# REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO**

# SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós (2022).

# Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ Expediente: 05001-23-31-000-2012-00663-01 (53.382) Demandante: MUNICIPIO DE COPACABANA

**Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP**

# Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

**Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA - AUSENCIA DE CADUCIDAD E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

*Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un contrato para que EPM facturara y recaudara el impuesto de alumbrado público en favor del municipio; sin embargo, la prestadora no facturó a los usuarios industriales y comerciales entre 2007 y febrero de 2011. El municipio pretende la declaratoria de incumplimiento y el pago de los valores no recaudados.*

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por ambas partes en contra de la sentencia de 27 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia (fls. 369 a 387 cdno. ppal.) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

*“****PRIMERO: DECLARAR*** *de oficio la caducidad parcial referida, en consecuencia* ***INHIBIRSE*** *para emitir pronunciamiento sobre el incumplimiento contractual por los períodos comprendidos entre el año 2007 y enero de 2010, conforme se explicó en la parte motiva.*

***SEGUNDO: DECLARAR*** *el incumplimiento parcial del contrato no. 8405949 por parte de Empresas Públicas de Medellín por la no facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público por el período comprendido entre febrero de 2010 a febrero de 2011.*

***TERCERO: NEGAR*** *la solicitud para tachar de sospechoso al testigo Fredy Salgadarriaga Zapata.*

***CUARTO: NEGAR*** *las demás súplicas de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva.*

***QUINTO:*** *Sin condena en costas.*

***SEXTO:*** *En firme esta providencia archívese el expediente.”* (fls. 386 y 387 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original).

# ANTECEDENTES

**La demanda**

Mediante escrito radicado el 8 de mayo de 2012 (fl. 5 cdno. ppal.) en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia el municipio de Copacabana (Antioquia) presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (CCA) (fls. 1 a 5 cdno. ppal.) con las siguientes súplicas:

*“PRIMERA PRINCIPAL: QUE SE DECLARE QUE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP CON NIT 890.904.996-1, HA INCUMPLIDO PARCIALMENTE EL CONTRATO 8405949 del 14 de*

*octubre de 1999 y por tal motivo es responsable de los perjuicios económicos sufridos por el MUNICIPIO DE COPACABANA, al no RECAUDARSE la tasa de alumbrado público de los sectores industrial y comercial, durante los períodos de 2007, 2008, 2009, 2010 y parte de*

*2011.*

*SEGUNDA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración anterior, SE CONDENE a la demandada EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP, al pago de los perjuicios ocasionados con su incumplimiento por el no recaudo de la tasa de alumbrado público en el Municipio de Copacabana, los cuales han sido liquidados en la suma de MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL SESENTA Y SEIS PESOS ($1.034.385.066), los cuales*

*deberá pagar a favor de mi representada el MUNICIPIO DE COPACABANA al quedar ejecutoriada la providencia que resuelva la presente demanda.*

*TERCERA PRINCIPAL: Que se condene a la demandada EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP al pago de los intereses moratorios para el pago de obligaciones tributarias, los cuales se liquidarán desde el momento de causación, hasta el momento en que se realice el pago efectivo del dinero dejado de recaudar por ellos.*

*CUARTA PRINCIPAL: Que se ordene emitir copia de la sentencia con destino al señor representante del Ministerio Público, competente en la jurisdicción de la demandada para efectos de lo previsto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*QUINTA PRINCIPAL: Que se ordene el reajuste del valor de las condenas según lo ordenado por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, esto es teniendo en cuenta el incremento en el índice de precios al consumidor.*

*SEXTA PRINCIPAL: Que de acuerdo con la conducta procesal asumida por la entidad demandada, se le condene al pago de costas judiciales y agencias en derecho.”* (fls. 1 y 2 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del texto original).

# Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) El 14 de octubre de 1999 el municipio de Copacabana y Empresas Públicas de Medellín ESP (EPM) suscribieron el contrato número 8405949 para que la prestadora facturara y recaudara el impuesto de alumbrado público en favor del municipio pero, entre 2007 y 2011, no se facturó a los usuarios industriales y comerciales.

