



Radicación: 25000-23-37-000-2015-01087-01 (25880)
Demandante: CONSORCIO SANITARIO NUEVO MONDOÑEDO
FALLO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000-23-37-000-2015-01087-01 (25880)
Demandante: CONSORCIO SANITARIO NUEVO MONDOÑEDO
Demandado: MUNICIPIO DE BOJACÁ

Temas: Incentivo para la ubicación de sitios de disposición final de residuos sólidos para los municipios periodos de enero de 2007 diciembre de 2013. Contrato de concesión.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 20 de mayo de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda y no accedió a la condena en costas¹.

ANTECEDENTES

Mediante el artículo 101 de la Ley 1151 de 2007 se creó el “incentivo para la ubicación de sitios de disposición final de residuos sólidos para los municipios”.

El 25 de marzo de 2014 el municipio de Bojacá expidió la Resolución 5 en la que liquidó el “incentivo para la ubicación de sitios de disposición final de residuos sólidos para los municipios” de los periodos de enero a 2007 al 30 de agosto de 2010 por valor de \$752.890.129 y de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2013 por \$26.826.846².

El 28 de septiembre de 2014 el municipio de Bojacá expidió la Resolución 34 en la que resolvió el recurso de reconsideración que presentó la demandante en contra de la Resolución 5 del 25 de marzo de 2014, en la cual se negaron los cargos en contra del acto recurrido³.

DEMANDA

CONSORCIO SANITARIO NUEVO MONDOÑEDO, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, formuló las siguientes pretensiones⁴:

¹ Índice 2 de la plataforma SAMAI

² *Ibidem*

³ *Ibidem*

⁴ *Ibidem*



“PRIMERA.- Se decrete la Nulidad de la Resolución No 5 del 25 de marzo de 2014 por medio de la cual la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Municipal de Bojacá efectuó una liquidación oficial y se declaró el incumplimiento por parte del **CONSORCIO RELLENO SANITARIO NUEVO MONDOÑEDO**. Lo anterior, teniendo en cuenta que el acto administrativo incurre en falsa motivación.

SEGUNDA.- Se decrete la Nulidad de la Resolución No 34 del 24 o 28 (el Acto Administrativo difiere entre lo expresado en letras y el número) de septiembre de 2014 por medio de la cual la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Municipal de Bojacá resolvió el recurso de reconsideración interpuesto en contra de la Resolución No 5 del 25 de marzo de 2014, que en su parte resolutive ordenó **“NO RECONSIDERAR** la liquidación oficial efectuada mediante resolución No 5 de 2014, de conformidad con lo considerado en la parte motiva”

TERCERA.- Se ordene al Municipio de Bojacá que proceda a la reliquidación oficial sin que se tenga en cuenta ni se incluya el incentivo creado por la Ley 1151 de 2007, ya que el mismo no es aplicable a la relación jurídica tal y como se señalará más adelante.

CUARTA.- Que de acuerdo con la reliquidación ordenada en la pretensión anterior se ordene la restitución al demandante el saldo que resulte a su favor debidamente indexado.

QUINTA.- Que se ordene cancelar a la demandante los perjuicios sufridos por la liquidación errada contenida en la Resolución No 5 del 25 de marzo de 2014 y su confirmación en la Resolución No 34 del 24 o 28 (el Acto Administrativo difiere entre lo expresado en letras y el número) de septiembre de 2014 por medio de la cual la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía municipal de Bojacá resolvió el recurso de reconsideración.

SEXTA.- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en la ley.

SÉPTIMA.- Se condene en costas a la demandada.”

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 142 y 150 de la Ley 142 de 1994
- Artículos 101 y 160 de la Ley 1151 de 2007
- Artículos 251 y 276 de la Ley 1450 de 2011
- Decreto 1436 de 2008
- Decreto 920 de 2013

El concepto de la violación se sintetiza así⁵:

Aclaró que el tema en discusión tiene un origen de carácter contractual, porque la Secretaría de Hacienda del municipio de Bojacá solicitó el pago del “incentivo para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de carácter regional” establecido en la Ley 1151 de 2007.

