



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Controversia Contractual.
Radicado. 19001233300420160014600
Demandante. Zarama & Asociados Consultores SAS
Demandado. Centrales Eléctricas del Cauca
Fecha de la sentencia. Octubre 19 de 2018
Magistrado ponente. CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO
Descriptor 1. Honorarios de abogado.
Descriptor 2. Obligaciones condicionales.
Restrictor 1. Prima de éxito.
Descriptor 3. Principios de planeación y economía.
Restrictor 2. Respaldo presupuestal.
Tesis 1. La prima de éxito, es una obligación condicional según la jurisprudencia contenciosa administrativa citada, debe atender referentes objetivos, concernientes, principalmente, a que haya un respaldo presupuestal y un provecho para el patrimonio público, elementos estructurales de los principios de planeación y de economía, según el estatuto contractual.
Tesis 2. Si la liquidación oficial de revisión determina un monto a pagar por el contribuyente, y en virtud del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de esa liquidación, en el que la contribuyente Centrales Eléctricas del Cauca es representada por el contratista, resulta un monto menor a pagar, la diferencia entre esos montos es la base para el cálculo de la prima de éxito pactada.
Tesis 3. No es de recibo el argumento de la parte actora, que el valor base de la prima de éxito es el valor calculado en la conciliación, en el que se incluye el monto del impuesto, de la sanción y de los intereses moratorios.
Tesis 4. No se niega la retribución al contratista, porque este recibió una suma de dinero por sus servicios.
Resumen del caso. En el 2009, las partes celebraron contrato de prestación de servicios con el objeto de iniciar y llevar hasta su terminación un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de liquidación oficial de revisión contenida en actos administrativos, emitidos por la DIAN. Se pactó un valor de honorarios básicos, incluida una prima de éxito, cualquiera fuera la figura jurídica en que se sustentara la decisión judicial. El demandante arguye que la demandada no realizó el pago.

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

El 31 de diciembre de 2013, CEDELCA SA ESP, canceló el valor de 839'673.476 pesos, por concepto de comisión de éxito. El demandante alega que la demandada aún le adeuda una suma adicional con los intereses moratorios.

La demandada arguye que el actor pretende el cobro de la prima de éxito sobre un valor no acordado en el contrato.

Fijación del litigio.

En la audiencia inicial, se fijó el litigio de la siguiente manera:

“Establecer el valor al que ascienden los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios No. 030 de 2009, suscrito entre CEDELCA SA ESP y ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS. En específico, habrá de determinarse a cuánto asciende el valor de la prima de éxito pactada. Consecuentemente, analizar si el valor de los honorarios fue cancelado en su totalidad o si existe algún saldo a favor de ZARAMA & ASOCIADOS SAS.”

Decisión. Niega las pretensiones de la demanda.

Razón de la decisión.

“(…) la prima de éxito, que como se vio es una obligación condicional, según la jurisprudencia contenciosa administrativa citada, debe atender referentes objetivos, concernientes, principalmente, a que haya un respaldo presupuestal y un provecho para el patrimonio público.

“De lo que se sigue que es impróspero el argumento de la parte actora, que en relación con la prima de éxito no debe advertirse la existencia de un respaldo presupuestal, porque, contrario a su entendimiento, es claro que tratándose de una obligación incluida en un contrato en el que participa una entidad estatal, debe satisfacerse el respaldo presupuestal, que es uno de los elementos estructurales de los principio de planeación y de economía, según el estatuto contractual. Aunado esto, al argumento de la entidad demandada y al criterio del Ministerio Público, quien resaltó que la asesora jurídica y la interventora del contrato advirtieron que la prima de éxito pactada tenía un respaldo presupuestal a partir del valor calculado en la liquidación oficial de revisión, y no a partir de actualizaciones posteriores.

“Los referentes objetivos a los que debe ligarse la prima de éxito, en el caso concreto se manifiestan en que se calcularía en un porcentaje del beneficio obtenido, esto es, i) el porcentaje igual al 6,5% más IVA, y ii) el beneficio alcanzado que, según el objeto y la cláusula sexta del contrato suscrito entre las partes, es el menor valor a pagar por parte de Cedelca respecto de la liquidación oficial de revisión del impuesto de renta del año gravable 2004.

“Lo que para la Sala significa que si la liquidación oficial de revisión determina un monto a pagar por el contribuyente, y en virtud del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de esa liquidación, en el que la contribuyente es representada por el contratista, resulta un monto menor a pagar, la diferencia entre esos montos es la base para el cálculo de la prima de éxito pactada.

“En este caso, la Liquidación Oficial de Revisión, tal como lo subrayaron la entidad y el Ministerio Público, es la No. 170642008000007 de abril de 2008 emitida por la Dian en contra del contribuyente CEDELCA SA ESP, que es en la que se establecieron los valores por conceptos de

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

impuesto y de sanción que el contribuyente debía pagar, y por la cual contrató los servicios de Zarama y Asociados Consultores, con el propósito de ejercer su control judicial y reducir el valor del impuesto y de la sanción allí determinados, que es el beneficio a partir del cual se fijó la comisión o prima de éxito.

“Por lo tanto, no es de recibo el argumento de la parte actora, que el valor base de la prima de éxito es el valor calculado en la conciliación, en el que se incluye el monto del impuesto, de la sanción y de los intereses moratorios, porque i) ese no es un valor existente al momento del contrato pactado entre las partes, sino que corresponde a una actualización posterior, ii) ese valor no tiene respaldo presupuestal, y iii) porque la cláusula sexta del contrato se refiere al menor valor a pagar en relación con el calculado en la liquidación oficial de revisión, y no en relación con el valor que se calcule en la providencia con la que terminaría el proceso, en otras palabras, no se refiere al valor que se calculó en la conciliación, que fue como finalmente culminó el proceso judicial.

