



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ - SECCIÓN CUARTA**

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
TRIBUTARIO
Radicación: 110013337042 2018 00025 00
Demandante: EMGESA S.A.
Demandado: MUNICIPIO DE SESQUILE.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN

Agotado el trámite procesal correspondiente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de referencia, en virtud de la remisión por competencia que se hizo en auto de fecha 30 de noviembre de 2017.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN

PARTES

Demandante: EMGESA S.A., identificada con NIT 860.063.875-8.

Demandada: MUNICIPIO DE SESQUILE.

OBJETO

Declaraciones y condenas:

La parte actora solicita se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

i) Resolución Oficial 110-1500, No. 514-2014 del 9 de septiembre de 2014, proferida por la Alcaldía Municipal de Sesquilé – Secretaría de Hacienda Municipal, por medio de la cual se resuelve una solicitud de devolución por pago en exceso por concepto de transferencias del sector eléctrico.

ii) Resolución Nro. 661 del 12 de diciembre de 2014, expedida por la Alcaldía Municipal de Sesquilé – Secretaría de Hacienda Municipal, por medio del cual se resuelve un recurso de reconsideración y la solicitud de devolución de la contribución especial compensatoria de transferencia del sector eléctrico formuladas por la persona jurídica de EMGESA.

Así mismo pide a título de restablecimiento: se declare la devolución de \$133.714.683 por pago en exceso por concepto de transferencias del sector eléctrico.

Igualmente solicita que se liquiden los intereses moratorios previstos en el artículo 863 del Estatuto Tributario a cargo del Municipio de Sesquilé y por último que se condene en costas a la demandada.

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

Fundamentos fácticos:

1. EMGESA S.A. ESP es una empresa generadora de energía eléctrica. Entre sus plantas de generación se encuentran aquellas que hacen parte de la cadena del Río Bogotá, en relación con la cual el Municipio de Sesquilé tiene un 3.03% de participación en el área de la cuenca y un 16.84% en el área del embalse.
2. Para el caso de la cadena del Río Bogotá, encontramos que existen plantas de generación que se encuentran ubicadas en un Municipio que no hace parte de la cuenca ni del embalse, razón por la cual EMGESA le debe transferir el 0.2% de las ventas brutas de la energía generada en las plantas ubicadas en su jurisdicción. Dicha transferencia debe ser

descontada en partes iguales del 1.5% correspondiente a los Municipios de la cuenca y del 1.5% de los Municipios del Embalse de la cadena del Rio Bogotá.

3. EMGESA mensualmente informó, mediante documento que contiene la liquidación de la transferencia y realizó el pago respectivo mensual correspondiente a los periodos entre julio de 2011 y marzo de 2014 manera oportuna.
4. Sin embargo, estos montos fueron liquidados erróneamente al no descontar correctamente el monto que se debía transferir a los municipios donde se encuentran las casas de máquinas y que no son parte ni de la cuenca ni del embalse. Por tanto el 0.2% no se descontó del 3% que debe pagarse a los municipios del Embalse y de la Cuenca.
5. El 4 de agosto de 2014, EMGESA presentó al Municipio solicitud de devolución del pago en exceso realizado por concepto de transferencias, solicitando un total de \$133.714.683., en devolución por haber sido pagados en exceso durante los periodos comprendidos entre julio de 2011 y marzo de 2014.
6. El 17 de septiembre, EMGESA fue notificada del oficio No. 110-1500 No. 514-2014 por medio del cual el Municipio resolvió la solicitud presentada negando la devolución del pago en exceso.
7. Conforme a lo consagrado en el numeral primero de la Resolución oficio No. 110-1500 - No. 514-2014, EMGESA entendió que se da la negativa de la devolución y por tanto el 4 de noviembre EMGESA presentó recurso de reconsideración, contra el oficio No. 110-1500 - No. 514-2014.
8. El 14 de noviembre, EMGESA presenta al Municipio Respuesta a la información solicitada mediante el oficio 110-1500 - No. 514-2014.
9. Para dar claridad de la solicitud de devolución por pago en exceso, se adjuntó un cuadro que resume las liquidaciones informadas de manera mensual mediante comunicaciones radicadas en el municipio y muestra con claridad lo pagado mes a mes durante los periodos acá analizados, la fecha de pago por cada uno de los periodos y también muestra la liquidación corregida conforme a la aplicación de la normativa pertinente,

evidenciando el pago en exceso que se generó como consecuencia de este error.