Explicó que en un principio se suscribió el Contrato de Concesión 1 de 2002 con el municipio demandado, en el que se estableció la tarifa fija que podía cobrar por la

⁵ *Ibidem*



recolección de residuos sin que se permitiera modificarla de manera unilateral. Sin embargo, al ser un contrato de invitación pública a empresas privadas, para operación, financiación y mantenimiento de servicios públicos el mencionado contrato no se afectaba por la Ley 142 de 1994, como lo establece la Resolución CRA 351 de 2007.

Advirtió que la Resolución 5 de 2014, la cual se demanda en este proceso establece que se debe hacer el pago del “incentivo para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de carácter regional” en consideración con el artículo 101 de la Ley 1151 de 2007. Sin embargo, el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 establece que dicha norma no aplica en situaciones en las que se haya realizado una licitación pública en la que estuvieran invitadas empresas privadas.

Señaló que el contrato original fue el Contrato de Concesión 1 de 2002 y según comunicado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el incentivo del artículo 101 de la Ley 1151 de 2007 solo era aplicable si las partes lo acordaban. Además, en la modificación de dicho contrato del 10 de agosto de 2010 se estableció de forma explícita, que no se incluirían nuevos incentivos.

Alegó que la Resolución 34 de 2014 no analizó los cargos del recurso de reconsideración, debido a que solo afirma que se debió de demostrar la inexistencia de la obligación o el cobro de lo no debido, lo cual se encuentra probado en el expediente, ya que en el año 2007 existía una tarifa establecida en el contrato de concesión. Adicionalmente, el artículo 150 de la Ley 142 de 1994 no permite cobros inoportunos al no haberse facturados valores adicionales a los consumidores.

Aclaró que el Concepto 756 de 2012 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios explicó, que al no existir reglamentación del artículo 251 de la Ley 1450 de 2011 no se puede cobrar el incentivo en discusión, ya que de hacerse sería arbitrario.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Municipio de Bojacá** se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos⁶:

Explicó la existencia de inepta demanda, por carencia de agotamiento en vía de recursos administrativos del restablecimiento perseguido en la reforma de la demanda, debido a que solicita en vía judicial una reliquidación y devolución de lo pagado, lo cual no solicitó en el recurso de reconsideración. Además, alegó que no se agotaron los recursos en vía administrativa, porque la demandante solo planteó la no exigibilidad de cobro de incentivos, por los periodos anteriores a la modificación del contrato (entre enero de 2010 y 30 de agosto de 2010), pero no argumenta en contra de los periodos posteriores (hasta 31 de diciembre de 2013), por lo que no existe congruencia en sus fundamentos, como lo exige el artículo 281 del Código General del Proceso -CGP-.

Aclaró que la modificación del Contrato de Concesión del 10 de agosto de 2010 tenía como fin la extensión de dicho contrato y de aclarar el pago del incentivo, pero el incentivo se debió de aplicar de forma inmediata desde el año 2007, porque el contrato

⁶ Índice 2 de la plataforma SAMAI





se firmó de acuerdo con el artículo 13 del Estatuto de Contratación Estatal y los artículos 1494, 1602, 1618 y 1622 del Código Civil.

Señaló que *“con independencia a sí la exigibilidad del pago del incentivo consagrado en la Ley 1151 de 2007, era ora de manera concomitante a la promulgación de la citada ley, ya de manera inmediatamente ulterior a la suscripción del modificadorio del acuerdo consorcial, lo cierto es que el querer de las partes contractuales - Departamento de Cundinamarca y Consorcio Relleno Sanitario Nuevo Mondoñedo-, fue reconocer la causación del mismo por el ámbito temporal comprendido entre septiembre de 2007 hasta agosto de 2010, y su consecuente deber contractual de pago por parte de la organización consorcial aquí demandante, en beneficio y en favor de un tercero denominado Municipio de Bojacá”*

Advirtió que las partes reconocieron el pago retroactivo del incentivo de la Ley 1151 de 2007 en la modificación del contrato consorcial al reconocer el beneficio a favor de la entidad territorial. Además, no debe aceptarse que la actora alegue culpa en beneficio propio, ya que el incentivo es resultado de la voluntad de las partes al firmar el acuerdo consorcial y su posterior modificación.

