

EDICTO No.005

Medio de control	ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-23-31-000-2009-00164-00
Demandante	SOCIEDAD DE SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y FONDO DE TRANSPORTES Y TRÁNSITO DE BOLIVAR (FTTB, EN LIQUIDACIÓN)
Nº DE FOLIOS DE LA PROVIDENCIA	TREINTA Y CUATRO (34).
CUADERNO	PRINCIPAL
FECHA DE LA SENTENCIA	DIECISÉIS DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIUNO (16-04-2021).
Magistrado Ponente	MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ D-006

Para notificar a las partes la providencia anterior, se fija el presente edicto por el término de tres (3) días, en la página web de la Rama Judicial. NOTA: EL PRESENTE EDICTO SE ENVIARÁ POR CORREO ELECTRÓNICO A LAS PARTES.
Cartagena, veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021), a las ocho de la mañana (08:00 am).

LA SECRETARIA GENERAL



DENISE AUXILIADORA CAMPO PEREZ
SECRETARIA GENERAL

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado	13-001-23-33-000-2009-00164-03
Demandante	SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A.
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y FONDO DE TRANSPORTE Y TRÁNSITO DE BOLÍVAR (FTTB- En liquidación)
Tema	Cobro coactivo de impuestos Municipales -Función administrativa indelegable a particulares- Nulidad oficiosa absoluta del contrato 000198.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a emitir fallo de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A., instauró demanda de controversias contractuales en contra del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y el FONDO DE TRANSPORTE Y TRÁNSITO DE BOLÍVAR, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES PRINCIPALES:

PRIMERO: Declárese administrativamente responsable a las entidades demandadas DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., por incumplimiento tajante de los numerales descritos en los acápites anteriores y contenidos de manera especial en la Cláusula Segunda literal B) del contrato de prestación de servicios profesionales y asesoría en la liquidación, facturación, sistematización y cobro persuasivo y por jurisdicción coactiva de la cartera morosa y corriente suscrito el día 12 de junio de 2008 entre

¹En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-59 cdno 1

³ Fols.48-50 Cdnó 1.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.019/2021
SALA DE DECISIÓN No.004

SIGCMA

13-001-23-33-000-2009-00164-03

el FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB y la SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior y para reparar los daños causados a la SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A., se condene al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., con cargo de su presupuesto, a pagar el valor que asciende la totalidad de los perjuicios materiales causados como son el daño emergente, lucro cesante cierto y lucro cesante futuro, en la cuantía de CUATRO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUADRO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL TRECIENTOS TREINTA Y SISTE PESOS M/L (\$4.774.480.337.00) o la suma que resulte posterior conforme el procedimiento indicado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, monto que debe ser indexado o actualizado en su valor, atendiendo la depreciación de la moneda en el tiempo.

TERCERO: Que la liquidación de los perjuicios (daño material, lucro cesante cierto y lucro cesante incierto) se haga teniendo como fundamento la indexación o corrección monetaria, conforme lo dispuesto por el 178 del Código Contencioso Administrativo y que dicha liquidación deberá ser actualizada desde la fecha en que se causó el daño hasta la fecha de reparación del mismo por parte de los demandados.

CUARTO: Que la liquidación y el pago de los perjuicios materiales, como el daño emergente, lucro cesante cierto y lucro cesante incierto, se hará en sumas de dinero de curso legal en Colombia, devengando el respectivo interés técnico legal de que trata el artículo 1.617 del Código Civil, por el lapso de la fecha en que se generó la obligación de pagar una suma liquida de dinero y hasta cuando ejecutoriado el fallo que ponga coto final a esto el proceso judicial.

QUINTO: Que se condene al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., a pagar los respectivos interés moratorios de acuerdo a los criterios del artículo 4 de la Ley 80/93, del lucro cesante cierto o de las cuentas o facturas que el contratista presente ante esta y que son objeto de incumplimiento contractual.

SEXTO: Que se condene AL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., al pago de las sumas de las costas del proceso y las agencias en derecho y demás gastos del proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

PRIMERO: Declárese el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula segunda literal B) por parte del FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., y en consecuencia a tal declaración ordénese la terminación anticipada del contrato de prestación de servicios profesionales y asesoría y apoyo en la liquidación, facturación, sistematización y cobro persuasivo y por jurisdicción coactiva de la cartera morosa y corriente suscrito el 12 de junio de 2008, entre el FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., y la SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A., por cuanto el contratante ha incumplido las obligaciones especiales de remuneración al contratista afectando de gran manera la ejecución del contrato por parte de la SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A., aunado a que la entidad contratante cuenta con tres (3) meses que vencen el 30 de marzo de 2.008, para ser liquidada de acuerdo a Ordenanza expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración y orden anterior, se condene igualmente al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., a pagar con cargo a su presupuesto los perjuicios causados al contratista como resultado



13-001-23-33-000-2009-00164-03

del incumplimiento de sus obligaciones contractuales y los cuales corresponden al daño emergente, lucro cesante cierto, y lucro cesante futuro.

TERCERO: Que la liquidación y el pago de los perjuicios materiales, como el daño emergente, lucro cesante cierto y lucro cesante incierto, se hará en sumas de dinero de curso legal en Colombia, devengando el respectivo interés técnico legal de que trata el artículo 1.617 del Código Civil, por el lapso de la fecha en que se generó la obligación de pagar una suma líquida de dinero y hasta cuando ejecutoriado el fallo que ponga coto final a esto el proceso judicial.