10. El 12 de diciembre de 2014, la Secretaría de Hacienda Municipal de Sesquilé profirió la Resolución 661 por medio de la cual se resuelve preliminarmente *"el recurso de reconsideración y la solicitud de devolución de la contribución especial compensatoria de transferencia del sector eléctrico"* por pago en exceso correspondientes a las vigencias entre Julio de 2011 y marzo de 2014, a su vez se solicita información adicional.
11. El 15 de diciembre de 2014 EMGESA recibió comunicación a través de la cual se le cita para que en el término de los 10 días siguientes, se presentara ante la Secretaria de Hacienda a notificarse personalmente de dicha resolución, mediante la cual confirma el rechazo e inadmisión solicitud de devolución y compensación presentadas y solicitó a la empresa adjuntar otros documentos.
12. El 13 de enero de 2015 dentro del término legal para interponer el recurso de reposición aun cuando se entiende que contra este recurso no procede, pero visto que el Municipio en desconocimiento del procedimiento tributario lo otorgó, se presentó el recurso de reposición, exponiendo los motivos de inconformidad con la Resolución No. 661.
13. El 30 de enero de 2015 EMGESA fue notificada del oficio No 110-1500 N° 004-2015, en el cual la Secretaría de Hacienda Municipal reitera la solicitud de información de la Resolución 661 de 2014 y solicita la realización de una mesa de trabajo. Se resalta que la información había sido suministrada por EMGESA y radicada en las oficinas de la Secretaría de Hacienda Municipal el 13 de enero de 2015.
14. El 30 de enero de 2015 en respuesta a la solicitud planteada por el Municipio se realiza reunión en las oficinas de EMGESA, a la cual

asistieron por parte del Municipio la Doctoras Liliana Álvarez (Secretaría de Hacienda) y Aida Marcela Rodríguez (Asesora jurídica Coactiva) y en representación de EMGESA Ricardo Pérez, Ana María López. En dicha reunión se suministró la información y explicaciones solicitadas por parte del Municipio. A su vez las representantes del Municipio, pese a constar por escrito y de manera expresa el rechazo de la solicitud en los actos demandados, sostuvieron que a la fecha no habían proferido un rechazo formal de la solicitud por lo cual no procedía el recurso de reconsideración interpuesto por la Compañía.

15.El 30 de marzo de 2015, teniendo en cuenta el resultado de la reunión y dado que no había sido resuelto el recurso interpuesto el 13 de enero, EMGESA dio Respuesta al oficio 110-1500 N° 004-2015 indicando que el 13 de enero se entrega la información solicitada Mediante la Resolución 661 de 2014 y reiterada en el oficio 10-1500 N° 004-2015, enviando una vez más la información solicitada respecto a la solicitud de devolución por pago en exceso durante las vigencias entre el mes de julio de 2011 y el mes de marzo de 2014.

16.El 13 de abril de 2015, en búsqueda de dar pronta solución a la solicitud de devolución, EMGESA aportó copias de las liquidaciones entregadas al Municipio anteriormente y conforme a las cuales se realizó el pago de las transferencias durante las vigencias comprendidas entre el mes de julio de 2011 y el mes de marzo de 2014.

17.El 28 de abril de 2015, EMGESA se notificó personalmente de la Resolución No. 664 del 14 de abril de 2015, *"Mediante la cual se resuelven las solicitudes formuladas por la persona jurídica de EMGESA atinentes a la solicitud de devolución de la contribución especial de transferencia del sector eléctrico: de las vigencias 2011, 2012, 2013 y 2014.*

18.El 29 de abril EMGESA, con el fin de obtener las constancias necesarias de notificación para la interposición de la presente demanda solicitó a la

Secretaría de Hacienda copia del edicto mediante el cual se notificó la Resolución 661 de 2014 y el Oficio 110-1500 No. 514 de 2015 y la correspondiente constancia de des fijación.

19. Teniendo en cuenta que el municipio no entregó en dicho momento copia de dichos documentos por no reposar en el expediente, se radicó derecho de petición mediante el cual se solicitaron nuevamente las constancias de notificación anteriormente enunciadas. A la fecha de radicación de la presente demanda, no había sido resuelto el derecho de petición.

Fundamentos jurídicos:

Normas de rango legal:

- . Constitución Política, artículos 29, 84, 287.
- . Estatuto Tributario, numeral 6 del artículo 730, artículos 560, 561, 565, 683, 688, 720, 742, 850 y 854.
- . Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, numeral 4 y 5 del artículo 9 y artículos 42, 67, 72.

Concepto de violación:

1. Violación al debido proceso.

Considera vulnerado tal derecho en la medida que el Municipio de Sesquilé no apreció las pruebas y justificó la falta de entrega de documentos. No argumentó con razones fácticas y jurídicas, sino que simplemente hizo alusión al artículo 854 del Estatuto Tributario, negando la solicitud de devolución por pago en exceso sin razón alguna.

Por otra parte, hubo una irregularidad en la notificación de los actos administrativos, por tanto hace que el acto sea ineficaz y viola el artículo 565 del ET y 72 del CPACA, este último por desconocimiento de las formalidades propias de la notificación personal.

Así mismo, viola los artículos 67 del CPACA y 720 del ET., por no informar a la demandante los recursos a los que había lugar y el término para interponerlo contra la resolución oficio No. 514 de 2014.