Explicó que si la demandante deseaba negociar el pago del incentivo debió iniciar un proceso de controversias contractuales, porque la intención debe ser que las autoridades judiciales establezcan la nulidad de la modificación del contrato de concesión. Adicionalmente, no es aplicable en el presente caso lo establecido en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, porque no cumple con el principio de especialidad consagrado en el artículo 10 del Código Civil al ser un tema tributario que se trata en el presente caso.

Aclaró que en todo lo actuado por la administración se realizó de acuerdo con el principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución Política.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B negó las pretensiones de la demanda y no accedió a la condena en costas. Las razones de la decisión se resumen así⁷:

Explicó que los actos demandados no interpretan de forma incorrecta lo establecido en la Ley 1151 de 2007 y el artículo 87 de la Ley 142 de 1994, porque no existe controversia en que el demandante debió de liquidar y cobrar el incentivo en los recibos de cobro de los usuarios desde el año 2007 hasta abril de 2013 en consideración de las normas enunciadas.

Advirtió que no es procedente alegar, que por no tener la calidad de empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios y por ser necesaria una modificación al contrato de concesión no pudiera cobrar el incentivo de carácter tributario, ya que es un tema diferente a las calidades contractuales. Además, los recursos tributarios recibidos por los municipios son de interés público, los cuales provienen del usuario final como sujeto pasivo y el consorcio es un ente recaudador.

⁷ Índice 2 de la plataforma SAMAI





Aclaró que no existió desequilibrio económico en el contrato, ya que en modificación del Contrato de Concesión 1 suscrito el 10 de agosto de 2012 la demandante reconoció deuda por \$953.000.000 por el incentivo creado desde enero de 2007 hasta el 30 de agosto de 2010. Adicionalmente, no condenó en costas por no encontrarse probadas en el expediente.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** apeló con fundamento en los siguientes argumentos⁸:

Alegó que existe una controversia jurídica, porque se encuentra demostrado en el expediente que no le correspondía por excepción legal la modificación de la tarifa y el cobro del incentivo creado por la Ley 1151 de 2007. En consecuencia, debe tenerse en cuenta el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 el cual establece que el incentivo no aplica a las empresas que celebran contratos mediante invitación pública.

Aclaró que el 27 de diciembre de 2002 se suscribió el contrato entre el Consorcio Relleno Sanitario Nuevo Mondoñedo y la Gobernación de Cundinamarca, por lo que las tarifas a cobrar al usuario final no podían modificarse solo por una de las partes. Además, el incentivo creado por la Ley 1151 de 2007 fue tan poco claro que en el expediente se encuentran respuestas a derechos de petición, que no explican de forma específica su aplicación, por lo que sí existe una controversia jurídica en el presente caso.

Señaló que el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 es la norma especial que aplica a la situación de la concesión y en la situación jurídica del consorcio, por lo que no se discute la existencia del incentivo del artículo 101 de la Ley 1151 de 2007, sino que existe una norma que exceptúa sus efectos. En consecuencia, la norma especial debe aplicar sobre la general, tal como lo reconoce el fallo de primera instancia, pero no lo aplica de forma correcta.

Advirtió que la destinación del incentivo no riñe con la excepción, debido a que el legislador reconoce que existe una concesión que se adjudicó por medio de invitación pública y cuya tarifa solo puede ser modificada entre partes. Adicionalmente, la sentencia de primera instancia utiliza de forma errónea la analogía para resolver el caso, ya que el Decreto 920 de 2013 no ordena ni regula lo mismo que la Ley 142 de 1994, por cuanto el mencionado decreto es para pago de intereses y presentar reportes de información.

