

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000-23-27-000-2013-00022-01 (21813)
Demandante: ECOPETROL S.A.
Demandado: U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN
Temas : Retención en la fuente- Contratos de obra.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del 11 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sub Sección A, que anuló los actos demandados proferidos por la DIAN, declaró la firmeza de las declaraciones de retención presentadas por la demandante, y negó la condena en costas.¹

ANTECEDENTES

Dentro de un proceso de fiscalización tributaria, la DIAN solicitó a la sociedad demandante copia de los contratos 4018151, cuyo objeto es *"servicio de movimiento de carga y/o izaje de equipos para el mantenimiento de las paradas de planta y rutinario de la Gerencia Refinería de Barrancabermeja de Ecopetrol S.A. ubicada en Barrancabermeja"*, y del contrato 4019065, que tiene por objeto *"Obras de mantenimiento al equipo estático durante la parada de las plantas cracking UOP II y aguas agrias de la Gerencia Complejo Barrancabermeja de Ecopetrol S.A. ubicada en Barrancabermeja, Santander, Colombia"*². La sociedad demandante remitió a la DIAN copia de los contratos mencionados, así como copia de las actas de inicio, de acuerdo, de pago parcial y liquidación final, así como el detalle de las retenciones de renta, IVA y timbre que fueron declaradas y pagadas³.

¹ Folio 379 c.p.

² Folios 22 c.a. 1.

³ Folios 23 y ss. c.a. 1.

Posteriormente, la DIAN profirió requerimientos especiales de retención en la fuente, por medio de los cuales propuso modificar las declaraciones en la fuente de los periodos 7, 8, 10 y 11 del año 2008, en el sentido de ajustar las retenciones por concepto de impuesto sobre la renta y timbre practicadas sobre los pagos efectuados con ocasión de los contratos 4018151 y 4019065, y determinó una sanción por inexactitud⁴.

La sociedad demandante respondió a los requerimientos especiales mencionados, exponiendo los argumentos por los cuales consideró que el tratamiento de las retenciones en la fuente practicadas corresponde a los contratos de transporte de carga y de obra, por lo que no eran procedentes las modificaciones propuestas por la DIAN⁵.

Mediante las **Liquidaciones Oficiales de Revisión 312412011000043 y 312412011000044 del 5 de septiembre de 2011, 312412011000042 del 22 de julio de 2011 y 312412011000041 del 4 de agosto de 2011**, la DIAN aceptó los argumentos de Ecopetrol respecto al contrato 409065, en cuanto a que los servicios de movimiento de carga e izaje de equipos debe calificarse tributariamente como un contrato de transporte terrestre de carga. En cambio, no aceptó el manejo de la retención en la fuente del contrato 4018151, por considerar que no corresponde a un contrato de obra sino de mantenimiento, por lo que la tarifa de retención en la fuente por concepto de impuesto de renta que debió aplicarse es del 4%, y no del 1% aplicable a los contratos de obra, como hizo Ecopetrol.

Estas decisiones fueron confirmadas por las **Resoluciones 900.206 y 900.207 del 27 de septiembre de 2012, 900.157 el 14 de agosto de 2012 y 900.150 del 6 de agosto de 2012**⁶, que decidieron los recursos de reconsideración interpuestos por la demandante.

DEMANDA

1. Pretensiones

La sociedad ECOPETROL S.A., en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, formuló las siguientes pretensiones:⁷

“a. Respetuosamente solicitamos al honorable Juez que, como consecuencia de la ilegalidad de los actos acusados, se declare la nulidad total de las liquidaciones oficiales de revisión y resoluciones que resuelven los recursos de reconsideración contra ellas presentadas, actos administrativos que para efectos prácticos se encuentran individualizados en el cuadro siguiente:

⁴ Folios 134 y ss. c.a. 1.

⁵ Folio 153 c.a.1.

⁶ Folios 280 y ss. c.a. 1.

⁷ Folios 12 y 13 c. p.

