de municipio "(...)"*. C) *Los derechos a favor del municipio contenidos en la Ley 99 de 1993 "(...)"*.

- El anterior contrato fue modificado en dos oportunidades: en la primera se adicionó un párrafo a la cláusula quinta¹³ (fol. 44) y en la segunda se adicionaron los literales D y E de la cláusula primera¹⁴ y el párrafo de la cláusula segunda¹⁵ (fol. 47).

¹³ Relativa a la duración del contrato.

¹⁴ Se refieren a nuevas obligaciones relacionadas con determinación y discusión del ICA y del impuesto de alumbrado público (fol. 50).

¹⁵ Adiciona reglas acerca del pago de honorarios por nuevas obligaciones.

- La UT- TAURAMENA "GAP U.T-TAURAMENA-" radicó informes a la administración territorial de las actividades desarrolladas con ocasión del contrato aludido en las siguientes fechas: i) 5 de mayo y 7 de octubre de 2010 (fol. 58 y 69), y ii) 28 de junio de 2012 (fol. 81). El último fue el informe final que se tuvo en cuenta para terminar y liquidar bilateralmente el contrato.

-Según la literalidad del acta de terminación bilateral del contrato, del informe final de actividades solo se aceptaron para pago los numerales 2 y 3; acerca del numeral 1 "Oleoducto Central S.A. (solicitud de devolución de pago de lo no debido vía contenciosa)", se dijo que su liquidación y pago se sometería a conciliación prejudicial (fol. 91).

- Las partes contratantes por mutuo acuerdo dieron por terminado el referido contrato el 04 de julio de 2012 y el 18 de julio de 2012 elevaron acta de liquidación final de ejecución contractual (fol. 89 y 90). El valor del acta de liquidación fue de \$ 24.061.590, con reservas del contratista por los aspectos no acordados.

- Las partes conciliaron extrajudicialmente el 10 de octubre de 2012 y sometido el acuerdo a control de legalidad ante este Tribunal fue improbadado por auto del 2 de noviembre siguiente (fol. 186).

4.2 En sesión de la audiencia de pruebas se declararon incorporados al proceso los siguientes medios¹⁶:

- Se allegaron las actuaciones que el demandante realizó en vía administrativa frente a la declaración privada de ICA n.º 1482 del 28 de febrero de 2002 presentada por OLEODUCTO CENTRAL S.A. (313, CD, fol. 316. Carpeta respuesta 1); de las efectuadas con posterioridad a la firma del acta de inicio del contrato 176 de 1994, únicamente obra Resolución 00001 de 2005 por medio de la cual se resuelve un recurso, interpuesto el año anterior en junio.

- El municipio de Tauramena informó que el acta de terminación por mutuo acuerdo fue suscrita por parte del municipio por Luis Dairo Gontiva Garzón (alcalde encargado de las funciones del despacho del municipio de Tauramena) y aclararon que no consta en los archivos de la Secretaría de Hacienda el acto a través del cual se designó el alcalde encargado. También allegó copia de la Resolución 889 de 2004 por medio de la cual se designa a la secretaria de hacienda como interventor y liquidador del contrato de prestación de servicios profesionales 176 de 2014, fol. 320.

- Se precisó que las facturas del contratista, ahora demandante, de venta 1014 y 0517 del 13 de ese mes, en las que solicitó a Tauramena el pago de \$ 20.742.750, fueron radicadas el 19 de septiembre de 2012. No se cancelaron en su momento según información del sistema. En el proceso de empalme con el actual secretario de hacienda no se relacionó proceso que tenga que ver con actuaciones administrativas o judiciales con Ocensa y la UT Grupo Asesor Público (313, CD, fol.316).

- Los informes rendidos por la demandante a la entidad territorial frente a la ejecución del contrato 176 de 2004 obran en el CD visible a folio 314, carpeta denominada respuesta 4. A folio 315 del cuaderno principal obra cuadro de los pagos efectuados con ocasión de dicho contrato.

¹⁶ Audiencia de pruebas, 24 de marzo de 2015, resumen impreso folio 326; CD folio 329.