# Contestación de la demanda por parte de las Empresas Públicas de Medellín ESP

Mediante escrito radicado el 19 de febrero de 2013 (fl. 39 cdno. ppal.) ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Antioquia la entidad contestó la demanda (fls. 39 a 77 cdno. ppal.), así:

1. El 20 de junio de 2007 entró en funcionamiento el sistema de facturación *Open* en reemplazo de Nfactura y por un error de parametrización y migración entre ambos programas informáticos se dejó de facturar al sector industrial y comercial por cuanto la regla de liquidación del antiguo sistema quedó en una localidad inválida en el nuevo y por ello no arrojaba ninguna cifra; sin embargo, el municipio nunca advirtió la situación a pesar de que le correspondía auditar el reporte mensual de facturación entregado por EPM.
2. Una vez detectado el problema, el 31 de enero de 2011 el municipio autorizó el cobro retroactivo a los usuarios pero canceló esa autorización el 28 de febrero siguiente, a pesar de ello EPM facturó e intentó la recuperación de cartera para evitar la prescripción de esas obligaciones.
3. Propuso las excepciones de “*contrato cumplido*” porque luego de percatarse de la omisión cobró las deudas pendientes de facturación; “*obligación de medio cumplida - actuación diligente y cuidadosa de la demandada*” debido a que el municipio aceptó el sistema de facturación y este no ofrece una facturación infalible para todos los sujetos pasivos del impuesto; “*cobro de lo no debido*” ya que el municipio pretende el pago de todo sin considerar las particularidades de cada

usuario, e “*indebida tasación de perjuicios*” por cuanto la demanda incluye usuarios ajenos a la facturación, calcula con fundamento en datos errados y no deduce el abono de $88.864.575, esto es, el pago del 16,67% del periodo reclamado.

# Alegatos de conclusión

Por auto del 22 de mayo de 2014 (fl. 355 cdno. ppal.) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en cumplimiento de lo establecido en el artículo 210 del CCA.

Dentro del término otorgado la parte actora reiteró los argumentos planteados en la demanda (fls. 358 a 360 cdno. ppal.), mientras que la entidad demandada reiteró la posición asumida en su escrito de contestación (fls. 361 a 374 cdno. ppal.).

# Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia en providencia de 27 de noviembre de 2014 accedió parcialmente a las pretensiones con los siguientes fundamentos:

1. El testigo Fredy Saldarriaga no es sospechoso dado que su vínculo laboral con EPM no afecta su imparcialidad, pues, su declaración fue precisa y sin respuestas evasivas.
2. Frente a los montos causados antes de febrero de 2010 se configura la caducidad de la acción porque el incumplimiento de cada mensualidad se puede reclamar máximo dos años después de ocurrido, en efecto, “*teniendo en cuenta que la demanda fue presenta el 8 de mayo de 2012, el término de caducidad se contabilizará dos años hacia atrás, aclarando que el accionante presentó solicitud de conciliación la cual fue declarada fallida por lo que dicho término se suspendió por 2 meses y 11 días, así que los dos años empezaron a correr el 24 de febrero de 2010, en razón a ello la acción de la referencia caducó para cualquier pretensión fundada en hechos anteriores a dicha fecha (enero de 2010 hasta el año 2007)*” (fl. 373 cdno. ppal.).
3. EPM incumplió el contrato por la falta de facturación y recaudo presentada entre febrero de 2010 y febrero de 2011 pero, el municipio no acreditó los perjuicios derivados de ello porque, solo aportó la certificación de la tesorería municipal de Copacabana que no explica con suficiencia los cálculos de lo no facturado, sin que en el expediente obre otra prueba sobre este preciso aspecto.