“De aquí que tampoco hay lugar a considerar los planteamientos de la partes relacionados con los intereses moratorios que se hicieron constar en el acta del Comité de Conciliación de la Dian y en la sentencia del Tribunal Administrativo, y si dicho aspecto debía ser objeto de reclamo por Zarama & Asociados Consultores.

“En este orden de ideas, quedó acreditado que respecto del Contribuyente Cedelca, en la declaración privada del impuesto de renta del año 2004, se calculó un valor del impuesto a pagar de 1.872'571.000 pesos, sin sanciones a pagar; y en la liquidación oficial de revisión, se calculó un valor del impuesto a pagar de 8.832'729.000 pesos, más una sanción a pagar por valor de 11.136'253.000 pesos. En contra de esta liquidación oficial de revisión, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho terminó con la conciliación debidamente aprobada, lo que se concretó en que Cedelca canceló la diferencia por el valor del impuesto a pagar, y no cancelara la sanción de 11.136'253.000 pesos. Ver la liquidación oficial a folio 273 y el pago efectuado en razón de la conciliación a folios 436 y siguientes.

“De lo que se desprende que el menor valor a pagar por parte de Cedelca, respecto de la liquidación oficial de revisión, fue el calculado por la sanción allí impuesta; no por concepto del impuesto de renta, porque de este pagó la diferencia entre el valor en que lo calculó en su liquidación privada y el valor en que se calculó en la liquidación oficial de revisión, es decir, que por concepto del impuesto no hubo un menor valor a pagar.

“Así las cosas, y coincidiendo con el concepto del Ministerio Público, la prima de éxito ascendió a la suma del 6,5% más IVA, del valor de la sanción, de 11.136'253.000 pesos, que sí fue un menor valor a pagar, tal como la entidad demandada probó que lo pagó a la firma contratista, quien así lo relató en la demanda de la referencia.

“Cabe decir que con lo anterior no se niega la retribución al contratista, porque este recibió una suma de dinero por sus servicios. Y, finalmente, es bueno referir que de las pruebas allegadas no se evidencia un aprovechamiento del contratista de su propia culpa, como lo denunciaron la entidad demandada y el Ministerio Público, por lo que la Sala no se pronunciará al respecto.

“Con lo expuesto, se desestiman los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte actora.

Observación del Despacho sobre la relevancia de la sentencia. En esta providencia se aborda, dentro de un contrato de prestación de servicios, la prima de éxito pactada como pago de honorarios profesionales, sobre la cual se explica su concepto, su naturaleza de ser una obligación condicional y la exigencia de la jurisprudencia administrativa que, tratándose de contratos

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

estatales, debe estar sometida a criterios objetivos. En el caso concreto, se aplican los anteriores parámetros y, finalmente, se analiza si fue pagada en su totalidad a la parte actora.

Nota de Relatoría.

Sobre el descriptor **honorarios de abogado** pueden verse las siguientes providencias en diferente escenario fáctico:

Sentencia de reparación directa del 17 de agosto de 2017, Honorarios de abogado. Enriquecimiento sin causa. Se arguye por parte del demandante que el municipio no le canceló **honorarios de abogado** por labor jurídica desarrollada de defensa jurídica del municipio dentro de proceso contencioso administrativo, según contrato de mandato celebrado entre las partes. Revoca decisión del a quo sobre caducidad de la acción y niega por falta de elementos probatorios. Luis Gerardo Cuellar Ruíz vs Municipio de Patía. M.P. Gloria Milena Paredes Rojas.

Sentencia de reparación directa del 20 de abril de 2017, Honorarios de abogado. Indebida escogencia de la acción. Celebración de contrato de prestación de servicios para cobro judicial de aportes adeudados a la entidad; se cancelarían los honorarios de acuerdo a lo recaudado por la entidad, la ejecución del contrato era para un término de 4 años, pero continuó trabajando sin que hubiese liquidación de este. Se declara probada la excepción de indebida escogencia de la acción. Revoca – niega. Claudia Viviana Melenje Campo vs Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, diecinueve de octubre de dos mil dieciocho

Magistrado ponente: CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

I. ANTECEDENTES

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIA CONTRACTUALES
Primera Instancia

1. LA DEMANDA

Parte demandante

ZAMARA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
NIT 830075610-6

Parte demandada

CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA SA - CEDELCA SA ESP

Las pretensiones

La parte demandante, a través de apoderado y por medio del control de controversias contractuales, dirigido contra la entidad demandada, elevó las siguientes pretensiones:

Que se declare que las partes celebraron el contrato de prestación de servicios No. 30 de 2009.

Que se declare que el demandante cumplió con las obligaciones contractuales, y que CEDELCA SA ESP, incumplió con las obligaciones contractuales, al no haber reconocido ni pagado la comisión de éxito, pactada en la cláusula sexta del contrato.

Que, en consecuencia, se condene a CEDELCA a pagar a su favor, por concepto de la comisión de éxito, la suma de 1.981 '474.464 pesos, más IVA, por capital, y la suma correspondiente a los intereses moratorios, a la tasa máxima legal permitida, desde el 13 de febrero de 2014.

Que se condene en costas y agencias en derecho.

Los hechos

El fundamento fáctico de la demanda, se reduce a lo siguiente

El 6 de julio de 2009, el demandante y CEDELCA SA ESP, celebraron el contrato de prestación de servicios No. 30, con el objeto de iniciar y llevar hasta su terminación un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Liquidación Oficial de Revisión No. 170642008000007 y de la Resolución No. 9094 de 28 de abril de 2009, emitidas por la DIAN.