Manifestó que el Tribunal desconoció el principio de relatividad de los contratos e interpretó de forma errónea la modificación del contrato de concesión del 10 de agosto de 2012, toda vez que los contratos solo pueden producir efectos entre las partes que los otorgan y la modificación del mencionado contrato solo tuvo como fin la limitación temporal, para el cobro del usuario final. Además, se evidencia que el fallo contraría conceptos y pronunciamientos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Alegó que no puede encargarse de la facturación de todos los componentes en materia del servicio de aseo, porque solo se encarga del sitio de disposición final y el fallo de

⁸ *Ibidem*





Radicación: 25000-23-37-000-2015-01087-01 (25880)
Demandante: CONSORCIO SANITARIO NUEVO MONDOÑEDO
FALLO

primera instancia aplica de forma retroactiva la norma tributaria al cobrar el incentivo desde el año 2007 al igual que la Ley 1450 de 2011.

Explicó que el Tribunal erró en la interpretación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, porque no pueden cobrarse bienes y servicios no facturados por error.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Se observa que la demandada presentó memorial el 18 de agosto de 2022⁹ en el cual se pronunció respecto al recurso de apelación que fue presentado el 13 de julio de 2020 por la parte demandante¹⁰. Sin embargo, posteriormente la parte demandada presentó alegatos de conclusión en cumplimiento de auto del 29 de agosto de 2022¹¹ en el que se expresa las mismas razones jurídicas que en el pronunciamiento al recurso de apelación, por lo que se tendrá en cuenta lo determinado en los alegatos de conclusión.

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la apelación¹².

El **municipio de Bojacá** reiteró de forma sucinta lo expuesto en la contestación de la demanda¹³.

El **Ministerio Público** no se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación, se debe establecer si los actos administrativos demandados se encuentran viciados por falsa motivación, por determinar que la demandante es responsable del “incentivo para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de carácter regional” entre los periodos enero de 2007 al 30 de agosto de 2010 y septiembre de 2010 a 31 de diciembre de 2013.

La demandante alegó que la sentencia de primera instancia no resolvió el problema jurídico planteado, debido a que se encuentra amparado por la excepción legal de la imposibilidad de modificar la tarifa y el cobro del incentivo creado por la Ley 1151 de 2007.

El artículo 101 de la Ley 1151 de 2007 ordena lo siguiente:

“ARTÍCULO 101. Acceso a rellenos sanitarios y/o estaciones de transferencias. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 2436 de 2008. Las autoridades ambientales, personas prestadoras o entidades territoriales no podrán imponer restricciones injustificadas al acceso a los rellenos sanitarios y/o estaciones de transferencia.

Créase el incentivo para la ubicación de sitios de disposición final de residuos sólidos para los municipios donde ubiquen rellenos sanitarios de carácter regional.

⁹ Índice 27 de la plataforma Samai

¹⁰ Índice 2 de la plataforma Samai

¹¹ Índice 29 de la plataforma Samai

¹² Índice 35 de la plataforma Samai

¹³ Índice 36 de la plataforma Samai



El valor de dicho incentivo será pagado al municipio donde se ubique el relleno sanitario por el prestador de esta actividad de disposición final y su tarifa será de 0.23% del smmlv por tonelada dispuesta.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico definirá el mecanismo de inclusión del incentivo en la tarifa del usuario final del servicio de aseo, salvo aquellos usuarios ubicados en el municipio donde se encuentra el relleno sanitario.

PARÁGRAFO. En aquellos casos en que el relleno sanitario se ubique en zonas limítrofes de varios municipios, el incentivo se distribuirá equitativamente entre estos municipios, conforme al estudio de impacto ambiental que realice la autoridad ambiental competente.” (Subraya la Sala)

De acuerdo con la norma transcrita, se creó un incentivo para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de residuos sólidos con una tarifa del 0.23% del smmlv por tonelada. El mencionado incentivo fue regulado por la Resolución CRA 429 del 25 de septiembre de 2007 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en el que en el artículo 1 se determinó que el mencionado incentivo se debe cobrar en la factura del usuario final, por lo que se encontraba regulado el incentivo a diferencia de lo expresado por la demandante en el escrito de apelación¹⁴.

El artículo 101 de la Ley 1151 de 2007 fue derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, pero en la misma ley en el artículo 251 se conservó el incentivo municipal de rellenos sanitarios de acuerdo con lo siguiente:

“ARTÍCULO 251. Eficiencia en el manejo de residuos sólidos. Con el fin de controlar y reducir los impactos ambientales, generar economías de escalas y promover soluciones de mínimo costo que beneficien a los usuarios del componente de disposición final del servicio público de aseo, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial podrá establecer e implementar áreas estratégicas para la construcción y operación de rellenos sanitarios de carácter regional, incluidas las estaciones de transferencia de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, y con base en los usos del suelo definidos para este fin por los Concejos Municipales. [...]