# Recursos de apelación

El 14 y 15 de enero de 2015 el actor y el demandado presentaron, respectivamente, recursos de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (fls. 391 a 397 y 398 a 418 cdno. ppal.), impugnaciones concedidas el 19 de enero de 2015 (fl. 419 cdno. ppal.).

1. La parte actora manifestó su inconformidad con los siguientes argumentos:
	1. El tribunal debió estudiar el incumplimiento presentado entre 2007 y enero de 2010 porque “*no es procedente, ni lógico, la inhibición que realiza el funcionario de primera instancia, cuando la prueba de responsabilidad de EPM es tan evidente, y se puede observar en la confesión que realiza del incumplimiento del contrato*” (fl. 392 cdno. ppal.).
	2. El demandado debió ser condenado al pago de $1.034.385.066 por perjuicios según la liquidación aportada al proceso que determinó el valor de lo no facturado y los intereses causados por ello.
2. La parte demandada cuestionó el fallo de primera instancia con fundamento en estas otras razones:
	1. El contrato no prevé un plazo máximo en el que deba expedirse la factura contado desde la causación del impuesto y, como EPM facturó dentro de los cinco años siguientes –antes de la prescripción de las deudas– no se configuró ningún incumplimiento, máxime cuando los únicos responsables del pago son los beneficiarios del alumbrado público según la cláusula cuarta.
	2. La falta de auditoría del municipio de los reportes desconoció la cláusula séptima y fue un incumplimiento previo, grave y determinante en la no facturación a los usuarios industriales y comerciales por parte de EPM.

# Actuación surtida en la segunda instancia

Por auto de 8 de mayo de 2015 (fl. 423 cdno. ppal.) se admitieron los recursos de apelación y, posteriormente, el 6 de julio de ese mismo año (fl. 365 cdno. ppal.) se corrió traslado para alegar de conclusión.

En dicho término la parte demandada presentó alegaciones de conclusión (fls. 427 a 448 cdno. ppal.) en los que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada, mientras que el demandante y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

# CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia, 2) objeto de la apelación y competencia del *ad quem*, 3) caso concreto, 4) conclusión y, 5) condena en costas.

# Objeto de la controversia

La controversia planteada consiste en determinar, conforme a las apelaciones de las partes, si se debe confirmar, revocar o modificar la decisión de primera instancia que estudió el incumplimiento contractual del demandado por no facturar entre enero de 2007 y febrero de 2011 el impuesto de alumbrado público a los usuarios industriales y comerciales, análisis que concluyó, de un lado, que las pretensiones relacionadas con la facturación anterior a febrero de 2010 estaban caducadas y, de otro, que el incumplimiento de EPM entre febrero de 2010 a febrero de 2011 no permitía condenar al pago de perjuicios por falta de pruebas.

La Sala modificará la decisión impugnada por cuanto no operó la caducidad en relación con las pretensiones relacionadas con la falta de facturación ocurrida antes

de febrero de 2010, el demandado incumplió el contrato por no facturar oportunamente entre junio de 2007 y febrero de 2011 y sí es posible condenarlo al pago de perjuicios.

# Objeto de la apelación y competencia del *ad quem*

Sobre el punto cabe advertir que dentro del asunto de la referencia tanto la parte demandante como la demandada interpusieron recurso de apelación; de acuerdo con lo anterior la competencia del juez en segunda instancia, en principio, no está limitada según lo dispone el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable en virtud de la remisión legal contenida en el artículo 267 del CCA.

# El caso concreto

* 1. **La caducidad de las pretensiones de incumplimiento anteriores a enero de 2010**

El tribunal declaró la caducidad de las pretensiones relacionadas con el incumplimiento ocurrido antes de enero de 2010 porque estimó que el cómputo se debía hacer individualmente para cada mensualidad.