En la cláusula sexta se pactó como valor de los honorarios básicos, la suma de 5 '800.000 pesos, incluido el IVA, y una prima de éxito correspondiente al 6,5%, más IVA, de los menores valores a pagar por CEDELCA SA ESP, respecto de la cuantía de la liquidación oficial de revisión, cualquiera fuera la figura jurídica en que se sustentara la decisión judicial.

El 24 de septiembre de 2009, el demandante, presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y, ante la expedición de la Ley 1607 de 2012, recomendó

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

a CEDELCA SA ESP, acogerse la posibilidad de conciliación con la DIAN, lo que fue aprobado el 29 de julio de 2013, por el Comité de Conciliación de CEDELCA SA ESP.

El 28 de agosto de 2013, el demandante radicó la solicitud de conciliación ante la DIAN.

El 12 de septiembre de 2013, radicó la conciliación lograda con la DIAN, ante el Tribunal Administrativo del Cauca, que la aprobó por sentencia de 25 de octubre de 2013.

CEDELCA SA ESP, pagó únicamente 6.960´158.000 pesos, por concepto del impuesto de renta del año 2004, y se ahorró el pago 30.025´833.000 pesos por concepto de la sanción y de los intereses moratorios causados.

En aplicación de la cláusula sexta del contrato de prestación de servicios, la comisión de éxito ascendía a la suma de 2.821´147.940 pesos, más IVA.

El 6 de diciembre de 2013, el demandante accedió a realizar un descuento a CEDELCA SA ESP, según lo cual, le pagaría la suma de 1.410´573.970 pesos, dentro de ese año calendario.

CELDELCA SA ESP, no ha efectuado el pago.

El demandante le facturó a CEDELCA SA ESP, la suma de 742´676.712 pesos, por concepto de comisión de éxito, con la aclaración que correspondía a la tasación efectuada por CEDELCA SA ESP, y no al total de lo adeudado.

El 31 de diciembre de 2013, CEDELCA SA ESP, canceló el valor de 839´673.476 pesos, por concepto de comisión de éxito.

CEDELCA SA ESP, adeuda entonces al demandante la suma de 1.981´474.464 pesos, más IVA, y los intereses moratorios, por concepto de la comisión de éxito pactada. *Fls. 1 a 5 C. ppal.*

2. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 8 de marzo de 2016, repartida al Despacho del Dr. David Fernando Ramírez Fajardo, que se declaró impedido para tramitar el proceso, lo que fue aceptado por la Sala, luego de lo cual la demanda se admitió y se notificó en debida forma a las partes. *(Fl. 119 C. Ppal.)*

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CEDELCA SA ESP, contestó la demanda, a través de apoderado debidamente constituido y en tiempo oportuno.

En la contestación, se opuso a las pretensiones porque, en su sentir, cumplió el contrato de prestación de servicios, el éxito del proceso administrativo se debió a la diligencia de la entidad y no del contratista, y este pretende el cobro de la prima de éxito sobre un valor no acordado en el contrato.

Aceptó como cierta la mayoría de los hechos expuestos, y aclaró lo siguiente:

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

Aseveró que la iniciativa de acogerse a la conciliación provino de la entidad y no del contratista, quien hizo una precaria gestión, prueba de lo cual es que la ley que permitía la conciliación fue expedida en diciembre de 2012, hubo de requerirse al contratista a través de la interventora para que presentara el concepto, y solo tiempo después manifestó que la probabilidad de éxito del proceso era media baja. Así, la entidad tuvo la iniciativa, gestión e insistencia para acogerse a la conciliación con la DIAN, y el contratista, en su calidad de representante judicial, únicamente proyectó parcialmente la propuesta de conciliación y la presentó ante el Tribunal.

Precisó que la suma a la que asciende la prima de éxito se determina en atención a las sumas fijadas en la liquidación oficial y no a la cuantía posterior que se determinó en el litigio; esto es, que el monto a pagar de la prima de éxito corresponde al monto de la liquidación oficial, que es de 11.136´253.000 pesos, por lo que la prima asciende a la suma de 123´856.445 pesos, más 115´817.031,2 pesos por IVA, para un total de 839´673.476,2 pesos, monto que fue pagado en su totalidad. Además, el contratista manifestó que no estaba de acuerdo con la liquidación de los intereses efectuada por el Tribunal, pero no adelantó actuación alguna al respecto; empero, incluye dicha liquidación para el cobro de la prima de éxito.

Dijo que, en todo caso, el valor ahorrado de sanción más intereses, fue el resultado de la gestión de la entidad y no del contratista, al que hubo de requerirlo para que conceptuara a ese respecto.

En las razones de defensa explicó que la interpretación del contratista sobre la prima de éxito es que corresponde al valor total del litigio; lo que constituye una interpretación ilógica y de mala fe, ya que lo pactado fue una prima de éxito del menor valor a pagar respecto de las sumas contenidas y determinadas en la liquidación oficial, y no frente a un supuesto ahorro futuro que resultaba indeterminable, en razón a que la conciliación en materia tributaria opera solo por efectos de la ley.

Adujo que las entidades públicas no pueden pactar ese tipo de valores indeterminables en los contratos que celebran; que la entidad, en litigios de mayor impacto económico, pacta comisiones de éxito proporcionales, y que en este caso, lo pretendido, no es proporcional a la gestión realizada.