4.3 Inspección judicial practicada al radicado número 850012331001-2005-00645-00, siendo demandante Oleoducto Central S.A. OCENSA S.A. y demandado el municipio de Tauramena. Del acta de audiencia de pruebas¹⁷ se toma lo siguiente:

Actos acusados (se toma copia)	Liquidación oficial de revisión 2004-000018 del 24 de marzo de 2004, por medio de la cual se adopta la liquidación oficial por concepto de impuesto de industria y comercio, avisos y tableros, años gravable 2001, fol. 28. En el documento consta que fue proyectado por Abogados Consultores UT. Al igual que la explicación sumaria a dicha liquidación oficial de revisión (fol. 42). Resolución 2005-000001 del 23 de mayo de 2005 que confirma la anterior, fol. 44. Documento suscrito por Norma Lucero Pérez, secretaria de hacienda municipal. No hay constancia de quién haya proyectado la misma.
---------------------------------------	--

Acto seguido se procede a revisar cada una de las piezas procesales para establecer las actuaciones que adelantó en procura de la defensa de los intereses del municipio de Tauramena la Unión Temporal Grupo Asesor Público U.T. TAURAMENA "GAP U.T-TAURAMENA con ocasión de la ejecución del contrato 176 del **12 de noviembre de 2004**¹⁸, el acta de inició se firmó el 16 siguiente (fol. 314), las cuales se relacionan en el siguiente cuadro:

Cuaderno principal:

Actuación procesal	folios	Observaciones
Demanda	1 a 68	Radicada el 7 de octubre de 2005 (fol. 22 vta.). De los actos acusados, únicamente la Resolución 2005-000001 del 23 de mayo de 2005 (fol. 44) fue expedida con posterioridad a la suscripción del contrato 176 de 2004. La actuación administrativa comenzó antes de la vigencia del mismo.
Inadmisión	70	Auto proferido el 19 de enero de 2006.
Admisión	75	Proferido el 9 de febrero de 2006. Se dispuso, entre otras cosas, notificar al municipio demandado. Notificado por estado el 13 de febrero de 2006.
Antecedentes administrativos actos acusados	90 a 270	Con las copias auténticas de la actuación administrativa el municipio allegó CD que contiene 2 carpetas y los archivos allí almacenados son tipo VCD y DAT. No fue posible abrirlos. Oficio remitido por el alcalde de Tauramena el 11 de septiembre de 2006, no hay constancia de quién lo elaboró. De la actuación administrativa se tiene que se dio apertura de investigación el 10 de julio de 2003, fol.92. Proyectó Abogados Consultores U.T. A folio 94 y 123 obra requerimiento especial n.º 1 de 2003, expedido el 18 de julio de 2003, proyectó Abogados Consultores U.T. y lo suscribe el secretario de hacienda municipal. Resolución 2005-000001 del 23 de mayo de 2005 que resuelve el recurso interpuesto por OCENSA el 22 de junio de 2004 (fol. 256 y 228). Dicho acto fue suscrito por la secretaria de hacienda municipal y no se puede determinar quién lo proyectó.
Fijación en lista	277	La fijación en lista se hizo el 25 de octubre de 2006.

¹⁷ Resumen impreso a folio 326.

¹⁸ Las partes contratantes de mutuo acuerdo dieron por terminado el referido contrato el 04 de julio de 2012 y el 18 de julio de 2012 elevaron acta de liquidación final de ejecución contractual (fol. 89 y 90).

Contestación de la demanda	278 a 293	Fue contestada el 9 de noviembre de 2006, fol. 293 vta. El poder se confirió por el mandatario de Tauramena a Carlos Fernando Zarama Vásquez y Germán González Parra; contestaron conjuntamente. El membrete del papel del poder y de la contestación es de Unión Temporal Grupo Asesor Público U.T. "GAP". Argumentos de defensa: se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y solicitaron pruebas documentales. Se toma copia.
Decreto general de pruebas	299	Auto del 16 de noviembre de 2006, tuvo por contestada oportunamente la demanda y decretó las pruebas solicitadas por el municipio de Tauramena.
Traslado para alegar	301	Auto del 1 de febrero de 2007. El municipio de Tauramena guardó silencio , fol. 321. El proceso ingresó en turno para fallo el 5 de marzo de 2007, fol. 321. Sin alegatos del municipio.
Sentencia	325 a 334	Proferida el 10 de diciembre de 2009. Se declaró la nulidad de los actos acusados y se ordenó al municipio de Tauramena, a título de restablecimiento, la devolución de \$ 445.374.000 que corresponde al incremento o mayor valor a pagar que introdujo la liquidación de revisión respecto de la privada, debidamente actualizada. Se toma copia.
Recurso de apelación	337	Presentado sin sustentación el 15 de enero por el municipio de Tauramena, suscrito por los abogados Zarama y González, quienes utilizaron el logo "Zarama y Abogados Consultores". Fue concedido por auto del 4 de febrero siguiente (fol. 340). Se toma copia.