La Sala no comparte la decisión del *a quo* sobre ese aspecto y por tanto la revocará, toda vez que en los contratos de ejecución sucesiva que requieran de liquidación, como la pactada en el contrato (cláusula décima cuarta), el interesado puede pretender la declaratoria de incumplimiento durante su vigencia e incluso luego de finalizada, pues, el artículo 136 (numeral 10) del CCA permite demandar a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar o en el mismo lapso contabilizado desde que se produzca la liquidación, en consecuencia, la disposición especial para este tipo de contratos prevalece sobre la regla general que consideró el tribunal de computar a partir de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho.

Además, no debe fraccionarse el incumplimiento alegado en la demanda para efectos de la caducidad por el hecho de que “*no pueden valorarse de manera separada los hechos que susciten controversia en el desarrollo del objeto contractual para contar el término de la caducidad, ya que el contrato conforma una unidad y como tal debe analizarse; porque de lo contrario se caería en el error de*

*iniciar un pleito en contra de la entidad por el sin número de diferencias que puedan sobrevenir en la ejecución del contrato, evento que iría en contra del principio de la economía procesal*”1.

De esta forma, como el contrato “*se encuentra en ejecución desde entonces y no se ha llegado a su terminación ni liquidación*” (fl. 3 cdno. ppal.), según lo indicó el municipio en su demanda y se corrobora con la facturación del impuesto que hizo EPM en julio de 2012 luego de presentada esta (fls. 305 a 1797 carpetas 1 a 6), el incumplimiento reclamado para el periodo de enero de 2007 a enero de 2010 no está afectado de caducidad y, por lo tanto, se debe analizar de fondo para verificar si se configuró o no.

# Incumplimiento por la falta de facturación entre junio de 2007 a febrero de 2011

La falta de facturación se presentó entre junio de 2007 a febrero de 2011, según lo advierte EPM en comunicación dirigida al municipio (fl. 142 cdno. ppal.) y lo corrobora el listado de usuarios no facturados donde se observa que en junio de 2007 se deja de facturar (fls. 86 a 97 y 99 a 106 cdno. ppal.), en consecuencia, este es el periodo objeto de análisis.

Las partes no discuten que se haya dejado de facturar a los usuarios industriales y comerciales, por consiguiente, la controversia se centra en determinar si esa omisión es constitutiva de incumplimiento.

1. El apelante cuestiona la declaratoria de incumplimiento porque el contrato no establece un plazo máximo para facturar el impuesto y, que por ende, podía cumplir esa obligación siempre que no estuvieran prescritas las deudas, sobre el particular el contrato estipula lo siguiente:

*“CLÁUSULA PRIMERA. Objeto. El presente contrato tiene por objeto establecer las condiciones administrativas, financieras y comerciales bajo las cuales* ***LAS EMPRESAS prestarán el servicio de facturación****, distribución de facturas y recaudo de las sumas* ***correspondientes al valor mensual de la tasa de alumbrado público*** *al MUNICIPIO. (…).*

1 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de agosto de 2000, exp. 11.816, CP Jesús Carillo Ballesteros.

*CLÁUSULA TERCERA. Facturación, distribución de facturas y recaudo. LAS EMPRESAS facturarán y distribuirán con la factura del servicio público domiciliario de energía eléctrica o acueducto y alcantarillado, los valores que se causen por concepto de la tarifa de la tasa de alumbrado público a los usuarios de EL MUNICIPIO, que sean a su vez usuarios DE LAS EMPRESAS, excepto a aquellos usuarios con instalación de demanda, con fundamento en las tarifas que para el efecto suministrará oportunamente EL MUNICIPIO en la forma que acuerden las partes, y que deberán cumplir con las especificaciones y grupos tarifarios utilizados en el proceso de facturación de LAS EMPRESAS de la siguiente manera: (…) 3.2. EL MUNICIPIO y LAS EMPRESAS acuerdan adoptar el sistema de facturación y los controles que a la firma del contrato tienen dispuestos LAS EMPRESAS, de conformidad con la ley,* ***entendiéndose que la facturación se realiza mensualmente de acuerdo con los ciclos de facturación definidos por LAS EMPRESAS****.*” (fls. 6 y 7 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del texto original y negrillas de la Sala).