Planteó las excepciones de: pago total de la obligación, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin justa causa, indebida interpretación de la cláusula sexta, nadie puede alegar su propio dolo, desproporcionalidad entre lo pretendido y lo ejecutado en el contrato. *Fls. 153 a 179 C. ppal.*

4. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

El 19 de octubre de 2017 se realizó la audiencia inicial. En esta, se fijó el litigio en los siguientes términos:

"...establecer el valor al que ascienden los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios No. 030 de 2009, suscrito entre CEDELCA SA ESP y ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS. En específico, habrá de determinarse a cuánto asciende el valor de la prima de éxito pactada. Consecuentemente, analizar si el valor de los honorarios fue cancelado en su totalidad o si existe algún saldo a favor de ZARAMA & ASOCIADOS SAS." Fls. 467 y siguientes.

En la audiencia de pruebas, se recibieron las declaraciones de Yanamileth Tovar Díaz, quien fungía como Directora Jurídica de CEDELCA SA ESP, Giuliano Morini Calero, quien fungía como

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

Asesor Externo de CEDELCA SA ESP, y de María Andrea Campo Rodríguez, quien fungió como Interventora del contrato de prestación de servicios No. 030 de 2009. *Fls. 478 y siguientes.*

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La **parte demandante** alegó en tiempo oportuno.

Explicó que para resolver el litigio planteado es necesario determinar cuál fue el menor valor obtenido por Cedelca, del que trata la cláusula sexta del contrato. Que en este sentido ese menor valor comprende el valor total conciliado, esto es, todas las sumas que se encontraban en discusión con la DIAN, lo que incluye la sanción y los intereses, que ascendió a la suma de 43.402´276.000 pesos. Esto, porque ese fue el valor reconocido en la fórmula de arreglo, a la vez que fue el monto confirmado por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la sentencia dictada en el proceso 2009 00279 00. Alegó que, en consecuencia, la liquidación de la prima de éxito debe hacerse como sigue:

La suma a conciliar era de 43.402´276.000 pesos, que incluye la sanción y los intereses moratorios;

Cedelca solo pagó la suma correspondiente al impuesto sobre la renta que fue de 6.960´158.000 pesos.

Por lo tanto, Cedelca dejó de pagar la suma de 43.402´276.000 pesos, que es sobre la que se calcula la comisión de éxito.

Que entonces asciende a la suma de 6,5% de ese valor, lo que es igual a 2.281´147.940 pesos.

Recapituló que la entidad demandada alega que el valor de la prima de éxito debe liquidarse a partir del valor indicado en la Liquidación No. 170642008000007 presentada ante la DIAN, sin incluir el monto total conciliado, que incluye las sumas atinentes a la sanción y a los intereses moratorios causados. Dijo que lo anterior es negar la naturaleza del contrato celebrado y la intención de las partes, al negarse la retribución del contratista; y aseveró que del concepto menores valores de la cláusula sexta del contrato, no se desprende que correspondan únicamente al impuesto discutido. Que entenderlo así, supondría dejar sin efecto la cláusula, porque el valor del impuesto no es conciliable, de manera que no podría ser reducido por las gestiones profesionales del contratista, lo que, además, desconocería el principio de interpretación de los contratos, según el cual debe preferirse aquella que garantice los efectos de una cláusula.

Agregó que el objeto del contrato consistió en defender a la entidad y reducir los impuestos y sanciones que la DIAN determinó oficialmente sobre el impuesto del año 2004, por lo cual, su gestión como contratista consistía en buscar la disminución del impuesto y de todos aquellos valores adicionales que Cedelca debía cancelar, como lo son los correspondientes a la sanción y a los intereses moratorios causados.

Subrayó que el contrato celebrado es válido, por lo que no son de recibo los argumentos defensivos de Cedecla referidos a la supuesta inconformidad con los servicios brindados, la iniciativa de acogerse al mecanismo dispuesto en la Ley 1607 de 2012, y a la existencia de problemas con un funcionario de la firma contratista. Indicó que el proceso no es una oportunidad para suponer limitaciones que las partes no incluyeron en el contrato.

En este sentido, alegó que cumplió a cabalidad y satisfacción las obligaciones contractuales, y que actuó para lograr la conciliación que finalmente se hizo a favor de la entidad; quien, por el

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

contrario no cumplió con el contrato, pese a que este es ley para las partes, sin que ninguna de las razones alegadas en la contestación a la demanda sean válidas para excusarla por su incumplimiento.

Por último, consideró que la iniciativa de acogerse al beneficio tributario de la Ley 1607 de 2012, es intrascendente para el reconocimiento de la prima de éxito, pues esta solo estaba sometida a la condición consistente en el hecho objetivo de la terminación del proceso judicial que contemplara un menor valor a favor de Cedelca. Y expresó que la ausencia de un certificado de disponibilidad presupuestal respecto del pago de la prima de éxito no debe ser soportada por el contratista.

Pidió que se acceda a las pretensiones elevadas. *Fls. 499 y siguientes.*

La **entidad demandada**, también alegó de conclusión en la oportunidad legal.

En sus alegatos recalcó que según el tenor literal de la cláusula sexta del contrato, el valor o monto para calcular la comisión de éxito recaía exclusivamente sobre la liquidación oficial de la DIAN y no sobre ninguna actualización posterior; así que, para la época en que se firmó el contrato, era claro para las partes que la liquidación oficial de la DIAN era la No. 170642008000007, en la que se calculó una sanción por inexactitud de 11.136´253.000 pesos, por lo que la prima de éxito ascendía al 6,5% de ese valor, más IVA, esto es, a 839´673.476,2 pesos, que fueron cancelados al contratista. Destacó que lo anterior es acorde a la naturaleza y al régimen contractual de la entidad, dentro del que no puede comprometer un valor indeterminado, sino que el certificado y su consecuente registro presupuestal deben garantizar o respaldar el pago de una obligación frente a un único valor. Lo que se corrobora con el hecho que no es posible pactar una comisión de éxito en un valor indeterminado, como lo explicaron en sus declaraciones las señoras Yamileth Tovar y Andrea Campo. De lo que concluyó que el pago de la comisión de éxito se ajustó a la literalidad de lo pactado en la cláusula sexta del contrato celebrado con la demandante.