Igualmente, se ve vulnerado el debido proceso por indebida delegación de funciones en cabeza de un tercero, debido a que al momento de que el Municipio de Sesquilé, llevo a cabo las competencias de fiscalización y las atribuciones relativas a la resolución de la solicitud de devolución por pago en exceso, debe tener en cuenta que la función solo podía ser llevada a cabo por parte de los funcionarios públicos de planta de la entidad.

Esta intervención de terceros no solo implica una infracción a las normas, sino que también hay un incumplimiento de las normas, de la Resolución No. 661 en el título de *"la facultad para la toma de la determinación"* puesto que esta misma señala que la llamada a atender la solicitud de devolución es la Secretaría de Hacienda del Municipio de Sesquilé, que como se observa, no fue quien proyectó la resolución.

Por tal razón, el acto debe ser declarado nulo, porque como se mencionó, fue expedido por la asesora externa de cobro coactivo, Aida Marcela Rodríguez, quien no tenía competencia para hacerlo.

2. Indebida notificación.

Señala que en materia tributaria la notificación de los actos administrativos se surte con lo previsto en el artículo 563 y siguientes del estatuto tributario y para el caso en concreto el Municipio realizó la notificación establecida en el CPACA.

Indica que la notificación que debía realizarse era de manera personal, o por edicto, si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro de los 10 días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso citación. En otras palabras, se debía proceder a la notificación personal y en ausencia de que la misma no se haya podido realizar se debió proceder a la notificación por edicto.

Así las cosas, la fijación del aviso debió haberse realizado el 31 de diciembre de 2014 y atendiendo el término de 10 días, la fijación debió efectuarse el 14 de enero de 2015 y la notificación se entendería surtida una vez se vence el término de fijación,

ello quiere decir que la Resolución No. 611 del 12 de diciembre de 2014 fue notificada el 15 de enero de 2015.

Refiere que si bien es cierto, el Municipio remitió a EMGESA S.A., la citación de notificación personal, no se procedió en ausencia de esta a la fijación del respectivo edicto, de lo cual resulta una notificación indebida.

3. Incumplimiento de las cargas de la Administración en la expedición de actos.

Manifiesta EMGESA SA que en Resolución Oficio No. 514 de 2014 no se hace mención alguna al recurso procedente, lo que quiere decir que el mencionado acto solo manifiesta la negación de la solicitud de devolución para la vigencia 2011 y los periodos de enero a agosto de 2012.

4. Aplicación indebida del procedimiento tributario.

A su juicio, la entidad demandada interpretó erróneamente la norma pues desconoce el término especial que el legislador estableció para la procedencia de la solicitud de devolución por pago en exceso, por lo tanto, el demandante hace una aclaración sobre el saldo a favor y el pago en exceso, para tal efecto cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 20 de agosto de 2009, Expediente: 16142. CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Expresa que el pago realizado por EMGESA obedece a un error involuntario, pagando un mayor valor por concepto de transferencias a partir del de julio del año gravable 2011, sin que ello represente la liquidación o declaración de saldo a favor alguno.

Así las cosas, al tratarse de un pago en exceso, no se les aplica el mismo término de 2 años, consagrado en el artículo 854 del ET, por el contrario el término aplicable al caso es de 5 años en armonía con el artículo 11 del decreto 2277 de 2012, hace remisión al artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la ley 791 de 2002.

Sostiene que el régimen procedimental a aplicar en la solicitud de devolución es el contenido dentro del procedimiento nacional y en el caso aquí presente respecto a la

devolución por pago en exceso es entonces el artículo 11 del decreto 2277 de 2012 y no el acuerdo municipal 19 de 2012 del Sesquilé.

Finalmente concluye que el régimen aplicable a los actos y contratos que son celebrados por las entidades que prestan los servicios públicos el del derecho privado, en armonía con las facultades otorgadas por el constituyente en los artículos 365 y 367, en concordancia el numeral 23 del artículo 150, artículos 115 y 210 de la Constitución política.

Así las cosas, cuando EMGESA emite comunicaciones a los municipios informando y liquidando el monto de transferencia no cumple funciones de autoridad administrativa, sino que por el contrario, cumple una obligación legal.

5. Indebida Interpretación de la ultractividad

Arguye el apoderado de demandante que el Municipio hizo una interpretación equivocada del artículo 222 de la ley 450 de 2011, puesto que menciona que la solicitud de devolución realizada por la empresa EMGESA SA., hace una aplicación ultractiva de una norma de materia impositiva al aplicar el artículo 222 de la misma normatividad a periodos anteriores a su promulgación.

Al respecto, procede el apoderado de EMGESA SA., a aclarar los conceptos de ultractividad y retroactividad y concluye que el pago en exceso realizado por sociedad demandante ocurrió a partir del periodo gravable comprendido por el mes de julio de 2011 (posterior a la promulgación de la ley 1450 de 2011), y que consecuentemente, solo a partir del pago imputable a dicha vigencia es que se ha presentado la solicitud de devolución objeto de controversia.