Actuación ante el Consejo de Estado

Traslado para sustentar el recurso	344	Providencia del 12 de marzo de 2010. Constancia del Secretaría del 14 de abril de 2014, "al despacho sin sustanciación", fol. 345.
Declara desierto recurso de apelación	346	16 de abril de 2010. El municipio de Tauramena guardó silencio durante el traslado concedido y como no sustentó la apelación fue declarado desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia. Se toma copia

Actuación ante el Tribunal

Auto de obedéscase y cúmplase lo ordenado por el superior	349	Proferido el 20 de mayo de 2010, además se ordenó el archivo del expediente.
Solicitud de nulidad procesal	303	Presentada por el abogado Ady Wilson Rivera Díaz el 10 de junio de 2010. Tiene poder otorgado por el alcalde ese mismo día. Se solicitó adicional a la nulidad de lo actuado desde el auto del 16 de abril de 2010, que declaró desierto el recurso, remitir el expediente al superior funcional en grado de consulta.
Auto que resuelve la solicitud de nulidad	367	Auto del 22 de julio de 2010. Se declararon improcedentes las peticiones de nulidad y de surtir consulta por haber mediado recurso de apelación que fue declarado desierto. Sin embargo, no se reconoció personería al nuevo mandatario. Se toma copia.
Recurso de reposición	368	Radicado el 29 de julio de 2010 por el apoderado de Tauramena. En traslado se pronunció la parte actora, fol. 370.
Auto que niega reposición	374	El 14 de octubre de 2010 se negó la reposición presentada y de nuevo omitió reconocimiento de personería. Notificado el 19 de octubre de 2010, el cual constituye la última actuación en el cuaderno principal. Se toma copia.

Cuaderno de pruebas

La prueba documental se envió a través de los oficios remisorios del 21 de diciembre de 2006, suscritos por la secretaria general del municipio, radicados en el Tribunal el 15 y el 23 de enero de 2007 (fol. 85). No hay constancia de quién los elaboró. La única actuación del Tribunal es la remisión del oficio n.º 12936 del 2006, suscrito por la secretaria general y enviado por servicio de correspondencia el día 12 de diciembre de ese año (fol. 1). El municipio remitió con los aludidos oficios lo siguiente:

Actuación o piezas procesales	Folios	Observaciones
Acuerdo 016 del 2 de septiembre de 1999	3 a 8	Por medio del cual se modifica el presupuesto de ingresos y gastos del municipio de Tauramena para la vigencia de 1999.
Acuerdo 030 del 30 de diciembre de 1999	9 a 74	Por medio del cual se expide el código de rentas para el municipio de Tauramena.
Acuerdo 010 del 4 de octubre de 2002	75 a 79	Por medio del cual se modifica el presupuesto de ingresos y gastos del municipio de Tauramena para la vigencia de 2002.
Acuerdo 007 del 7 de junio de 2002	80 a 84	Por medio del cual se reestructura el funcionamiento del Fondo de Crédito y Fomento Educativo del municipio de Tauramena.
Acuerdo 010 del 4 de octubre de 2000	86 a 139	Por medio del cual se modifica el presupuesto de ingresos y gastos del municipio de Tauramena.

4.4 Conclusiones probatorias. Premisas fácticas del fallo

4.4.1 El objeto del contrato 176 de 2004 versó sobre un complejo de actuaciones preparatorias de actos oficiales de investigación y determinación de tributos y otros derechos fiscales de Tauramena, así como de las etapas de discusión en sede administrativa y judicial; entre ellas, lo relativo al ICA y respecto de múltiples presuntos obligados, incluido OCENSA. Dicha serie de actividades encomendadas al contratista bordean elementos propios de las funciones administrativas misionales permanentes de las dependencias municipales, de la consultoría profesional especializada en asuntos jurídicos y de las ciencias económicas y de la prestación de servicios de asesoría jurídica y representación judicial del municipio ante el estrado. Acerca del tema se volverá más adelante.