A la vez, advirtió que la firma demandante actuó como asesora tributaria al momento de la declaración de renta del año 2004, que no fue calculada adecuadamente, lo que conllevó a que la DIAN prohiriera la liquidación oficial de revisión en la que impuso una sanción por inexactitud por valor de 11.136´253.000 pesos. Que por este antecedente, la firma demandante fue contratada para lograr dejar en firme la liquidación privada por el impuesto de renta del año 2004. De lo cual, junto con las pruebas allegadas, se desprende que dicha firma conocía de la poca probabilidad de éxito del proceso administrativo para el cual había sido contratada. Denunció también que la firma contratista varió el cálculo de los intereses, pese a que conocía de la congelación de dichos intereses en los términos de los artículos 634 y 634-1 del ET, que no fue tenida en cuenta en la conciliación ni en la sentencia que la aprobó, y sobre la cual, la firma contratista, no pidió su aclaración. De todo lo cual consideró que la firma demandante busca aprovecharse de su propia culpa o dolo.

Solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda. *Fls. 510 y siguientes.*

La **Procuraduría 39 Judicial II para Asuntos Administrativos**, conceptuó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

En su concepto, expuso los antecedentes procesales, y delimitó que el litigio a resolver consiste en analizar si hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, por el no pago de la prima de éxito pactada, y cuál debe ser la

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIA CONTRACTUALES
Primera Instancia

interpretación de la cláusula sexta del contrato en la que se pactó dicha prima. En desarrollo de lo anterior, expuso los hechos demostrados y las fuentes formales del Derecho a aplicar.

Ilustró que el régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como lo es Cedelca, está determinado en diferentes reglas, a saber: artículos 31 y 132 de la Ley 142 de 1994, el artículo 84 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Que bajo este marco normativo, el contrato celebrado entre las partes se rige por el estatuto de la entidad, las reglas del derecho privado y los principios constitucionales de la función pública. Agregó que si bien este tipo de contratos, se rigen por el derecho privado, deben realizarse estudios previos para determinar la cuantía de la prima de éxito, junto con estudios financieros para determinar su proyección en tiempo y cuantía.

Aseveró que la cláusula sexta del contrato, en la que se pactó la prima de éxito, debe respetar el principio de conmutatividad; y que para su interpretación debe acudir a las reglas para la interpretación de los contratos, contenidas en los artículos 1618 a 1620 del Código Civil, sobre lo cual la Corte Suprema de Justicia sostiene que el juez debe indagar por el fin perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico.

Por lo anterior, consideró que la voluntad de las partes era que el porcentaje del 6,5% de la prima de éxito se liquidaría sobre el valor que figuraba en la liquidación oficial No. 17064200800007 de 3 de abril de 2008. Lo que se corrobora porque la jefe jurídica de la entidad y la interventora declararon que el respaldo presupuestal de esta prima de éxito se proyectó según ese valor. Y que así lo entendió el contratista, quien conceptuó que la probabilidad de éxito del litigio era alta, lo que varió, únicamente, al final del contrato.

Manifestó que considerar que la prima de éxito debe calcularse a partir de la suma que Cedelca finalmente dejó de pagar, no corresponde a la voluntad de las partes. Lo que merece las siguientes anotaciones: que esa suma fue determinada por el Comité Especial de Conciliación de la DIAN, y consistía en la suma que debía pagar Cedelca si la liquidación oficial de revisión fuera un acto administrativo ejecutorio o hubiera sido dejada en firme. De lo que se sigue que de haberse fallado que la liquidación era legal, no había lugar al pago de la prima de éxito.

Por último, llamó la atención en que la firma demandante fue la asesora tributaria para la declaración de renta sobre la que se efectuó la liquidación oficial de revisión.

Conceptuó que se nieguen las pretensiones de la demanda. *Fls. 488 a 498*

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en primera instancia, de acuerdo al numeral 5, del artículo 155, y del numeral 4, del artículo 156 del CPACA, porque la cuantía del asunto asciende a más de 500 SMLMV al momento de la presentación de la demanda, y el lugar de ejecución del contrato fue el municipio de Popayán, Cauca.

2. Lo demostrado

Con las pruebas allegadas, se tiene lo siguiente:

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

El 6 de julio de 2009, CEDELCA SA ESP y ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SA, suscribieron el contrato de prestación de servicios No. 030 de 2009, cuyo objeto consistió en adelantar las acciones judiciales tendientes a la firmeza de la declaración privada del impuesto sobre la renta del año 2004, dentro de las cuales está la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la liquidación oficial de revisión No. 170642008000007 y de la Resolución No. 9094 de 28 de abril de 2009, proferidas por la DIAN.

En la cláusula sexta del contrato, se pactó lo siguiente:

*"El valor del presente contrato para efectos fiscales, se estima inicialmente en la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$5.800.000)MCTE incluido IVA, que CEDELCA SA ESP pagará al CONTRATISTA como honorarios básicos previa presentación de cuenta de cobro con el visto bueno del interventor del contrato. Además **el contratista tendrá derecho a una prima de éxito consistente en el 6,5% más IVA, de los menores valores a pagar por parte de CEDELCA respecto de la cuantía de la liquidación oficial que se discute con la DIAN, como consecuencia de la interposición de la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho contra la misma liquidación, cualquiera sea la figura jurídica en que se sustente la decisión judicial, esto es, sentencia, conciliación, transacción, condonación parcial o similares figuras jurídicas. Estos honorarios se causa y se pagan contra la providencia que finiquita la discusión con la DIAN, preia presentación de la Factura (sic) correspondiente". Fls. 19 a 21 y 181 a 183 C. ppal. Resaltado añadido.***

En la Liquidación Oficial de Revisión, se liquidó un mayor valor del impuesto de 8.832'729.000 y una sanción por inexactitud de 11.136'253.000 pesos, para un total de 20.354'557.000 pesos.