Consérvese el incentivo para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de carácter regional. El valor de dicho incentivo continuará siendo pagado por el prestador al municipio donde se ubique el relleno sanitario de la actividad de disposición final y su tarifa será entre 0.23% y 0.69% del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente – (smlmv) por tonelada dispuesta de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes criterios: cantidad de toneladas dispuestas, capacidad del relleno sanitario. [...]

PARÁGRAFO 1º. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico definirá el mecanismo de inclusión del pago del incentivo en la tarifa del

¹⁴ “ARTÍCULO 1o. INCORPORACIÓN A LA TARIFA DEL USUARIO FINAL DEL INCENTIVO A LOS RELLENOS SANITARIOS CREADO POR LA LEY 1151 DE 2007. Al Costo de Tratamiento y Disposición Final (CDTj), establecido en el artículo 15 de la Resolución 351 de 2005, se adicionará el valor equivalente al 0.23% del smmlv por tonelada dispuesta, para determinar el valor total por tonelada a ser incorporado en la factura al usuario final de todos aquellos municipios diferentes a aquel donde se encuentre ubicado el relleno sanitario, y cuyos residuos sólidos se dispongan en el municipio receptor.”



usuario final del servicio de aseo, salvo aquellos usuarios ubicados en el municipio donde se encuentra el relleno sanitario y/o la estación de transferencia. [...]

PARÁGRAFO 3º. En aquellos casos en que el relleno sanitario se encuentre ubicado o se llegare a ubicar en zonas limítrofes de varios municipios, el incentivo se distribuirá equitativamente entre los municipios, conforme al estudio de impacto ambiental que realice la autoridad ambiental competente.” (Subraya la Sala)

De acuerdo con la norma, el incentivo continuó con una nueva tarifa, regulada mediante el Decreto 920 del 8 de mayo de 2013 expedido por el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, el cual en su artículo 5 de forma clara y específica determinó que la no suscripción de acuerdo del pago del incentivo no exime al ente recaudador de su pago¹⁵. Se aclara que

Ahora, la demandante argumenta que no es responsable del pago del incentivo en los periodos discutidos, debido a que se encuentra en una excepción legal establecida en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, la cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia. [...]

PARÁGRAFO 1. Cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta Ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta Ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta Ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga.

PARÁGRAFO 2. Para circunstancias o regímenes distintos a los establecidos en el parágrafo anterior, podrán existir metodologías tarifarias definidas por las comisiones respectivas. Para tal efecto, se tomarán en cuenta todas las disposiciones relativas a la materia que contiene esta Ley.”

La Sala advierte, que la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” establece la forma de determinar el valor de la tarifa de los servicios públicos domiciliarios, pero no regula la forma en que los tributos deben ser aplicados para su cobro, ni hace mención a que “el incentivo” requiera un acuerdo entre las partes para ser cobrado, por lo que no le

¹⁵ “Artículo 5º. Pago del incentivo. Para efectos de asegurar el pago del incentivo al municipio, deberá suscribirse un convenio entre este y el prestador del componente de disposición final, responsable del relleno sanitario de carácter regional, o de la estación de transferencia de carácter regional, en el cual se pacte como mínimo las condiciones de pago y los intereses que se causen en caso de mora o incumplimiento, así como los términos y plazos en que se harán los reportes de información al municipio beneficiario sobre las toneladas mensuales de residuos dispuestos o transferidos que lo originan.

La no suscripción del convenio no releva al prestador de la obligación de pagar el valor del incentivo.”



asiste razón a la demandante en asegurar que el legislador los excluyó del tributo al no haberse negociado en el contrato de concesión.

En este orden de ideas, se advierte que el Tribunal resolvió el problema jurídico planteado, debido a que en el fallo de primera instancia se advierte a la demandante, que no es un requisito del tributo la negociación de la tarifa de un servicio público.