4.4.2 La disputa entre las partes, en lo atinente a las *salvedades* que el contratista dejó en el acta de liquidación del contrato 176 de 2004, se contrae específicamente a los honorarios que espera recibir por el *ahorro* o *beneficio* presuntamente obtenido por Tauramena como resultado de la gestión profesional que realizó en las actuaciones de determinación y discusión del ICA a cargo de OCENSA y luego la defensa del ente territorial ante esta jurisdicción en el ordinario 2005-00645-00 promovido por OCENSA contra una liquidación oficial de revisión. La demanda aspira a que se le reconozca por ese concepto el 22% liquidado sobre un presunto *ahorro* superior a tres mil cuatrocientos millones de pesos; esto es, \$ 756,6 millones, más actualización e intereses.

4.4.3 Vista la literalidad del contrato 176 de 2004, así como del *modificatorio 02* suscrito el 26 de octubre de 2006, se encuentra en la cláusula segunda (valor) que se pactaron honorarios en la modalidad *cuota litis* "sobre el valor efectivamente recaudado en dinero y al trabajo profesional aportado de los dineros recibidos" por Tauramena; esto es, se fijaron unos porcentajes y una base de liquidación sobre *recaudo efectivo* por el ente municipal como consecuencia de las actividades profesionales encomendadas al contratista (consultor, asesor, mandatario judicial, sucesivamente).

4.4.4 Conocido el desenlace del ordinario 2005-00645-00 se tiene que este Tribunal profirió fallo el 10 de diciembre del 2009¹⁹, por el cual declaró la nulidad del acto oficial de liquidación acusado, que fijó el ICA a cargo de OCENSA (vigencia 2001) en la suma de \$ 1.718.901.000; ordenó a Tauramena devolver la suma de \$ 445.374.000 actualizada conforme a variación del IPC, esto es, el *mayor valor* liquidado por el fisco; y denegó otras pretensiones, en particular la devolución de lo que se liquidó en la *privada* (fol. 153).

Tal como se reseñó en la tabla resumen de inspección judicial a ese ordinario, la sentencia fue recurrida por Tauramena, lo que excluyó la consulta ordenada; sin embargo, ese recurso se declaró *desierto* por el Consejo de Estado, por falta de sustentación.

4.4.5 En cuanto a la suma *líquida* que la Administración reconoció como saldo a favor del contratista (\$ 20.742.750, más IVA), se sabe que medió delegación del alcalde a quien suscribió el acta en representación del municipio; que se inició el trámite de una cuenta por ese concepto y que no se tiene noticia del pago.

5ª PROBLEMAS JURÍDICOS DE FONDO

5.1 Naturaleza jurídica del contrato y alcance de las obligaciones pactadas

En oportunidad anterior la Sala examinó la pluralidad de obligaciones convenidas por Tauramena con quienes ahora demandan y calificó el contrato 176 de 2004 como manifiestamente irregular, por haber entregado a particulares funciones propias de servidores de planta respecto de la preparación de actos administrativos de investigación tributaria, determinación y discusión de gravámenes; reparos todos ellos que subsisten en lo que corresponde a las contadas actuaciones en sede previa a los actos acusados en el ordinario 2005-00645-00 (Ocensa Vs. Tauramena), pero no necesariamente para la *representación judicial* del ente territorial para la defensa de sus decisiones frente al presunto contribuyente del ICA.