El 24 de septiembre de 2009, se presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la liquidación oficial de revisión anterior, que se tramitó bajo el proceso con radicado No. 2009 00279 00, en el Tribunal Administrativo del Cauca. *Fls. 226 y siguientes.*

El 19 y el 26 de mayo de 2011, la interventora del contrato, le solicitó un informe detallado a ZARAMA & ASOCIADOS sobre las actuaciones del proceso. *Fls. 186 y siguientes.*

El 28 de septiembre de 2012, la interventora le pidió a ZARAMA & ASOCIADOS, conceptuar sobre la probabilidad de éxito del proceso. El 1 de octubre de 2012, ZARAMA ASOCIADOS, conceptuó que era media baja, de un 45 a 55%. *Fls. 192.*

El 3 y el 12 de abril de 2013, la interventora del contrato solicitó a ZARAMA ASOCIADOS, que rindiera una información y un concepto, teniendo en cuenta que había sido proferida la Ley 1607 de 20 de diciembre de 2012, en el sentido de estimar procedente o no la figura de la conciliación tributaria respecto del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que estaba en curso. *Fls.197.*

El 4 de abril de 2013, ZARAMA & ASOCIADOS, afirmó que estaban dadas las condiciones legales para que CEDELCA SA ESP, se acogiera a la conciliación tributaria. Dejó a salvo que la decisión le correspondía a la entidad. *Fls. 200 a 201.*

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

El 6 de junio de 2013, la interventora del contrato le solicitó a ZARAMA & ASOCIADOS, que ilustrara sobre algunos aspectos para la aplicación de la conciliación al proceso contencioso administrativo que adelantaba la entidad, y que hicieran presencia en la junta directiva donde se discutiría la conveniencia o no de acogerse a dicha figura. *Fl. 22.*

El 12 de septiembre de 2013, los apoderados de CEDELCA SA ESP y de la DIAN, presentaron la fórmula de conciliación de 6 de septiembre de 2013, en el proceso No. 2009 00279 00, ante el Tribunal Administrativo del Cauca. *Fls. 405 y siguientes.*

El 25 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo del Cauca, aprobó la conciliación anterior, y declaró terminado el proceso No. 2009 00279 00. *Fls. 444 y siguientes.*

El 12 de noviembre de 2013, ZARAMA & ASOCIADOS, cobró los honorarios, incluida la prima de éxito, del contrato 033 de 2009, por valor de 2.084´.879.810 más IVA, lo que no fue aceptado por CEDELCA SA ESP. *fls. 203 a 205.*

El 9 de diciembre de 2013, cobró la suma de 1.447´284.893 pesos, lo que fue rechazado por CEDELCA SA ESP. *Fls. 207 a 208.*

El 19 de diciembre de 2013, cobró la suma de 742´676.712 pesos, lo que fue rechazado por CEDELCA SA ESP.

El 31 de diciembre de 2013, CEDELCA SA ESP, canceló la suma de 839´673.476 pesos, por concepto de prima de éxito, según se acepta por la demandante en el hecho 19 de la demanda, a folio 2, y según se comprueba con la liquidación y los soportes pertinentes, a folios 208 y siguientes del cuaderno principal.

3. De la prima o comisión de éxito como la pactada en el caso concreto

Este proceso parte del supuesto, debidamente comprobado, que la DIAN practicó una Liquidación Oficial de Revisión respecto del impuesto de renta del año gravable 2004 del contribuyente CEDELCA SA ESP, quien, a fin de controvertirla, contrató los servicios profesionales de ZARAMA Y ASOCIADOS CONSULTORES SAS, con quien celebró el contrato de prestación de servicios profesionales No. 030 de 2009.

En virtud de este contrato, ZARAMA Y ASOCIADOS CONSULTORES SAS, se obligó a adelantar las acciones jurídicas necesarias para i) procurar la firmeza de la declaración privada del impuesto de renta del año 2004 de CEDELCA SA ESP, y con ello ii) reducir el impuesto y la sanción determinada oficialmente sobre dicho año gravable; en desarrollo de esta obligación, debía adelantar el medio de control correspondiente contra la liquidación oficial de revisión. En contraprestación de lo anterior, la entidad, CEDELCA SA ESP, se obligó a retribuir los servicios pagando lo siguiente: i) una suma fija de dinero y ii) una prima o comisión de éxito, en los términos en que fue trascrita la cláusula sexta del contrato.

Al respecto, es pertinente explicar, con sustento en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que en relación con los contratos de prestación de servicios atinentes al apoderamiento judicial, no hay norma que señale criterios específicos para el cobro de honorarios por parte de los profesionales del Derecho, por lo que se fijan según el acuerdo de voluntades de las partes, atendiendo ciertos límites, a fin que no resulten desproporcionados.

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

Usualmente, se pactan en una cuota fija, en un porcentaje, a través de la modalidad de cuota Litis, o combinando una suma fija más una prima o comisión de éxito.