Concepto	Año	Periodo	Liquidación Oficial de Revisión	Resolución que Resuelve Recurso de Reconsideración
Retenciones en la fuente	2008	7	31241201100004 3 del 5 de septiembre de 2011	900.206 del 27 de septiembre de 2012
Retenciones en la fuente	2008	8	31241201100004 4 del 5 de septiembre de 2011	900.207 del 27 de septiembre de 2012
Retenciones en la fuente	2008	10	31241201100004 2 del 22 de julio de 2011	900.157 del 14 de agosto de 2012
Retenciones en la fuente	2008	11	31241201100004 1 del 4 de agosto de 2011	900.150 del 6 de agosto de 2012

En caso de que se acepten parcialmente los argumentos de ECOPETROL expuestos durante este proceso solicitamos la nulidad parcial de los actos mencionados, en función de los argumentos aceptados.

Para efectos de la solicitud de nulidad de las liquidaciones oficiales y resoluciones que resolvieron los recursos de reconsideración presentados, con el ánimo de privilegiar el principio de economía procesal, solicito a su Despacho la acumulación de pretensiones, la cual procede en este caso, con fundamento en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que el Honorable Juez ante quien se interpone la presente demanda es competente para conocer de todas las pretensiones, no se excluyen entre sí, y todas pueden tramitarse por el mismo procedimiento.

b. Como restablecimiento del derecho, solicitamos se declare la firmeza de las declaraciones de retención en la fuente presentadas por ECOPETROL e identificadas en el literal anterior, se declare [sic] a ECOPETROL a paz y salvo ante la DIAN respecto de las sumas objeto de discusión. En caso que [sic] acepten parcialmente los argumentos de ECOPETROL, solicitamos se declare la procedencia parcial de las partidas que fueron cuestionadas por la DIAN, derivada de los argumentos aceptados.”

2. Normas violadas y concepto de violación

La demandante invocó como normas violadas los artículos 95 numeral 9 de la Constitución Política; el artículo 264 de la Ley 223 de 1995; los artículos 656 y 658 del Código Civil; y el inciso 2 del artículo 5 del Decreto 1512 de 1985.

El concepto de la violación se sintetiza así:

2.1 Naturaleza del contrato suscrito por ECOPETROL

Para el demandante, los actos demandados pretenden imponer cargas tributarias injustificadas en cabeza de la sociedad, en la medida en que

califican indebidamente la naturaleza del contrato 4019065 suscrito con la sociedad Todo Montajes Ltda. como un contrato de servicio de mantenimiento, sujeto a una tarifa de retención del 4%, cuando por su objeto constituye un contrato de obra, sujeto por tanto a una retención en la fuente del 1%.

Según la demandante, el contrato mencionado corresponde a un contrato de obra de los que trata el numeral 1.4 del capítulo IV del concepto Unificado de IVA 001 de 2003, expedido por la misma DIAN, según el cual hacen parte de los contratos de obra las obras inherentes a la misma, tales como la mampostería, cañerías, tuberías, e instalaciones eléctricas que se incorporan a la misma. Por ello, un contrato que tiene por objeto el mantenimiento de un bien inmueble debe calificarse como contrato de obra, pues todas las obras ejecutadas en virtud de ese contrato se incorporan al inmueble, y son necesarias para su funcionamiento.

La misma conclusión puede extraerse de lo dicho por la DIAN en los conceptos 082299 del 30 de diciembre de 2003, y 37184 del 20 de abril de 1999. En estos pronunciamientos, la propia DIAN caracterizó a los contratos de obra como aquellos en los que el contratista se compromete a realizar labores que se incorporan al inmueble ya construido, mientras que en el contrato de servicios técnicos, el contratista se compromete a realizar una obra que requiere conocimientos técnicos especializados. Incluso, los contratos suscritos por Ecopetrol en este caso concreto suponen verdaderas actividades de construcción, como prefabricación y montaje de piezas que resultan ser adiciones a la maquinaria instalada.

Según el artículo 264 de la Ley 223 de 1995, las actuaciones de los particulares amparada en la doctrina tributaria de la DIAN no puede ser objetada por la Administración, por lo que esta disposición resulta violada, al tratar de reclasificar como una prestación de servicios de mantenimiento el contrato que según la misma doctrina de la DIAN se enmarca como un contrato de obra.