Las *irregularidades* detectadas tanto por la naturaleza del negocio jurídico como por sus particularidades en lo atinente a régimen de presupuesto, duración y

¹⁹ Ponente Héctor Alonso Ángel Ángel.

determinación del valor fiscal del contrato, dieron lugar a que se denegara la homologación de la conciliación del pasado, así:

c.- Como se observa, el contrato 176 de 2004 que fundamenta la conciliación resulta arbitrario por las siguientes razones:

- En virtud del principio de transparencia establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, los contratistas deben escogerse previo agotamiento del concurso de méritos o licitación pública, salvo los casos establecidos allí.
- Dentro de las excepciones se encuentra la contratación directa de servicios profesionales o artísticos, cuando el contratista sea único, lo cual no ocurre en el presente evento, pues ni se adujo ni se demostró en los antecedentes administrativos de la contratación cuáles pudieran ser las razones para contratar in tuito personae, ni las excepcionales aptitudes de quienes fueron inicialmente contratados por separado y luego en la modalidad de unión temporal, que no pudieran compararse objetivamente con la de otras personas naturales y jurídicas que hubieran podido ejecutar el objeto del contrato 176.
- El objeto de dicho contrato así como el plazo resultan indeterminados, lo cual es contrario a todos los principios de contratación y más tratándose de entidades públicas. No es lo mismo que sea incierto el término de duración del litigio que deba atender un asesor o apoderado contratado, a que se pretenda que todas las actuaciones administrativas o judiciales que surjan durante la vigencia indefinida de un contrato, queden cubiertas por tales profesionales externos, como aquí se hizo.
- Para la realización de actividades administrativas de carácter permanente, como son las que se relacionan en el objeto del contrato, la administración debe disponer de personal de planta y solo cuando se dan circunstancias excepcionales se pueden suscribir contratos de prestación de servicios, según se deduce del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Aquí, si bien está probado que la administración municipal no contaba con ese personal, no están acreditadas las razones excepcionales para realizar la contratación.
- El valor del contrato es indeterminado, pues solo para efectos de la póliza de garantía se estableció la suma de \$20.000.000. Sin embargo, a ese contrato inicial sin valor se le adicionó lo relacionado con las solicitudes de corrección de declaraciones tributarias, devoluciones y/o compensación de impuestos, sanciones e intereses relacionados con el impuesto de industria y comercio, aviso y tableros y retención en la fuente de industria y comercio presentadas al municipio por los contribuyentes obligados a declarar, personas naturales, personas jurídicas, entidades o solicitantes, para asistir al municipio en estos procesos, consecencialmente establecer y cobrar las sanciones, intereses y actuaciones que a favor del municipio se generen por estos hechos, entre otras, y resulta que la cuantía de uno solo de ellos (176 de 2004) asciende a \$3.439.484.099 en los términos de la solicitud de la conciliación.
- Por si fuera poco tampoco tenía disponibilidad presupuestal, si se tiene en cuenta que en la cláusula tercera del contrato se estipuló que el contratante pagaría el porcentaje antes determinado como único valor del contrato, una vez el municipio efectuara los trámites presupuestales respectivos.
- El artículo 211 de la Constitución y la Ley 489 de 1998 regulan lo relacionado con la delegación de funciones. Aquí, so pretexto de celebrar un contrato estatal realmente se hacen delegaciones de funciones administrativas de tipo permanente, tal como se deduce del objeto del Contrato 176 de 2004, en personas particulares, lo cual no está permitido por el ordenamiento.
- De contera, cuando se analiza el Contrato 176 de 2004, con relación al Estatuto de Contratación, resulta que la naturaleza del mismo no es un contrato de prestación de servicios sino un contrato de consultoría si se tiene en cuenta que la Ley 80/93 dispone:

"2o. Contrato de Consultoría.

*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, **así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.***

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato" (Negrillas del Tribunal)

En efecto, el objeto del Contrato 176 de 2004 es una asesoría técnica de coordinación, control y supervisión, por donde se lo mire. Basta leer el objeto que atrás se transcribió para llegar a esa conclusión²⁰.

5.2 El pacto de cuota. Base de liquidación: ingreso recibido por el contratante

La Sala concentra ahora su atención en lo que atañe a la discusión propia del proceso, esto es, si Tauramena debe reconocer honorarios sobre el presunto *ahorro* obtenido por el Fisco en virtud de la actuación profesional de los contratistas en desarrollo del objeto del contrato 176 de 2004, tanto en las actuaciones administrativas como en el curso del ordinario tributario que promovió OCENSA contra actos de determinación del ICA por el año 2001.