Esta se define como una suma adicional que se paga cuando se obtiene un resultado favorable, que consiste, normalmente, en un porcentaje i) del precio del contrato o ii) del beneficio obtenido, por la actividad del profesional contratado. *Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 7 de septiembre de 2015, radicado 36878.*

De lo anterior se deduce la prima o comisión de éxito, por regla general, tiene la estructura o corresponde a una obligación condicional, esto es que, según el artículo 1530 del CC, consiste en una obligación que depende de un hecho futuro e incierto, que puede acontecer a o no, por lo que la obligación permanece en suspenso hasta que ello ocurra. Así, este tipo de obligación condicional, ostenta tres requisitos: i) el hecho debe ser futuro, ii) el hecho debe ser objetivamente incierto y iii) la condición debe incorporarse expresamente; y se clasifican en positivas, negativas, potestativas, causales, mixtas, suspensivas, resolutivas.

Tratándose de su incorporación en un contrato estatal, la Sección Tercera, Sub Sección C, en pronunciamiento de 6 de mayo de 2015, radicado 35268, dispuso que la prima o comisión de éxito debe pactarse con base en referentes objetivos, y no sujetarse a supuestos solo convencionales, en atención al principio de conmutatividad, de lo que desprendió ocho reglas a aplicar, encaminadas, en síntesis, a que se pueda establecer su cuantía, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable, a que exista respaldo presupuestal, a que se pueda establecer el éxito al que está ligada y a que solo procede si se logra o verifica un provecho para el patrimonio público. Las reglas expuestas en la sentencia son las siguientes:

*4.3 De acuerdo con los anteriores argumentos, la Sala considera que la estipulación de la comisión de éxito por virtud del principio de conmutatividad exige que se pacte por el Estado y los contratistas con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin sujetarse solamente a supuestos convencionales, bajo las siguientes reglas **fundadas en el principio de conmutatividad**: (1) por virtud del principio de planeación¹ para la fijación de una comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios que suscriba una entidad pública se debe **establecer en los estudios previos la metodología y la escala de límites razonables para determinar la cuantía de la misma con el objeto de responder al principio de conmutatividad**; (2) así mismo, se debe contar con los estudios financieros, económicos y presupuestales, que permitan sustentar y determinar su proyección*

¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", *ob., cit., p.26*. La sujeción al principio de planeación implica que los elementos del concepto del contrato estatal "no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; esto es, si el negocio no se ajusta al desarrollo y la aplicación adecuados y cabales del denominado principio de planeación o de planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado; en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación o de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal.

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

en tiempo y cuantía, lo que debe quedar incorporado en los pliegos de condiciones y en el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable², que pueda afectar el interés público o general³, y vulnerar el principio de conmutatividad; (3) para el reconocimiento y la cuantificación de toda comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios debe contarse con los estudios económicos, financieros y de mercado que permitan establecer el valor que pueda representar el resultado o éxito efectivamente logrado con el objeto contratado; (4) el valor de la comisión de éxito comprende tanto el IVA, como los demás impuestos a que haya lugar a cargo del contratista; (5) en los contratos de prestación de servicios sólo se reconocerá la comisión de éxito siempre que efectivamente se logre beneficio [s] o éxito objetivamente identificado en los estudios previos, para el patrimonio público o el interés general; (6) en ningún caso podrá percibirse comisión de éxito por la simple ejecución del contrato cuando no se ha logrado o verificado efectivamente el beneficio o provecho para el patrimonio público; (7) no se puede pagar comisión de éxito por fuera de lo estipulado contractualmente; y, (8) presupuestalmente debe estar respaldado el pago de la comisión de éxito para su pago, de acuerdo con las normas y reglamentos, y en cumplimiento de la estricta legalidad de las disposiciones presupuestales aplicables por cada entidad pública.

4. El caso concreto

En el caso en estudio, la Sala observa que la estructura de la prima o comisión de éxito pactada entre las partes, fue la siguiente: la obligación de Cedelca de pagar una suma de dinero, por concepto de honorarios, a favor del contratista Zarama & Asociados, sometida a la condición de la terminación, de cualquier forma, del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la liquidación oficial de revisión No. 170642008000007, por el impuesto de renta del año gravable 2004.

Siendo esta la condición pactada, en este proceso no son de recibo los argumentos relacionados con quién tuvo la iniciativa de acogerse a la conciliación permitida por la Ley 1607 de 2012, ni

² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", ob., cit., p.29. "El legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública una relativa libertad de estimación para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos. Estas decisiones, para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, necesariamente deben ser motivadas, y se deben expresar las razones que sirven de fundamento a las decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión acogida". Puede verse también: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la administración; Civitas, Madrid, 1994, pp.82 a 89.

³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "El carácter conmutativo y pro regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico", ob., cit., p.23. "El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado, incluso se puede considerar el motor sustancial de la totalidad de principios públicos del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal".

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIA CONTRACTUALES
Primera Instancia

la inconformidad manifestada por la entidad contratante sobre los servicios prestados por la firma contratista, como tampoco los atinentes sobre los inconvenientes con uno de los funcionarios de la empresa contratista; aspectos todos estos que escapan al objeto de estudio de este proceso, porque se limita a la pretensión del contratista del pago de sus honorarios, y no se extiende al presunto incumplimiento de sus obligaciones, como lo alega la entidad contratante, lo que debiera discutirse en otro proceso judicial.

Ahora bien, la prima de éxito, que como se vio es una obligación condicional, según la jurisprudencia contenciosa administrativa citada, debe atender referentes objetivos, concernientes, principalmente, a que haya un respaldo presupuestal y un provecho para el patrimonio público.