Así las cosas, el contrato prevé, expresamente, que el valor y facturación del impuesto es mensual de conformidad con los ciclos definidos por EPM2, en consecuencia, se debía facturar mensualmente el impuesto de alumbrado público y toda cuenta que se expidiera por fuera de dicho periodo constituye incumplimiento, cosa distinta es que el impuesto pueda facturarse siempre que no haya operado la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales, pero, esa actuación no enerva el incumplimiento.

El incumplimiento no solo se configura por la falta de ejecución total de las prestaciones acordadas, también se presenta por el cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones (artículo 1613 del Código Civil).

Los impuestos causados entre junio de 2007 a febrero de 2011 debieron cobrarse durante ese lapso pero ello solo ocurrió hasta julio de 2012 cuando EPM cargó el impuesto de alumbrado público a los usuarios que había omitido3.

En efecto, el demandado allegó las 913 facturas (fls. 305 a 1797 carpetas 1 a 6) donde se puede corroborar que en el rubro “*total cobro para otras entidades*” incluyó el valor del impuesto, a título de ejemplo, se advierte que a los usuarios que

2 El ciclo de facturación de los servicios públicos domiciliarios prestados por EPM en el municipio de Copacabana era mensual según las facturas de agua, energía y saneamiento básico allegadas al expediente (fls. 123 a 125 cdno. ppal.).

3 Aunque en febrero de 2011 EPM le informó al municipio que facturaría retroactivamente el impuesto de agosto de 2010 a febrero de 2011 (fl. 137 cdno. ppal.) y el municipio ordenó suspender esa facturación (fl. 139 cdno. ppal.) lo cierto es que la prestadora facturó esas mensualidades en julio de 2012.

aparecían en el reporte inicial de no facturados (fls. 86 a 97 y 99 a 106 cdno. ppal.) se les liquidó en julio de 2012 así: *i*) contrato 400.920 por valor de $657.702 (fls. 328 carpeta 1 y 104 cdno. ppal.), *ii*) contrato 411.755 por $837.937 (fls. 351 carpeta 1 y

99 cdno. ppal.), *iii*) contrato 411.754 por $824.230 (fls. 353 carpeta 1 y 100 cdno. ppal.), *iv*) contrato 411.753 por $638.145 (fls. 356 carpeta 1 y 101 cdno. ppal.), *v*) contrato 453.321 por $665.983 (fls. 1303 carpeta 5 y 104 cdno. ppal.), *vi*) contrato

453.324 por $691.053 (fls. 1304 carpeta 5 y 104 cdno. ppal.), *vii*) contrato 453.325 por $778.846 (fls. 1305 carpeta 5 y 102 cdno. ppal.), *viii*) contrato 509.031 por

$609.155 (fls. 566 carpeta 2 y 102 cdno. ppal.), *ix*) contrato 509.046 por $760.676 (fls. 565 carpeta 2 y 101 cdno. ppal.) y, *x*) contrato 594.708 por $605.867 (fls. 614

carpeta 2 y 99 cdno. ppal.).

Por tanto, el demandado cumplió tardíamente su obligación de facturar porque solo lo hizo hasta julio de 2012.

1. Ahora bien, EPM sostiene que la falta de auditoría de los reportes de facturación fue un incumplimiento previo, grave y determinante en la no facturación a los usuarios industriales y comerciales por el hecho de que el municipio desconoció lo dispuesto en la cláusula séptima, cuyo texto es como sigue:

*“****CLÁUSULA SÉPTIMA. Obligaciones conjuntas de las partes. Con el fin de que los asuntos concernientes al desarrollo de este contrato sean administrados eficazmente, las partes se comprometen a designar un máximo de dos funcionarios por cada entidad, quienes se encargarán de*** *consultar, comunicar y tomar las decisiones sobre las situaciones que ameriten su intervención, previas las consultas del caso con las áreas involucradas. Cada parte informará a la otra el cambio del personal designado, para evitar interrupciones que perjudiquen la correcta ejecución del contrato. Estos funcionarios se reunirán cada vez que las circunstancias lo requieran y, entre otras, cumplirán con las siguientes funciones:* ***7.1. Llevar en forma ordenada y precisa la documentación concerniente a este contrato****, consignado cronológicamente toda la información de los eventos que se consideren relevantes, tales como: consultas, decisiones y soluciones.* ***7.2. Establecer y revisar los procedimientos relacionados con la facturación****, la distribución, el recaudo, el manejo de la información, la atención de reclamaciones por facturación del servicio y la conciliación de saldos.* ***7.3. Revisar y aprobar las conciliaciones semestrales mediante actas y hacer el seguimiento a los valores que aparecen pendientes de conciliar por diferentes conceptos****. 7.4. Todas las demás funciones que sean necesarias para garantizar la adecuada ejecución del presente contrato. Las decisiones acordadas por las partes deberán constar por escrito”* (fl. 9 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del texto original y negrillas de la Sala).

La cláusula no contempla que el municipio tenga la obligación previa de auditar los procedimientos y reportes para que EPM pudiera facturar, esto es, el cumplimiento de la obligación en ningún momento se sujetó o condicionó a la ejecución de alguna prestación a cargo del municipio, por lo tanto, la prestadora no puede excusar su omisión en la supuesta falta de auditoria pues, lo que el contrato prevé es que EPM factura y ambas partes revisan con posterioridad los procedimientos aplicados y los informes rendidos en relación con dichas facturas.

En consecuencia, la falta de auditoria no fue un incumplimiento previo del municipio que le impidiera a EPM facturar en debida forma, por cuanto, esa labor le correspondía ejecutarla a la prestadora.

1. Adicionalmente, el demandante asegura que no hubo incumplimiento porque solo los usuarios están obligados a pagar el impuesto según la cláusula cuarta que es del siguiente tenor:

*“CLÁUSULA CUARTA. Recaudo.* ***LAS EMPRESAS recaudarán los valores correspondientes a la facturación*** *de los valores originados por el servicio a sus suscriptores y usuarios conforme a las siguientes estipulaciones: (…)* ***4.2. Los valores dejados de recaudar son deudas de los suscriptores de LAS EMPRESAS con EL MUNICIPIO y no comprometen a LAS EMPRESAS, ya que los únicos responsables del pago son los beneficiarios del servicio público de alumbrado****. LAS EMPRESAS suspenderán la facturación a aquellos suscriptores que EL MUNICIPIO le solicite mediante reporte escrito.”* (fls. 7 y 8 cdno. ppal. - mayúsculas sostenidas del texto original y negrillas de la Sala).

Si bien la cláusula prevé que los valores facturados y no recaudados por falta de pago de los suscriptores no comprometen la responsabilidad de la prestadora lo cierto es que ese no es el escenario del presente asunto pues, precisamente la prestadora dejó de facturar y solo lo hizo tardíamente, aspecto que compromete su responsabilidad porque cumplió extemporáneamente su obligación.

# 3.3 Los perjuicios reclamados por el municipio por la falta de facturación entre junio de 2007 y febrero de 2011

Una vez verificado el incumplimiento de EPM en relación con los usuarios industriales y comerciales en el periodo en comento solo resta verificar si procede la condena al pago de perjuicios requerida por el municipio.