Por ende, no hay razón para que el Municipio haga una interpretación ultractiva de la norma, ni retroactiva.

1.1.2. OPOSICIÓN

MUNICIPIO DE SESQUILÉ (f. 228 a 232). La apoderada de la entidad se pronuncia sobre cada uno de los hechos, afirmando que son ciertos y que otros no le constan.

Se opone a las pretensiones de nulidad de la demanda, por las siguientes razones:

1. Motivación del acto administrativo.

Procede a explicar que el acto administrativo proferido por el Municipio de Sesquilé, está debidamente motivado en la medida que obró legalmente y con sustento suficiente para emitir las decisiones tomadas, lo cual se prueba precisamente en la parte motiva de las resoluciones demandadas.

2. Falta de notificación.

Frente a la indebida notificación que hace alusión el demandante, señala la entidad demandada que frente a las resoluciones objeto de estudio ocurrió la notificación personal por conducta concluyente, ya que el demandante presentó los recursos pertinentes, siendo así este tipo de notificación satisface el principio de publicidad y el derecho a la defensa.

Por otro lado, el apoderado del Municipio de Sesquilé propone como excepción previa la siguiente:

1. Caducidad.

Señala que la presente acción ha caducado y para ello trae a colación el numeral 2, literal d del artículo 164 del CPACA y un pronunciamiento de la Corte Constitucional, en la sentencia No. C-250 del 6 de abril de 2011.

No obstante no se hizo ninguna argumentación.

En audiencia inicial del 15 de febrero de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", señala que como uno de los objetos de discusión es determinar si el acto fue notificado en debida forma, es por ello que se estudiará este punto al momento de proferir sentencia.

2. Otras excepciones.

Solicita que al momento de fallar sentencia se aplique el inciso segundo (2) del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Solicita se declare que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho y en consecuencia se deniegue en su totalidad las suplicas de la demanda.

1.2. PROBLEMA JURÍDICO

Previo a estudiar la legalidad de los actos demandados, debe el despacho a establecer si operó la caducidad, para lo cual debe analizar si ¿la Resolución No. 661 del 12 de diciembre de 2014 que resolvió el recurso de reconsideración fue notificada en cumplimiento del artículo 565 del E.T.?

De no haber operado la caducidad, se encuentra que el problema jurídico se contrae a establecer si ¿La sociedad demandante tiene derecho o no a la devolución de los pagos en exceso generados en las liquidaciones privadas de la contribución de transferencias del sector eléctrico por los periodos comprendidos entre julio de 2011 y marzo de 2014 y si dicha devolución cumple con los requisitos de oportunidad y forma legalmente establecidos para ello?

Tesis de la parte demandante:

Sostiene que los actos administrativos emitidos por el Municipio de Sesquilé carecen de motivación por la entidad no da argumento jurídico alguno y simplemente se basa en citar un artículo, ocultando las razones concretas que motivaron la actuación e impide que el contribuyente pueda controvertir el acto administrativo desde un primer momento.

Igualmente, no valoró la información suministrada por EMGESA SA., durante el proceso, negando injustificadamente la devolución del pago en exceso.

Por último, la solicitud de devolución del pago en exceso no ha caducado porque el término para reclamar es de 5 años conforme a las normas nacionales: artículo 59 de la

ley 788 de 2002, artículo 11 del decreto 1000 de 1997 y el artículo 11 del decreto 2277 de 2012 y no de 2 años de los artículo 850 y 854 del estatuto tributario.

Tesis de la parte demandada:

Sostiene que no hay lugar a la devolución del supuesto pago en exceso realizado por EMGESA S.A., en favor del Municipio de Sesquilé, toda vez que los actos administrativos que son objeto de esta demanda en su motivación se le manifestó a la empresa aquí demandante que en cuanto al periodo reclamado de julio del año 2011 a agosto del año 2012, la solicitud de dicha devolución se presentó de manera extemporánea, esto es, por fuera de los dos (2) años de acuerdo al artículo 854 del E.T.

Tesis del Despacho:

El despacho sostendrá en primer lugar que no ha operado la caducidad del medio de control, toda vez que se presentó la notificación irregular de la Resolución que resuelve el recurso de reconsideración.

En segundo lugar, procede la nulidad de los actos administrativos demandados y la devolución del pago en exceso en la medida que la Administración incurrió en una indebida interpretación respecto al término aplicable para que los administrados soliciten la devolución de pago en exceso de las transferencias del sector eléctrico, el cual es el establecido en el artículo 11 del Decreto 2277 del 2012, esto es cinco (5) años y no dos (2) años como lo infiere el municipio.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.4.1.1. Parte demandante EMGESA S.A. (ff. 262 a 267)

Reitera los argumentos expuestos en el escrito de la demanda y adicionalmente, menciona como precedente la decisión adoptada en el proceso No. 2015-550. Demandante: Emega S.A. Demandada: Municipio de Cajicá. Sentencia del 27 de mayo de 2016.