De lo que se sigue que es impróspero el argumento de la parte actora, que en relación con la prima de éxito no debe advertirse la existencia de un respaldo presupuestal, porque, contrario a su entendimiento, es claro que tratándose de una obligación incluida en un contrato en el que participa una entidad estatal, debe satisfacerse el respaldo presupuestal, que es uno de los elementos estructurales de los principio de planeación y de economía, según el estatuto contractual. Aunado esto, al argumento de la entidad demandada y al criterio del Ministerio Público, quien resaltó que la asesora jurídica y la interventora del contrato advirtieron que la prima de éxito pactada tenía un respaldo presupuestal a partir del valor calculado en la liquidación oficial de revisión, y no a partir de actualizaciones posteriores.

Los referentes objetivos a los que debe ligarse la prima de éxito, en el caso concreto se manifiestan en que se calcularía en un porcentaje del beneficio obtenido, esto es, i) el porcentaje igual al 6,5% más IVA, y ii) el beneficio alcanzado que, según el objeto y la cláusula sexta del contrato suscrito entre las partes, es el menor valor a pagar por parte de Cedelca respecto de la liquidación oficial de revisión del impuesto de renta del año gravable 2004.

Lo que para la Sala significa que si la liquidación oficial de revisión determina un monto a pagar por el contribuyente, y en virtud del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de esa liquidación, en el que la contribuyente es representada por el contratista, resulta un monto menor a pagar, la diferencia entre esos montos es la base para el cálculo de la prima de éxito pactada.

En este caso, la Liquidación Oficial de Revisión, tal como lo subrayaron la entidad y el Ministerio Público, es la No. 170642008000007 de abril de 2008 emitida por la Dian en contra del contribuyente CEDELCA SA ESP, que es en la que se establecieron los valores por conceptos de impuesto y de sanción que el contribuyente debía pagar, y por la cual contrató los servicios de Zarama y Asociados Consultores, con el propósito de ejercer su control judicial y reducir el valor del impuesto y de la sanción allí determinados, que es el beneficio a partir del cual se fijó la comisión o prima de éxito.

Por lo tanto, no es de recibo el argumento de la parte actora, que el valor base de la prima de éxito es el valor calculado en la conciliación, en el que se incluye el monto del impuesto, de la sanción y de los intereses moratorios, porque i) ese no es un valor existente al momento del contrato pactado entre las partes, sino que corresponde a una actualización posterior, ii) ese valor no tiene respaldo presupuestal, y iii) porque la cláusula sexta del contrato se refiere al menor valor a pagar en relación con el calculado en la liquidación oficial de revisión, y no en relación con el valor que se calcule en la providencia con la que terminaría el proceso, en otras palabras, no se refiere al valor que se calculó en la conciliación, que fue como finalmente culminó el proceso judicial.

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

De aquí que tampoco hay lugar a considerar los planteamientos de la partes relacionados con los intereses moratorios que se hicieron constar en el acta del Comité de Conciliación de la Dian y en la sentencia del Tribunal Administrativo, y si dicho aspecto debía ser objeto de reclamo por Zarama & Asociados Consultores.

En este orden de ideas, quedó acreditado que respecto del Contribuyente Cedelca, en la declaración privada del impuesto de renta del año 2004, se calculó un valor del impuesto a pagar de 1.872´571.000 pesos, sin sanciones a pagar; y en la liquidación oficial de revisión, se calculó un valor del impuesto a pagar de 8.832´729.000 pesos⁴, más una sanción a pagar por valor de 11.136´253.000 pesos. En contra de esta liquidación oficial de revisión, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho terminó con la conciliación debidamente aprobada, lo que se concretó en que Cedelca canceló la diferencia por el valor del impuesto a pagar, y no cancelara la sanción de 11.136´253.000 pesos. *Ver la liquidación oficial a folio 273 y el pago efectuado en razón de la conciliación a folios 436 y siguientes.*

De lo que se desprende que el menor valor a pagar por parte de Cedelca, respecto de la liquidación oficial de revisión, fue el calculado por la sanción allí impuesta; no por concepto del impuesto de renta, porque de este pagó la diferencia entre el valor en que lo calculó en su liquidación privada y el valor en que se calculó en la liquidación oficial de revisión, es decir, que por concepto del impuesto no hubo un menor valor a pagar.

Así las cosas, y coincidiendo con el concepto del Ministerio Público, la prima de éxito ascendió a la suma del 6,5% más IVA, del valor de la sanción, de 11.136´253.000 pesos, que sí fue un menor valor a pagar, tal como la entidad demandada probó que lo pagó a la firma contratista, quien así lo relató en la demanda de la referencia.

Cabe decir que con lo anterior no se niega la retribución al contratista, porque este recibió una suma de dinero por sus servicios. Y, finalmente, es bueno referir que de las pruebas allegadas no se evidencia un aprovechamiento del contratista de su propia culpa, como lo denunciaron la entidad demandada y el Ministerio Público, por lo que la Sala no se pronunciará al respecto.

Con lo expuesto, se desestiman los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte actora.

5. Conclusión

Se negarán las pretensiones de la demanda.

6. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que:

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.

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

⁴ La diferencia es igual a 6.960´158.000 pesos.

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

(...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En virtud de lo anterior, para la condena en costas se deberán atender los elementos objetivos, sin tener en consideración análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

En aplicación del numeral 1 del artículo 365 del CGP, las costas estarán a cargo de la parte demandante, quien resulta vencida en este proceso. Las agencias en derecho ascenderán a la suma de cero coma cinco (0,5) por ciento del valor de las pretensiones negadas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

F A L L A

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia a la parte demandante. Se liquidarán por Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión de la fecha tal como consta en el acta.

Los Magistrados

CARLOS H. JARAMILLO DELGADO

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Expediente: 19001 23 33 004 2016 00146 00
Actor: ZARAMA & ASOCIADOS CONSULTORES SAS
Demandado: CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA – CEDELCA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Primera Instancia

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