2.2. Calidad de bienes inmuebles de las plantas objeto del contrato

Señala el demandante además, que las plantas de procesamiento sobre las cuales recaen las obras objeto del contrato cuestionado son bienes inmuebles por destinación, pues reúnen las características de este tipo de bienes fijados por el Código Civil. Las plantas están destinadas a estar inmovilizadas en el terreno en el que se encuentran y se encuentran adheridas al suelo con pernos, y por su tamaño debe concluirse que constituyen una unidad económica con el suelo en el que se adhieren, por lo que deben ser consideradas inmuebles por destinación, como lo ha reiterado la jurisprudencia y la doctrina. La demandante anexa a la demanda fotografías de las plantas en las que se desarrollaron los trabajos contrarios en el contrato cuestionado.

Por tanto, las actividades de mantenimiento que se desarrollan sobre los equipos estáticos de la refinería de Barrancabermeja deben considerarse como trabajos materiales que recaen directamente sobre bienes inmuebles, por lo cual constituyen contratos de obra y no de servicios, como lo sostiene la DIAN.

Como consecuencia de la conclusión anterior, la tarifa de retención por impuesto de renta aplicable a los pagos por el contrato 4018151 era del 1%, y no del 4% como lo dice la Administración, pues la tarifa aplicable a los contratos de construcción es del 1%, según lo dispuesto en el Decreto 1512 de 1985.

Por último, la empresa demandante se opone a la imposición de una sanción por inexactitud, por considerar que en este caso hay una evidente diferencia de criterio con la administración tributaria, en cuanto a la calificación jurídica del contrato que dio lugar a las retenciones cuestionadas: mientras que la DIAN sostiene que es un contrato de servicios, al cual le corresponde la tarifa del 4% según el Decreto 3110 de 2004, la demandante considera que es un contrato de obra, al cual le corresponde la tarifa del 1%, según el Decreto 1512 de 1985.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN **se opuso a las pretensiones de la demanda** en los siguientes términos:⁸

El artículo 8 del Decreto 2509 de 1985 fija una tarifa especial de retención en la fuente del 1% aplicable exclusivamente a los contratos de construcción o confección de obra material en bien inmueble, por lo que se refiere a una de las actividades contempladas en la ley de contratación estatal, pero no abarca a todos los contratos de obra en general.

Según los conceptos emitidos por la DIAN, incluyendo el concepto Unificado de IVA 001 de 2003, y teniendo en cuenta el objeto del contrato 4018151, se concluye que tal contrato corresponde a un contrato de servicios, con una tarifa de retención del 4%, y no a un contrato de obra. Los conceptos de la DIAN señalan que no constituyen contratos de construcción las obras o bienes que pueden removerse o retirarse fácilmente sin detrimento del inmueble, lo que no ocurre en este caso. Los contratos de mantenimiento no pueden reputarse como contratos de obra, porque los bienes sobre los cuales se realizan los trabajos (las plantas de Ecopetrol) no pueden tomarse como bienes inmuebles por adhesión o por destinación, pues pueden retirarse del suelo sin detrimento, por lo que

⁸ Folios 203 a 219 c. p.

conservan su naturaleza de bienes muebles. Las plantas están adheridas al suelo con pernos, los cuales puede retirarse sin detrimento del suelo.

Los conceptos de la DIAN en lo que se basa la posición de la Administración aplican las reglas de interpretación del Código Civil, ni vulneran lo dispuesto en el artículo 264 de la Ley 223 de 1995. Procede entonces la sanción por inexactitud, pues la demandante no aplicó la tarifa de retención claramente aplicable al contrato en mención, que es del 4%, y no del 1% como efectivamente se hizo. La demandante no aplicó la retención que procede, por lo que no hay diferencia de criterios que excluya la imposición de la sanción por inexactitud.

SENTENCIA APELADA

El **Tribunal accedió a las pretensiones** de la demanda, y anuló los actos demandados y declaró la firmeza de las declaraciones privadas de retención, a título de restablecimiento del derecho. Las razones de la decisión se resumen así:⁹

El contrato 4018151 tiene como objeto la realización de unas obras de mantenimiento de unas plantas de producción de la sociedad demandante. Según la doctrina de la misma DIAN, contenida entre otros en el Concepto Unificado de IVA 001 de 2003, la construcción incluye no solo la confección de una construcción, sino que también incluye las obras inherentes a la construcción que se incorporan a esta. Según esta doctrina, pueden calificarse como contratos de construcción los contratos que impliquen obras inherentes a la construcción, que no puedan retirarse fácilmente del inmueble.