1.4.2. Parte demandada Municipio de SESQUILÉ (ff. 268 a 297).

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. De las excepciones

2.1.1 De la caducidad

La caducidad se refiere a la extinción del derecho a presentar el medio de control por el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el referido derecho fenece.

En el numeral 2 inciso d del artículo 164 del CPACA, legislador fijó el término de cuatro (04) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo –según el caso-, para presentar la demandan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho.

En el caso que nos ocupa, EMGESA S.A. E.S.P. el día 07 de noviembre de 2014 presentó recurso de reconsideración (ff.7 C2), previsto en el artículo 720 del Estatuto Tributario¹, contra la Resolución No. 110-1500 No. 514.2014 proferida por el Municipio de Sesquilé.

Mediante Resolución No. 12 de diciembre de 2014, el municipio resolvió el recurso de reconsideración y la solicitud de devolución de la contribución especial compensatoria de transferencia del sector eléctrico (f.129 a 144 C2), confirmando el rechazo e inadmisión de la solicitud de devolución y compensación en favor de EMGESA.

Frente a los actos que deciden recursos, el inciso segundo del artículo 565 del Estatuto Tributario prevé:

"ARTICULO 565. FORMAS DE NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS.
(...)

¹ "ARTICULO 720. RECURSOS CONTRA LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales de este Estatuto, contra las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y demás actos producidos, en relación con los impuestos administrados por la Unidad Administrativa Especial Dirección General de Impuestos Nacionales, procede el Recurso de Reconsideración.

El recurso de reconsideración, salvo norma expresa en contrario, deberá interponerse ante la oficina competente, para conocer los recursos tributarios, de la Administración de Impuestos que hubiere practicado el acto respectivo, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del mismo.

Cuando el acto haya sido proferido por el Administrador de Impuestos o sus delegados, el recurso de reconsideración deberá interponerse ante el mismo funcionario que lo profirió.

Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.
(...).”

De acuerdo con el aparte transcrito, para notificar la resolución que resuelve el recurso de reconsideración en los términos del Estatuto Tributario Nacional, se acude de manera principal a la notificación personal y si no es posible surtir la notificación por este medio debe la administración proceder a realizar la notificación por edicto que opera de manera subsidiaria.

Respecto al término previsto para realizar la presentación personal, el Consejo de Estado de Estado ha precisado que los diez días deben contarse a partir del día hábil siguiente a la introducción al correo del aviso citatorio y no desde el recibo de la citación.²

El 15 de diciembre de 2014 (f.146 C2) el municipio introdujo al correo el aviso, siendo recibido por el demandante el mismo día, es decir, los diez días que tenía la actora para notificarse personalmente de la decisión debían contarse a partir del primer del día hábil siguiente, esto es el 16 de diciembre del mismo año. Por tanto, el término para que se surtiera la notificación personal vencía el 30 de diciembre de 2014, sin que dentro del plazo establecido se hubiera logrado la notificación principal prevista.

Como quiera que no se logró la notificación personal, el artículo 565 E.T., prevé que el edicto se fijará por el término de diez (10) días y deberá contener la parte resolutive del respectivo acto administrativo. Lo que quiere decir que, la administración debió fijar la el edicto el 31 de diciembre de 2014 y desfijarlo el 14 de enero de 2015, no obstante, no obra en el expediente administrativo constancia de la fijación del edicto.

La notificación del acto administrativo que decidió el recurso de reconsideración no se ajustó a los preceptos legales aplicables al caso concreto, motivo por el cual, no debe tenerse por hecha la notificación por edicto ni resulta oponible el acto a la demandante.³

² Ver Consejo de Estado Sección cuarta. Sentencia Exp 18945, C.P Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, reiterada en sentencias de 20 de septiembre de 2017, exp. 20890, C.P (E) Stella Jeannette Carvajal Basto y de 19 de octubre de 2017, exp 22283.

³ **Artículo 72 CPACA. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificación por conducta concluyente.** Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales.

Frente a la irregularidad de la notificación por edicto, el Consejo de Estado ha reiterado que debe entenderse, entonces, que procede la notificación por conducta concluyente con la presentación de la demanda, por ser el momento en que manifestó conocer su existencia y contenido.⁴ De esta manera, no ha operado el fenómeno de la caducidad.

2.2. De los cargos de la demanda

2.2.1. De la apreciación de las pruebas

Sostiene el demandante que la administración omitió tener en cuenta los hechos que estaban demostrados, habida cuenta que, en la Resolución No. 661 del 12 de diciembre de 2014 solicitó documentos que ya se encontraban en el expediente, lo que se resume en una falsa motivación de los actos administrativos y en la violación al debido proceso.