En relación con las características de los tributos, la Corte Constitucional en sentencia C-134 de 2019 determinó lo siguiente:

“3.1. El Estado exige cargas económicas a los particulares en función de la realización de sus cometidos y, específicamente, prestaciones avaluables en dinero como medio financiero de la actividad estatal. Así, en términos generales, son tributos las prestaciones pecuniarias establecidas por la autoridad estatal, en ejercicio de su poder de imperio, para el cumplimiento de sus fines. Los tributos consisten en impuestos, contribuciones y tasas (como se desprende del artículo 338 de la Constitución Política), según la intensidad del poder de coacción y el deber de contribución implícito en cada modalidad.”

De acuerdo con la definición de tributo, el “incentivo para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de carácter regional” tiene características fiscales al ser determinado legalmente para el funcionamiento público. Adicionalmente, cumple con los elementos de los tributos de acuerdo con lo siguiente¹⁶:

- Sujeto activo: Municipios en los que se encuentren los rellenos sanitarios.
- Sujeto pasivo: Los usuarios del servicio de aseo.
- Hecho generador: Acceder a rellenos sanitarios de disposición final en el territorio de municipios.
- Base gravable: Número de toneladas
- Tarifa: 0.23% por cada tonelada desde ley de 2007 y entre 0.23% y 0.69% por tonelada luego de ley de 2011.
- Entes recaudadores: Prestadores de servicio de disposición final de los residuos sólidos.

En este orden de ideas, los acuerdos entre particulares no eximen a los particulares del pago de tributos, por lo que la demandante no puede escudarse del pago al fisco argumentando lo ordenado por una norma que se refiere al valor de tarifas y no al valor de un tributo¹⁷. En consecuencia, no le asiste la razón a la demandante en determinar el cumplimiento de una norma especial, que no se refiere a una norma tributaria.

Se aclara, que en el presente caso el Tribunal de forma acertada precisó que el cobro del incentivo tenía una destinación de bienestar popular, debido a que es lo que determina la norma que lo creó, y no se advierte que existe una aplicación de analogía normativa al invocar el Decreto 920 de 2013 (*Por el cual se reglamenta el artículo 251 de la Ley 1450 de 2011 en relación con el incentivo a los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios y estaciones de transferencia regionales para residuos sólidos*), ya que su fin fue indicar que incluso la norma reglamentaria no requiere de un convenio, para el cobro del incentivo, por lo que sí tiene relación con los temas discutidos.

¹⁶ Elementos del tributo descritos en la sentencia C-155/03 de la Corte Constitucional

¹⁷ Artículo 553 del Estatuto Tributario “Los convenios entre particulares sobre impuestos, no son oponibles al fisco.”



En cuanto a lo estipulado en el Contrato de Concesión 1 de 2002 y en su modificación de 10 de agosto de 2012, es cierto que afecta a las partes firmantes de acuerdo con el artículo 1257 del Código Civil¹⁸, pero no puede oponerse al pago del tributo en consideración con lo expuesto previamente. Adicionalmente, se advierte que el valor del pago del incentivo se reconoció por las partes en la modificación del Contrato de Concesión 1 de 2002 realizado el 10 de agosto de 2012, en el que se establece entre las partes lo siguiente¹⁹:

“3. Teniendo en cuenta que la tarifa a cobrar por el Concesionario se estableció contractualmente, con base en la propuesta del Consorcio, basada en el modelo financiero presentado por el mismo, el cual no podía contemplar el incentivo en estudio, por no haberse aún establecido, y que las regulaciones relacionadas con el mismo son claras en cuanto a que el incentivo debe ser asumido por los usuarios en las tarifas, se considera que para el efecto debe efectuarse la modificación al Contrato de Concesión 001 de 2002, adicionando a la tarifa pactada el valor del referido incentivo. 4. Que es necesario modificar el Contrato de Concesión ajustando la tarifa en forma permanente en MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$1.184.50) por tonelada dispuesta, a partir de la facturación de septiembre de 2010, suma que será ajustada anualmente conforme con la variación del SMMLV, con lo cual se dará cumplimiento a la Resolución Regulatoria. 5. Que a la fecha de la suscripción de la presente modificación se adeuda al Municipio de Bojacá la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$953.000.000), pro concepto de la aplicación del incentivo desde enero del 2007 al 30 de agosto de 2010; suma a cancelar previo acuerdo con el Municipio, en el plazo inicialmente estimado en sesenta (60) meses, con un aumento temporal de la tarifa equivalente a SETECIENTOS ONCE PESOS M/CTE (\$711,00) mensuales. Dicho plazo podrá ser superior o inferior de acuerdo con la cantidad de toneladas efectivamente dispuestas en el relleno sanitario [...]”