Sobre el particular, está acreditado el valor de lo dejado de facturar entre junio de 2007 y febrero de 2011 (fls. 297 a 306 cdno. ppal.) según el informe presentado para el efecto por EPM, así:

|  |  |
| --- | --- |
| **Mes** | **Valor no facturado** |
| Junio de 2007 | $25.043.039 |
| Julio de 2007 | $24.957.942 |
| Agosto de 2007 | $20.822.766 |
| Septiembre de 2007 | $20.056.039 |
| Octubre de 2007 | $20.948.771 |
| Noviembre de 2007 | $19.958.823 |
| Diciembre de 2007 | $21.743.229 |
| Enero de 2008 | $19.945.700 |
| Febrero de 2008 | $19.338.358 |
| Marzo de 2008 | $21.104.906 |
| Abril de 2008 | $20.521.391 |
| Mayo de 2008 | $22.642.157 |
| Junio de 2008 | $22.889.937 |
| Julio de 2008 | $22.527.498 |
| Agosto de 2008 | $23.495.049 |
| Septiembre de 2008 | $23.403.661 |
| Octubre de 2008 | $23.576.707 |
| Noviembre de 2008 | $23.496.339 |
| Diciembre de 2008 | $23.876.478 |
| Enero de 2009 | $23.098.699 |
| Febrero de 2009 | $22.998.315 |
| Marzo de 2009 | $24.887.856 |
| Abril de 2009 | $25.750.898 |
| Mayo de 2009 | $24.481.952 |
| Junio de 2009 | $25.160.345 |
| Julio de 2009 | $24.607.727 |
| Agosto de 2009 | $24.610.237 |
| Septiembre de 2009 | $25.418.763 |
| Octubre de 2009 | $25.780.397 |
| Noviembre de 2009 | $25.690.867 |
| Diciembre de 2009 | $25.693.720 |
| Enero de 2010 | $23.603.595 |
| Febrero de 2010 | $21.845.960 |
| Marzo de 2010 | $24.615.694 |
| Abril de 2010 | $23.788.305 |
| Mayo de 2010 | $23.375.664 |
| Junio de 2010 | $24.107.954 |
| Julio de 2010 | $23.604.545 |
| Agosto de 2010 | $23.280.547 |
| Septiembre de 2010 | $24.076.915 |
| Octubre de 2010 | $24.007.315 |

|  |  |
| --- | --- |
| **Mes** | **Valor no facturado** |
| Noviembre de 2010 | $24.273.712 |
| Diciembre de 2010 | $24.879.411 |
| Enero de 2011 | $23.545.870 |
| Febrero de 2011 | $23.323.757 |

Ahora bien, la obligación de facturar a cargo de EPM era de medio y no de resultado, el contrato le exigía facturar pero no a garantizar el pago de los usuarios; sin embargo, el demandado retardó el cumplimiento de la prestación principal por espacio de cinco años y por la demora transcurrió el tiempo lo cual favorece la prescripción de la acción de cobro en los términos del artículo 817 del Estatuto Tributario, por ejemplo, entre julio de 2007 –el primer mes no facturado se hizo exigible al mes siguiente– y julio de 2012 –momento en que EPM facturó– transcurrieron cinco años y, en ese contexto, el ente territorial afrontaría la posible prescripción de dicha mensualidad y el consecuente no pago del impuesto lo cual a todas luces es producto del incumplimiento contractual del demandado, por lo tanto, estaría obligado a asumir el valor de los importes no pagados.

No obstante, sobre el punto igualmente debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 819 del Estatuto Tributario según el cual “*el pago de la obligación prescrita, no se puede compensar, ni devolver. Lo pagado para satisfacer una obligación prescrita no puede ser materia de repetición, aunque el pago se hubiere efectuado sin conocimiento de la prescripción*”.

Además, una vez facturado el impuesto corresponde a cada usuario pagarlo (cláusula cuarta), pero, en el expediente no hay prueba del monto concreto que los suscriptores abonaron al municipio luego de que recibieran las facturas por los montos atrasados.

Así las cosas, está acreditado el daño que se le causó al municipio que corresponde al valor que dejó de recaudar como consecuencia de la tardanza de EPM; sin embargo, no está probado el monto concreto del perjuicio, ya que solo aquellos valores que el municipio no logró recaudar por causa de la demora que propicia la prescripción deben ser asumidos por EPM.