Al tenor del contenido de la resolución que resuelve el recurso (f.136 C2), para determinar la factibilidad de la compensación o devolución se requirió a la sociedad para que aportara los siguientes documentos a saber:

1. Copia de las liquidaciones de la contribución compensatoria efectuadas por EMGESA al municipio de Sesquilé de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012, los doce meses de la vigencia de 2013 y los de la vigencia de 2014.
2. Copia de las liquidaciones aclaratoria que determinaron el menor valor de la contribución compensatoria efectuadas por EMGESA al municipio de Sesquilé de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012, los doce meses de la vigencia de 2013 y los de la vigencia de 2014.
3. Informe de las ventas brutas de energía hidroeléctrica de EMGESA y la correlación con la jurisdicción del municipio de Sesquilé para las mensualidades de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012, los doce meses de la vigencia de 2013 y los de la vigencia de 2014, atendiendo a los factores de su declaración aclaradas en la sentencia constitucional C-495/1998.

⁴ Ver Consejo de Estado, sección cuarta. Sentencia de 21 de febrero de 2019. Exp.: 21974 C.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez; Auto 3 de agosto de 2016. Exp: 22377. C.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

4. Distinción de la tarifa de ventas en bloque para la temporalidad ya señalada y copia de su autorización por la Comisión de Regulación Energética.
5. Determinación de la consideración de sujeto activo que ha tenido EMGESA con el municipio y lo ha clasificado como un municipio localizado en cuenca hidrográfica que surte embalse o en el que se encuentra el embalse.
6. Determinación del factor variado en cada una de las liquidaciones mensuales propuestas, esto es, si se presentó mutación o no en los factores de generación MWh, tarifa, identificación de los kilómetro de cuenta, porcentual de cuenca, identificación de los kilómetros de embalse y porcentual de embalse.

No obstante, a folios 40 a 43 del expediente administrativo, la actora de conformidad con la Ley 99 de 1993, informó a la entidad territorial el valor de las transferencias del sector eléctrico referentes a los años 2011 a marzo de 2014 en los que consta mes a mes los factores tenidos en cuenta para determinar la generación hidráulica Río Bogotá; liquidación con base en la cual se realizó el pago y la liquidación con formula según la norma que prevé el pago en exceso, indicando la transferencia para el municipio de Sesquilé. Igualmente se observa que en las liquidaciones se informa la tarifa de venta en bloque. Por lo tanto, no encuentra fundamento la doble solicitud de documentos que reposaban en la entidad para reconocer el pago en exceso.

A pesar de ello, EMGESA S.A. el 13 de enero de 2015 aportó nuevamente dicha documentación, la cual no fue tomada en cuenta por parte de la Administración, resolviendo a través de los actos acusados negar la solicitud de devolución, cuando lo procedente era estudiar de fondo la documentación aportada. Al respecto, el artículo 9 del CPACA, al regular las prohibiciones de las autoridades administrativas, señala en el numeral 4 la siguiente *"[e]xigir constancias, certificaciones o documentos que reposen en la respectiva entidad"*.

Respecto a la liquidación de aclaratorias que determinó el menor valor de la contribución compensatoria, efectuadas por EMGESA al ente territorial por los meses en discusión, este despacho comparte la postura adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca,⁵ donde señaló que en los trámites para solicitar la devolución de pago en exceso *no se requiere corrección de la declaración, porque la finalidad no es obtener una devolución de saldo a favor, sino la devolución de un*

⁵ Sección cuarta Subsección "A" en sentencia del 20 de febrero de 2019, en ponencia de la Magistrada Gloria Isabel Cáceres Martínez. Radicado 25899-33-33-001-2015-00467-01

pago efectuado sin causa legal para su realización, así el origen de dicho pago hubiere sido un error atribuible al contribuyente, por lo tanto, en este caso, no era necesario para analizar la solicitud de devolución formulada allegar liquidaciones aclaratorias o de corrección.

Sostiene el superior que para estudiar la solicitud de devolución de pago en exceso no se requería la presentación de declaraciones o liquidaciones de aclaración o corrección de las transferencias del sector eléctrico durante los meses en discusión.

En consideración similar al caso estudiado por el Tribunal, se encuentra que EMGESA allegó en sede administrativa relación de los pagos efectuados al municipio de Sesquilé,⁶ donde se observa una nueva liquidación en la cual la actora tuvo en cuenta el 3% de las ventas brutas de energía por generación propia para los municipios ubicados en cuenca (1,4%) y embalse (1,4%) y, adicionalmente, el 0,2% del mencionado 3% que debe ser transferido a los municipios en los cuales se encuentran casas de máquinas pero no hacen parte íntegra de embalse ni de cuenca, aplicando el artículo 222 de la Ley 1450 del 2011, el cual modificó el artículo 45 de la Ley 99 de 1993.

Por anterior, prospera el cargo de la demanda, teniendo en cuenta que la información suministrada le permitía al Municipio de Sesquilé realizar el análisis correspondiente para la procedencia de la solicitud de pago en exceso formulada y desconoció las pruebas en las que debía fundarse el acto administrativo para estudiar de fondo la solicitud.