De acuerdo con el aparte de la modificación del contrato, las partes aceptan el pago del incentivo, razón por la que el demandante no puede desconocer que se encuentra obligado a su pago incluso contractualmente, por lo que no puede alegar su imposibilidad de pago y recaudo al aceptarlo en una negociación contractual.

Se aclara que en el fallo de primera instancia no se desconoce la autoridad de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o sentencia del Consejo de Estado, debido a que las opiniones de sus conceptos o de sentencias no son de obligatorio cumplimiento de las autoridades judiciales, debido a que los jueces solo se encuentran supeditados al imperio de la ley como lo determina el artículo 230 de la Constitución Política²⁰.

Adicionalmente, no se advierte una aplicación retroactiva de la norma tributaria, ya que el tributo nació mediante ley del año 2007, por lo que su cobro es válido al no haberse pagado de forma oportuna por la demandante, y no procede la aplicación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, porque hacer referencia a la imposibilidad de cobro por

¹⁸ “ARTÍCULO 1257 Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. [...]”

¹⁹ Índice 2 de la plataforma Samai

²⁰ “Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”



bienes y servicios no facturados, pero no hace referencia a la imposibilidad de cobrar tributos de forma específica²¹.

En cuanto a la liquidación de los actos demandados, la Sala aclara que proviene de la modificación del contrato de Concesión 1 de 2002 realizado el 10 de agosto de 2012 en el que las partes acordaron los valores, pero no existe prueba en el expediente en que efectivamente el cálculo del valor adeudado incluya valores en los que la norma o la regulación no tuvieran efecto. En el mismo sentido, en cuanto al cálculo de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2013 del incentivo no existe prueba en el expediente en el que se concluya, que el cálculo se realizó cuando no existía la regulación, por lo que al establecerse por las partes en la modificación del contrato aceptaron el valor determinado, por lo que no se puede establecer que la aplicación de las normas tributarias haya sido retroactiva.

Se advierte, que pese a que la demandante alega que solo actúa como operador del sitio de aseo de disposición final y que no tiene control de las tarifas que se recaudan dentro del servicio de aseo, la actora en la modificación del contrato de concesión efectuada el 10 de agosto de 2012 acepta que puede afectar las tarifas de recolección al aceptar el incentivo y no prueba si otra entidad es la encargada de las tarifas. Además, en el escrito de demanda y en el Contrato de Concesión 1 de 2002 aclara que puede negociar tarifas con su contraparte, para determinar los valores de cobro a los usuarios.

De acuerdo con lo expuesto y al no encontrarse prueba del pago del incentivo en el expediente, la Sala advierte que la demandante no desvirtuó la legalidad de los actos demandados, en consecuencia, no prosperan los cargos de apelación.

Condena en costas

Finalmente, en cuanto a la condena en costas (agencias en derecho y gastos del proceso), se observa que a la luz de los artículos 188 del CPACA y 365 (num. 8) del CGP, no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen, razón por la cual, no se condenará en costas en esta instancia procesal.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada y negará la condena en costas en segunda instancia.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de mayo de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B.

²¹ "ARTÍCULO 150. De los cobros inoportunos. Al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión, o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario."



Radicación: 25000-23-37-000-2015-01087-01 (25880)
Demandante: CONSORCIO SANITARIO NUEVO MONDOÑEDO
FALLO

SEGUNDO: No se condena en costas en esta instancia.

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

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha

(Firmado electrónicamente)

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Presidenta

(Firmado electrónicamente)

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)

MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)

WILSON RAMOS GIRÓN.