De ese *asunto litigioso* surge el siguiente específico *problema jurídico*:

¿Procede reconocer honorarios pactados en la modalidad cuota litis por la asesoría profesional y la representación judicial del ente contratante, con base de liquidación determinada por el recaudo efectivo de gravámenes municipales, pese a que el resultado inconcluso del juicio no arrojó ingreso alguno para la Administración?

5.2.1 Tesis: No. Si las partes definieron una base de liquidación de los honorarios aleatorios constituida únicamente por el *recaudo efectivo* de tributos objeto de discusión, el contratista no puede variarla unilateralmente para devengar honorarios por el presunto *ahorro* o *menor valor del desembolso* disputado. Menos, cuando el resultado definitivo del litigio deriva de la ejecutoria de un fallo adverso, no recurrido en debida forma.

5.2.2 Las pretensiones orientadas a que se declare incumplido un contrato, se deje sin efectos una liquidación bilateral con salvedades y se condene al ente contratante a reparar daño, tienen como eje primario la demostración de haber ocurrido el hecho lesivo que a su vez provoca un daño antijurídico que el contratista no está llamado a soportar; sea que se trate de un típico contencioso contractual o que la controversia se proponga por la cuerda extracontractual (*actio in rem verso*) cuando esa relación

²⁰ TAC, providencia del 2 de noviembre de 2012, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicación 850012331001-2012-00242-00 (copia visible folio 186).

no se haya conformado en debida forma. Se trata de un pilar de la estructura abstracta de toda prédica de responsabilidad del Estado²¹.

5.2.3 La relativa indeterminación de las obligaciones del ente contratante cuando se pactan honorarios profesionales por servicios jurídicos *de medio* en la modalidad de *cuota litis* puede vulnerar abiertamente el ordenamiento, como se reseñó en la providencia que denegó la homologación de una conciliación en el pasado, pues por ese camino podría ser burlado el régimen de Hacienda Pública.

Sin embargo, ese pacto podría resultar legítimo cuando la remuneración del mandatario judicial que lleva la representación del ente contratante no se cubra con recursos directos del presupuesto, preexistentes en la *caja* de la entidad, sino que se toman de los *resultados exitosos del litigio*; esto es, si la gestión *entrega recaudos al erario*, previo su ingreso al presupuesto, es viable calcular el beneficio que obtuvo el Estado y el porcentaje de honorarios aleatorios y surtir los protocolos institucionales para su pago. Solo entonces podrá conocerse con precisión cuál ha de ser el valor fiscal del contrato.

5.2.4 Luego si las partes contratantes convienen en que la remuneración condicional aleatoria solo ha de liquidarse una vez *obtenido ingreso efectivo* de recaudos u otros derechos fiscales respecto de cuya gestión, investigación, determinación o discusión en sede gubernativa o defensa ante el estrado versó el pacto, no cualquier *ventaja o beneficio* que logre la administración contratante dará lugar a esa especie de pago. Así expresada la cláusula que rigió las relaciones de las partes contratantes, *recibir* es muy diferente a *no desembolsar*; lo primero, tratándose de dinero, tiene que ser un valor positivo, mayor que cero.

6ª El caso concreto

6.1 Ya se indicó que las partes contratantes acordaron que los honorarios *de éxito o aleatorios* se liquidarían sobre el *ingreso efectivo* de recaudos al erario; de ahí que se estipulara en la cláusula tercera (fol. 39) que primero tendrían que entrar los recursos al tesoro; luego realizarse los trámites de presupuesto y finalmente, se calcularía el monto a pagar al contratista (consultor + asesor + mandatario judicial).

6.2 Tauramena no recibió ingreso adicional alguno como consecuencia de la gestión del contratista. La sentencia de este Tribunal dejó en firme la auto liquidación privada de OCENSA, la que en nada dependió de actuaciones de los demandantes cobijadas por el contrato 176 de 2004; fue presentada con notoria antelación, el 28 de febrero de 2002, según las referencias fácticas de ese fallo.

6.3 Por el contrario, Tauramena fue condenado a *devolver* a OCENSA \$ 445,3 millones actualizados conforme a variación del IPC; de manera que la base de *ingreso efectivo* al erario fruto directo del trabajo de los demandantes es *menor que cero*, esto es, *negativa*, porque en vez de recibir, el municipio tuvo que pagar.