2.2.2. De la delegación de funciones en cabeza de un tercero.

Aduce el demandante que los actos administrativos acusados fueron proferidos por un asesor externo de la entidad, situación que implica la intervención de un particular en la formación del acto.

En atención a lo anterior, es necesario precisar que la proyección de la Resolución 661 de 2014 se hizo en nombre de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Sesquilé y en efecto, fue suscrito por la Secretaria de Hacienda, la señora Liliana

⁶ folios 40 a 43

Esther Álvarez Salcedo, cumpliendo a cabalidad con lo dispuesto en los artículos 560, 561 y 688 del Estatuto Tributario Nacional.

No prospera el cargo, habida cuenta que la parte demandante, pese a tener la carga de demostrar la causal que culmine con la declaratoria de nulidad del acto, no allegó prueba siquiera sumaria que permitiera demostrar la falta de competencia o la indebida delegación de funciones a un tercero.

2.2.3. Del término establecido en la ley para presentar solicitudes de pago en exceso en las transferencias del sector eléctrico.

El demandante sostiene la indebida aplicación del procedimiento tributario por parte de la entidad territorial al concluir que el término para solicitar la devolución del dinero es el previsto en el artículo 854 del Estatuto Tributario para la devolución de saldos a favor y el artículo 416 del Acuerdo Municipal 019 de 2012, lo cual desconoce el término especial previsto por el legislador en la norma de carácter nacional Decreto 2277 de 2012, que modificó el Decreto 1000 de 1997, para las solicitudes de pago en exceso en materia tributaria.

El artículo 854 del Estatuto Tributario prevé que el término para solicitar saldos a favor es de dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar, sin embargo, la misma norma en el artículo 850 prevé el pago en exceso o de lo no debido como una figura independiente de la devolución de saldos a favor, empero, la disposición presenta un vacío respecto término para presentar la solicitud de su devolución o compensación.

Tratándose del trámite para devoluciones, el Estatuto Tributario facultó al Gobierno Nacional para establecer los trámites especiales que agilicen la devolución de impuestos pagados y no causados o pagados en exceso (artículo 851).

En ejercicio de la facultad otorgada, se profirió el Decreto Reglamentario 1000 de 1997 modificado por el Decreto 2277 de 2012, mediante el cual se estableció que el término para presentar la solicitud sería el previsto en las normas civiles para la prescripción de las acciones ejecutivas.⁷

⁷ "Artículo 10. Devolución de pagos en exceso. Habrá lugar a la devolución y/o compensación de los pagos en exceso por concepto de obligaciones tributarias, para lo cual deberá presentarse la solicitud de devolución y/o compensación ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales que corresponda al domicilio fiscal del solicitante, al momento de radicar la respectiva solicitud.

A su turno, el artículo 2536 del Código Civil, señaló:

"Artículo 2536. -Modificado L. 791/2002, art. 8°. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por un lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término."

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca,⁸ al estudiar asunto similar, realizó el estudio frente a la dicotomía de las normas, concluyendo que el procedimiento tributario territorial debe atenerse únicamente a lo establecido por disposiciones normativas nacionales para garantizar su unidad y armonía.

En virtud de lo expuesto, el término para presentar la solicitud de devolución del pago es de cinco (5) años de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2277 de 2012 en concordancia con el artículo 2536 del Código Civil.

Descendiendo al caso concreto, la solicitud de devolución de pago en exceso derivada de las transferencias del sector eléctrico de los periodos 2011, 2012, 2013 y marzo de 2014, por la liquidación errónea al descontar el monto que se debía transferir a los municipios, se presentó el 14 de agosto de 2014 (f.1 C2).

El municipio Sesquilé sostuvo que no es procedente la devolución atendiendo a la extemporaneidad de la solicitud para la vigencia 2011 y agosto de 2012, con fundamento en el artículo 284 del E.T. y el artículo 416 del Acuerdo Municipal 043 del 2009.

Teniendo en cuenta que el término para solicitar la devolución de dinero para los referidos conceptos, es de cinco años desde el momento en que se efectúe el pago, se tiene que el primer pago se efectuó el 07 de enero de 2011 (f.141 C.P.), dando como plazo para presentar la petición hasta el 07 de enero 2016, es decir, EMGESA

Parágrafo: Para la procedencia de las devoluciones y/o compensaciones a que se refiere este artículo, deberá cumplirse los requisitos generales establecidos en el artículo 2° de este decreto".

Artículo 11. Término para solicitar la devolución por pagos en exceso. Las solicitudes de devolución y/o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver la solicitud será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario."