En este caso, se entiende que el contrato puede calificarse como de obra, pues las planta en las que se realizan se califican como bienes inmuebles. Igualmente, las obras materiales que fueron pactadas comprenden actividades predicables de la construcción. Por tanto se entiende que el contrato debió sujetarse a la tarifa de retención en la fuente propia de los contratos de obra, como en efecto lo hizo el contribuyente, por lo que procede la nulidad de los actos demandados.

Bajo estas consideraciones, el Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda. Igualmente, negó la condena en costas por considerar que este proceso se discute un asunto de interés público.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada** apeló con fundamento en los siguientes argumentos:¹⁰

⁹ Folios 355 a 379 c. p.

¹⁰ Folios 281 a 290 c. p.

Para determinar la naturaleza del contrato 4018151, la Administración tributaria analizó copias de las facturas, actas de inicio, de cumplimiento y liquidación del contrato, entre otros, de los cuales concluyó que no se trataba de un contrato de obra, sino de mantenimiento, pues requería la prestación de un servicio especializado sobre una construcción ya existente. Por ser un contrato de mantenimiento, le correspondía la tarifa de retención del 4%, y no la especial de construcción de bien inmueble (del 1%).

La norma tributaria que establece la tarifa de retención para los contratos de construcción no incluye todos los contratos de obra en general, sino solo a los contratos de construcción, urbanización o confección de obra material en bien inmueble. Este contrato no es un contrato de construcción, sino de mantenimiento del sistema electrónico y otras partes de la planta, pues su objeto atiende a la preservación de la ya obra ya construida. Además, el contrato comprendía el suministro de la materia prima a cargo del artífice, lo que tanto el Código Civil (art. 2053) como el Estatuto Tributario (art. 421) consideran venta, y no contrato de confección de obra material.

El mismo Concepto Unificado contempla en el caso de los contratos de suministro, el hecho de que cuando en una misma operación se presentan dos elementos (compra y servicio), el contrato se califica según el elemento preponderante, como en el caso de la reparación del motor de un vehículo, si quien lo repara compra los materiales, la factura no debe fraccionarse, sino elaborarse por un solo concepto, que es el servicio técnico de la reparación.

La noción de contrato de obra establecida en el artículo 3 del Decreto 1372 de 1992 solo se aplica a los contratos de construcción o confección de obra material, por lo que no puede hacerse extensiva a otros contratos que se califican como servicios según la ley tributaria.

Entonces, no es procedente calificar el contrato señalado como contrato de obra, pues su objeto no se refiere a la construcción de una obra, reconstrucción o reforma, sino al mantenimiento que se traduce en la prestación de un servicio técnico, al cual le corresponde aplicar la tarifa de retención de los servicios técnicos del 4%, y no la tarifa especial de los contratos de confección de obra material en bien inmueble. Como Ecopetrol practicó la retención por un valor menor al que correspondía según la clase de contrato celebrado, los actos demandados que así lo disponen son legales, y además, es plenamente procedente la sanción por inexactitud establecida en los mismos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reiteró en términos generales lo dicho en la demanda.¹¹

La **demandada** insistió, en términos generales, los argumentos de la contestación de la demanda y del recurso de apelación.¹²

El **Ministerio Público** guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

La Consejera de Estado doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, en providencia del 4 de mayo de 2018, manifestó que estaba impedida para conocer de este asunto con base en el artículo 141 [2] del Código General del Proceso, porque conoció del proceso en instancia anterior.

En esta instancia la Sala estudiará la manifestación de impedimento previa resolución del asunto de fondo.

Con el propósito de asegurar la imparcialidad e independencia en la administración de justicia, la ley ha establecido ciertas circunstancias de orden subjetivo y objetivo que impiden a los funcionarios judiciales conocer de determinados asuntos.