²¹ TAC, entre otras, sentencia reiterativa del 13 de mayo de 2015, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012333002-2013-00183-00.

6.4 Adicionalmente, quien llevó la representación judicial de Tauramena en el ordinario 2005-00645-00 promovido por OCENSA para discutir el ICA de la vigencia 2001, en virtud de las obligaciones del contrato 176 de 2004, *apeló*; con ello dejó excluida la opción procesal de la consulta vigente en esa época. Pero incumplió la carga de sustentar el recurso, declarado desierto por el superior funcional.

De manera que el resultado definitivo del litigio dependió de la omisión de la parte recurrente; es enteramente aventurado suponer qué habría podido ocurrir si el Consejo de Estado hubiera tenido ocasión de pronunciarse. La jurisprudencia es por naturaleza dinámica y aunque haya rumbo relativamente predecible, las particularidades de caso y nuevos enfoques judiciales pueden cambiar lo que se daba por sentado firmemente.

Desde luego, aquí no se trata de poner en duda la opción interpretativa que se aplicó en la sentencia del 10 de diciembre de 2009, sustentada en lo que para entonces ya había sostenido el Consejo de Estado como allí se referenció, sino de destacar que la actividad profesional de quien debía defender la posición jurídica de Tauramena se quedó trunca.

6.5 Fuerza entonces concluir que las pretensiones deberán ser desestimadas porque: i) no existe base de *ingresos efectivamente recibidos* por el ente contratante como resultado de la gestión encomendada al contratista, sobre la cual puedan liquidarse los honorarios *cuota litis*; ii) la defensa institucional de Tauramena no agotó la apelación de rigor; y iii) el contrato 176 de 2004 en sí mismo adolece de los variados vicios señalados en la providencia desestimatoria de la conciliación del pasado.

Y en cuanto a la suma líquida reconocida en el acta de liquidación, su recaudo no requiere una sentencia declarativa que configure título ejecutivo; ese alcance ya lo tiene, en principio, el reconocimiento incondicional del ente territorial obligado.

No se aborda hipotética nulidad absoluta del contrato 176 de 2004 pues en últimas, de decretarse, la Administración tendría que pagar el *producto útil* que haya efectivamente recibido y aceptado; esa constatación ya la hizo bajo su propia responsabilidad en el acta de liquidación bilateral con salvedades del contratista.

7ª **Costas**²². No hay lugar a ellas contra la parte vencida, pues no se vislumbra temeridad procesal ni conducta impropia. Es la opción interpretativa que viene siguiendo sistemáticamente la Sala, acorde con la cual la *ponderación* a que alude el art. 188 de la Ley 1437 excluye la solución mecanicista del procedimiento civil: no cabe aquí predicar que *el que pierda paga costas*, pues tendrá además que valorarse cuál fue su comportamiento en el litigio²³.

²² La procedencia se rige por el art. 188 CPACA; ver también art. 392 del C. de P.C. y arts. 81 y 365 del C.G.P.

²³ Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; auto de segunda instancia del 21 de marzo de 2013, expediente 850013333001-2012-00030-01 (interno 2013-00180-01); sentencia (ACU) del 25 de abril de 2013, expediente 850012333002-2013-00084-00; sentencia del 20 de junio de 2013, expediente 850012333002-2012-00243-00; autos de segunda instancia del 10 de octubre de 2013, expedientes 850013333002-2013-00194-01 y 850013333002-2013-00203-01; sentencia del 17 de octubre de 2013, radicado 850012333002-2013-00008-00 y sentencia del 12 de diciembre de 2013, expediente 850013333002-2012-00104-01, y sentencia de la misma fecha, radicado 8750013333001-2012-00099-01, toda la serie con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González.

Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213-00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º DECLARAR infundadas las excepciones procesales propuestas por la entidad demandada.

2º DENEGAR las pretensiones del demandante.

3º Sin costas en la instancia.

4º En firme lo resuelto, actualícese el registro, devuélvase el excedente del importe de gastos procesales si lo hubiere y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE

(Aprobado en Sala de la fecha, Acta. Contractual. Suárez Figueroa Vs. Tauramena. Hoja de firmas 19 de 19).

Los magistrados²⁴,


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

NTG/Lida

²⁴ Tercer integrante ausente por calamidad doméstica.