⁸ Sección cuarta Subsección "A" en sentencia del 20 de febrero de 2019, en ponencia de la Magistrada Gloria Isabel Cáceres Martínez. Radicado 25899-33-33-001-2015-00467-01

S.A. aún se encontraba dentro del término para solicitar a la entidad territorial. Situación que es predicable frente a los demás periodos solicitados, por lo que se encuentra la prosperidad del cargo de la demanda.

2.3. CONCLUSIÓN

Como quiera que (i) la solicitud de devolución de pago en exceso de la contribución especial compensatoria de transferencia del sector eléctrico por el período comprendido entre enero del 2011 y agosto del 2012 fue presentada dentro de la oportunidad establecida en la ley y (i) los documentos aportados por la sociedad demandante eran suficientes para estudiar la procedencia de la devolución respecto a los periodos comprendidos entre septiembre de 2012 y marzo de 2014, se debe declarar la nulidad de los actos administrativos, máxime cuando comunicó mensualmente el valor de las transferencias por concepto de pago de la Ley 99 de 1993 (ff. 143 a 141 adverso cuaderno principal).

A título de restablecimiento de derecho, el municipio de Sesquilé deberá devolver el pago en exceso por la suma de ciento treinta y tres millones setecientos catorce mil seiscientos ochenta y tres mil pesos (\$133.714.683) m/cte., teniendo en cuenta que era procedente la petición de la sociedad actora, con ocasión a los valores pagados por las transferencias mensuales en la liquidación inicial (artículo 45 Ley 99 de 1993), los valores correspondientes a la liquidación de la transferencia aplicando el artículo 222 de la Ley 1450 del 2011 y la diferencia entre estas dos liquidaciones, que constituye el pago en exceso. Suma de dinero que deberá ser indexada de acuerdo con los artículos 187 y 192 CPACA.

Adicionalmente, conforme lo solicitado por la demandante, se ordenará la devolución con los intereses previstos en el artículo 863 E.T., por ser los aplicables al asunto aquí debatido.

3.- COSTAS

En la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es una constante que se ventilen asuntos de interés público, razón por la cual habría lugar a suponer que no hay condena en costas. No obstante, según la Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 050012333000 2012 00490 01 (20508), Ago. 30/16, se indicó que la administración tributaria no está exonerada de la condena en costas por el mero hecho de que la función de gestión de recaudo de los tributos conlleve de manera

inherente un interés público.

Por otro lado, se tiene que La condena en costas, su liquidación y ejecución se rige por las normas del CGP⁹. Tal régimen procesal civil prevé un enfoque objetivo en cuanto a la condena en costas¹⁰, por lo que ha de tenerse presente que aun cuando debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso, se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y se condenará exclusivamente en la medida en que se compruebe el pago de gastos ordinarios del proceso y la actividad profesional realizada dentro del proceso.

Luego, es preciso destacar que no es de recibo la exigencia de que se aporte al expediente una factura de cobro o un contrato de prestación de servicios que certifique el pago hecho al abogado que ejerció el poder, debido a que i) las tarifas que deben ser aplicadas a la hora de condenar en costas ya están previstas por el Acuerdo No. PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; ii) para acudir este proceso debe acreditarse el derecho de postulación y iii) el legislador cobijó la condena en costas aun cuando la persona actuó por sí misma dentro del proceso, basta en este caso particular con que esté comprobado en el expediente que la parte vencedora se le prestó actividad profesional, como sucede en el presente caso (folio 1).

Por tanto, se condenará en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Cuarenta y dos (42) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D. C. – Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad de los actos administrativos No.110-1500 No. 514-2014 del 09 de septiembre de 2014 y Resolución No. 661 del 12 de diciembre de 2014, mediante las cuales se negó la devolución de pago en exceso de la contribución especial compensatoria de transferencia del sector eléctrico en los periodos comprendidos entre enero de 2011 y marzo de 2014, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

⁹ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia de Julio 14 de 2016. Número de radicado 68001233300020130027003.

¹⁰ Artículo 365 del Código General del Proceso.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del Derecho declarar que procede la devolución de la suma de ciento treinta y tres millones setecientos catorce mil seiscientos ochenta y tres mil pesos (\$133.714.683) m/cte., a favor de EMGESA S.A. ESP, por las razones expuestas en la parte motiva del fallo.

TERCERO.- Ordenar al MUNICIPIO DE SESQUILÉ, devolver a EMGESA S.A. ESP la suma correspondiente a ciento treinta y tres millones setecientos catorce mil seiscientos ochenta y tres mil pesos (\$133.714.683) m/cte., por concepto de devolución de pago en exceso de la contribución especial compensatoria de transferencia del sector eléctrico en los periodos comprendidos entre enero de 2011 y marzo de 2014, que deberá ser indexada de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la sentencia.

Dicha suma devengará intereses de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 863 E.T.

CUARTO.- Declarar no probada la excepción de "caducidad" propuesta por el Municipio de Sesquilé.

QUINTO.- Condenar en costas a la parte vencida.

SEXTO.- En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y expídase copia con constancia de su ejecutoria.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO
JUEZ