Al respecto, ha sostenido esta Corporación que: “[...] como quiera que la función jurisdiccional desempeñada por los jueces, supone una gran responsabilidad en materia del ejercicio del poder público, entonces, la ley consagra una serie de causales que permiten al propio operador judicial o a las partes de un proceso, solicitar la separación del conocimiento del mismo por razones que pueden llegar a afectar la imparcialidad que lo determina”¹³.

Se advierte que las causales de impedimento o recusación son taxativas y, por consiguiente, su aplicación e interpretación debe efectuarse de manera restrictiva, con respeto a los postulados de independencia y autonomía del funcionario judicial.

En el presente asunto, la causal de impedimento invocada, es la consagrada en el numeral 2º del artículo 141 del Código General del proceso, que establece:

¹¹ Folios 319 a 324 c. p.

¹² Folios 359 a 366 c. p.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-00029-01

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...).

Esta causal tiene como finalidad garantizar la imparcialidad del funcionario judicial, comoquiera que permite al servidor público desprenderse del conocimiento de un asunto determinado, en el cual ha conocido en instancia anterior. De esta manera se respetan las condiciones necesarias para evitar cualquier tipo de mediación de los ánimos subjetivos y personales del operador judicial.

La Sala considera que en este caso se encuentra acreditada la configuración de la causal invocada por la doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, toda vez que como magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoció del proceso en primera instancia, al haber suscrito la sentencia de primera instancia, tal como se observa en los folios 355 a 379 del expediente.

Así las cosas, la Sala encuentra fundada la solicitud de impedimento, motivo por el cual, la acepta y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente proceso.

Problema jurídico

La Sala decide sobre la legalidad de las Liquidaciones Oficiales de Revisión 312412011000043 y 312412011000044 del 5 de septiembre de 2011, 312412011000042 del 22 de julio de 2011 y 312412011000041 del 4 de agosto de 2011, y las Resoluciones 900.206 y 900.207 del 27 de septiembre de 2012, 900.157 el 14 de agosto de 2012 y 900.150 del 6 de agosto de 2012, por las cuales la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN propuso modificar las declaraciones en la fuente de los periodos 7, 8, 10 y 11 del año 2008, presentadas por la sociedad demandante, en el sentido de ajustar las retenciones por concepto de impuesto sobre la renta practicadas sobre los pagos efectuados con ocasión del contrato 4018151, y determinó una sanción por inexactitud.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala determinará si la tarifa de retención en la fuente aplicable al contrato 4018151 es la correspondiente a los contratos de obra (1% vigente entonces), como sostiene la sociedad demandante, o si es la tarifa de los contratos de prestación de servicios (4%), como se consigna en los actos demandados. Aclarada la calificación jurídica del contrato señalado, será posible determinar la tarifa de retención en la fuente, y con ello, la procedencia o no de la sanción por inexactitud impuesta en los actos demandados.

Encuentra la Sala que el contrato 4018151 suscrito entre Ecopetrol S.A. y la sociedad Todo Montajes Ltda. el 3 de junio de 2008, consigna como objeto del mismo *"Obras de mantenimiento técnico al equipo estático durante la parada de las plantas cracking UOP II y aguas agrias- año 2008, de la Gerencia Complejo Barrancabermeja de Ecopetrol S.A., ubicada en Barrancabermeja, Santander, Colombia"*¹⁴.

El contrato contempla dentro de las obligaciones a cargo del contratista, la realización de trabajos tales como retiro, limpieza e instalación de partes de la maquinaria, prefabricación e instalación de piezas de acero inoxidable, reexpansión de tubería, y fabricación de piezas para su instalación¹⁵.

Para la sociedad demandante, el contrato mencionado debe considerarse como un contrato de construcción u obra material, por lo que los pagos efectuados a favor del contratista debe someterse a una retención del 1%, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 del Decreto 1512 de 1985¹⁶. En contraste, la Administración considera que el contrato debe calificarse como una prestación de servicio de mantenimiento, por lo cual la tarifa correspondiente es del 4% fijada en el artículo 1 del Decreto 3110 de 2004.