Ante la falta de determinación en la cuantía del perjuicio se condenará en abstracto en los términos del artículo 172 del CCA y por lo tanto la Sala reconocerá como indemnización el valor de lo facturado pero que no pudo ser recaudado por el municipio a causa de la prescripción producto de la tardía facturación, para el efecto la parte demandante deberá adelantar un incidente de liquidación dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto de obedecimiento al superior, de conformidad con las siguientes pautas:

1. Determinar el valor efectivamente recaudado y no pagado o transferido al municipio en cada mensualidad, para ello se tomará como base los montos no facturados que se acaban de enlistar y se contrastarán con lo pagado por los usuarios, la diferencia entre ambas cifras corresponde al valor que debe asumir EPM, a modo de ejemplo, lo no facturado en junio de 2007 fue de $25.043.039 en el hipotético evento de que los usuarios abonaran $14.452.045 el monto a cargo del demandado sería de $10.590.994, en contraste, si los suscriptores nada pagaron por motivo de la prescripción de la acción de cobro la prestadora asumiría el total de ese mes, esto es, $25.043.039; ejercicio que se repetirá para todos los meses entre junio de 2007 y febrero de 2011.
2. Actualizar las cifras dejadas de transferir al municipio por cada mensualidad de facturación del servicio, con fundamento en la siguiente fórmula:

índice final vf = vi x índice inicial

Dónde:

vf: es el valor final o condena actualizada o ajustada. vi: es el valor inicial.

índice final: el vigente al momento de hacerse la liquidación en el incidente. índice inicial: el del mes siguiente correspondiente al periodo de facturación, por cuanto, la facturación se hace por periodos mensuales vencidos a la prestación del servicio.

Para continuar con el ejemplo, el índice inicial para junio de 2007 sería el vigente al mes siguiente julio de 2007 y el índice final sería el vigente al momento en que se decida el incidente.

1. No se calcularán intereses de mora sobre dichos montos porque a partir de esta providencia surge la obligación a cargo de EPM de pagar los valores que el

municipio no haya podido recaudar, sin perjuicio de los intereses que corren luego de liquidada la condena en los términos del artículo 177 del CCA.

1. El valor total de la condena, antes de la actualización, no podrá superar el valor estimado de la cuantía de las pretensiones de la demanda que asciende a

$1.034.385.066, por ser este el valor máximo solicitado.

# Conclusión

Se modificará la sentencia impugnada que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de un lado, porque no operó la caducidad en relación con las pretensiones relacionadas con la falta de facturación ocurrida antes de febrero de 2010 y, de otro, por cuanto EPM incumplió el contrato al no facturar oportunamente el impuesto de alumbrado público causado entre junio de 2007 a febrero de 2011 lo cual lo obliga a asumir el valor de los impuestos que el municipio no haya logrado recaudar por motivo de la prescripción suscitada por la demora.

# Condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA en el presente asunto no hay lugar a condenar en costas en esta instancia por cuanto la conducta de las partes no evidencia en modo alguno una actuación caprichosa, arbitraria o temeraria.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

# F A L L A :

**1º) Revócase** el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia de 27 de noviembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y **modifícase** el ordinal segundo de la misma providencia, el cual quedara así:

SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato no. 8405949 por parte de Empresas Públicas de Medellín por la no facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público por el período comprendido entre junio de 2007 a febrero de 2011.

**2º) Condenáse** a Empresas Públicas de Medellín ESP al pago de perjuicios en la cuantía que se establezca dentro del trámite incidental que para el efecto deberá promover la parte actora de conformidad con los términos y pautas establecidos en la parte motiva de esta sentencia.

**3º) Confírmase** en lo demás el fallo apelado.

**4º) Abstiénese** de condenar en costas.

**5º)** Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo.

# NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**

# Presidente de la Sala (Firmado electrónicamente)

|  |  |
| --- | --- |
| **FREDY IBARRA MARTÍNEZ****Magistrado (Firmado electrónicamente)** | **MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ****Magistrado (Firmado electrónicamente)** |

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.