Esta Sala ya se había pronunciado en un proceso anterior sobre la calificación tributaria del contrato 4018151 suscrito entre Ecopetrol S.A. y la sociedad Todo Montajes Ltda. del que ahora se ocupa¹⁷. Dijo el Consejo de Estado en esa oportunidad:

"3.5. Para la Sala, el anterior acervo probatorio que sustenta los actos demandados, no se trata de indicios sino de pruebas directas de carácter documental, que demuestran que el servicio prestado por Todo Montajes Limitada corresponde al de mantenimiento, y no de construcción de bien inmueble.

3.5.1. El servicio prestado por el contribuyente en desarrollo de los contratos Nos. 4018151 y 4018849 corresponde al de mantenimiento técnico de maquinarias.

El objeto de los citados contratos se circunscribió a la realización de "obras de mantenimiento" de ciertos equipos. Lo que se ratifica en la lista de precios de las obras objeto de los contratos, que relaciona actividades tendientes al funcionamiento adecuado de las maquinarias, tales como el mantenimiento, suministro, instalación, reparación, retiro y cambio de equipos, la fabricación de piezas, limpieza, y otras similares.

¹⁴ Folio 24, c.a. 1

¹⁵ Folios 33, 70 y 75 c. a. 1.

¹⁶ "Cuando el pago o bono en cuenta corresponda a [...] contratos de construcción [...], la retención prevista en este artículo será del uno por ciento (1%)".

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 29 de noviembre de 2017, exp. 20982, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

No puede considerarse que las actividades de fabricación, suministro e instalación de piezas y equipos hicieran parte de una construcción de un inmueble, porque esas acciones están referidas a la maquinaria objeto de mantenimiento. (...)

De hecho, ninguna de las actividades relacionadas en los contratos de mantenimiento ni en la lista de precios, concierne a la construcción de un bien inmueble, sino únicamente a la conservación de una maquinaria.

Por tanto, le asiste la razón a la Administración en determinar con fundamento en las anteriores pruebas, que la actividad desarrollada por el contribuyente corresponde a un servicio de mantenimiento, y no de construcción de bien inmueble”.

Para la Sala es claro entonces, que el contrato número 4018151 suscrito entre Ecopetrol S.A. y la sociedad Todo Montajes Ltda. es un contrato de mantenimiento, pues su objeto se refiere a la conservación de una maquinaria, y no a la construcción de un bien inmueble.

Por lo tanto, conforme a la calificación jurídica del contrato efectuada anteriormente, se concluye que los pagos derivados del contrato número 4018151 suscrito entre Ecopetrol S.A. y la sociedad Todo Montajes Ltda. se encuentran sujetos a retención en la fuente a una tarifa del 4%, tal como lo determinó la Administración tributaria en los actos demandados. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

En relación con la condena en costas, la Sala hará las siguientes precisiones:

De acuerdo con los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 361 del Código General del Proceso, las sentencias que deciden los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben resolver sobre la condena en costas, que están integradas por las expensas y gastos en que incurrió la parte durante el proceso y por las agencias en derecho. Esta regla que no se aplica a los procesos en los que se ventile un interés público.

Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

“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. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)

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

(Destaca la Sala)

Respecto a la condena en costas de que trata el Código General del Proceso, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente¹⁸:

"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365¹⁹. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366²⁰, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley.** De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra".

(Destaca la Sala)

En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), por cuanto se confirma la sentencia de primera instancia. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala²¹, estas circunstancias deben analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que **"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"**.

¹⁸ Cfr. la sentencia C-157/13, M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁹ Se transcribe el artículo 365 del CGP.

²⁰ Se transcribe el artículo 366 del CGP.

²¹ Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, exp. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas. Por lo tanto, no se condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el impedimento presentado por la Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia apelada. En su lugar,

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

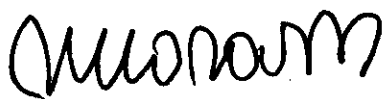
TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, y cúmplase.

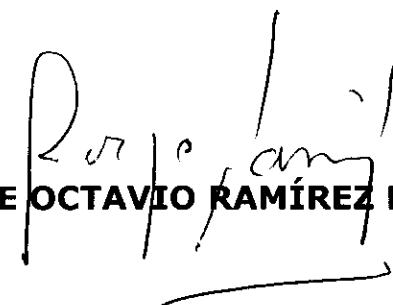
La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.



MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección



JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ



JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