CUARTO: Que igualmente y atendiendo las pretensiones principales se condene al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., al pago de las costas del proceso y las agencias en derecho y demás gastos del proceso.

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Manifiesta que el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica en el mes de marzo de 2008, presentó ante el Director General un “*Estudio de necesidad y conveniencia, previo al proceso de contratación directa para la prestación de servicios que permita el apoyo y asesoría en la liquidación, facturación, sistematización y cobro persuasivo, y por jurisdicción coactiva de la cartera morosa y corriente adeudadas al FTTB*”, donde se explicaron y relacionaron los aspectos relacionados de forma técnica y jurídica.

Que dicho estudio en el capítulo 4 se establecen las “*Recomendaciones*”, dadas por el Despacho, indicando el camino a seguir el FONDO DE TRANSPORTE Y TRANSITO DE BOLIVAR-FTTB., a fin de mejorar la gestión de recaudo y cobro por vía persuasiva y jurisdicción coactiva de la cartera vigente y vencida de los derechos de tránsito, tasas de sistematización, digitalización, seguridad vial y cobro de las multas de infracción a las normas de tránsito terrestre que son adeudadas por los contribuyentes e infractores omisos a favor del FTTB. Dichas recomendaciones fueron las siguientes: (i)contratar con una persona natural o jurídica por un término que sea superior a 1 año e inferior a 5 el cobro de dicha cartera morosa; (ii) la necesidad de contratar personal profesional como; 3 abogados con experiencia en jurisdicción coactiva, 1 contador público, un plan de acción, 7 equipos de cómputos para el manejo de la información, contratar bajo la modalidad de contratación directa de la Ley 1150/06 y el Decreto 066 de 2008.

Aunado al estudio de necesidad, la contadora pública del FTTB, expidió un documento donde certifica a cuando asciende la cartera morosa por

⁴ Fols. 6-27 Cdnno 1

13-001-23-33-000-2009-00164-03

concepto de derechos de tránsito y tasas de sistematización, seguridad vial, digitalización e intereses de mora correspondiente a los años de 2003 a 2007.

De igual forma que, con dicho estudio, se anexó certificado expedido por el subdirector de talento humano, en el que informaba que el FTTB, no contaba con perfiles profesionales en ingeniería de sistemas y contaduría con experiencia en gestión de cartera persuasiva y jurisdicción coactiva, así como la falencia de abogados, toda vez que, solo contaban con uno que se encargaba de asuntos internos y externos de la entidad.

Que mediante Acta No. 4 del 15 de mayo de 2008 por la Junta Directiva del FTTB, facultó y autorizó al Director General del FTTB, para que iniciara el proceso de selección y contratación de una persona natural y/o jurídica que se encargará de adelantar las gestiones de recaudo de las carteras por concepto de derechos de tránsito, tasas de digitalización, sistematización, seguridad vial, y multas de tránsito que se encuentren vigentes y vencidas utilizando la vía persuasiva y coactiva.

Que en atención a lo anterior, el Director General del FTTB profirió la Resolución No. 0711 del 27 de mayo de 2008 mediante la cual justificaba un contrato de prestación de servicios profesionales de apoyo y asesoría en la liquidación facturación, sistematización y cobro persuasivo y por jurisdicción coactiva de la cartera morosa y corriente adeudada al FTTB. Posteriormente, se publicó en un lugar visible de la entidad del 19 de mayo de 2008, aviso único de contratación para cumplir con las disposiciones descritas en el Decreto 2170 de 2002.

Subsiguientemente, el FTTB ordenó la publicación de los pliegos de condiciones del proceso de contratación directa No. 002 de 2008, en la pagina web de la entidad contratante, indicando las exigencias y requisitos necesarios para participar dentro del proceso de selección de contratista que ejecutaría el contrato de prestación de servicios. Que conforme a dicho proceso de contratación, la entidad demandante por considerar que cumplía los requisitos del pliego de condiciones decidió obtener los pliegos de las condiciones del proceso de contratación directa.

El día 29 de mayo de 2008 a las 4:45 pm se reunieron en la Dirección General del FTTB, a efectos de cumplir con la etapa de manifestación de interés de participar, el director general, jefe de la oficina jurídica, subdirectora administrativa y financiera, apoderado de la accionante, dejando constancia que solo se presentó un interesado, por lo que no fue necesario celebrar la audiencia de sorteo de oferentes. Al día siguiente, esto es el 30 de mayo, se llevó a cabo la audiencia de aclaración de pliegos y acompañamiento de

13-001-23-33-000-2009-00164-03

control social, manifestando la entidad demandante que no era necesario aclarar puntos, pues todo estaba claro.

Mediante Resolución No. 723 del 30 de mayo de 2008, el director general del FTTB, delegó en el jefe de la oficina jurídica, las funciones correspondientes al giro ordinario de la entidad, entre ellas, las de nombrar el Comité evaluador de propuestas presentadas en virtud del proceso de contratación directa No. 002 de 2008.

Como consecuencia del agotamiento de las etapas del proceso de contratación, alega la accionante que, presentó el 3 de junio de 2008 ante las instalaciones del FTTB, dos propuestas u ofertas en sobres cerrados a efectos de ser revisados y considerados por la entidad. Posteriormente, se elevó acta de entrega de la propuesta, suscrita por el director general encargado del FTTB y la demandante, dejando constancia de la presentación de las dos propuestas en sobres cerrados.

Una vez cerrado el proceso de contratación el comité concluyó que la demandante cumplía con el lleno de requisitos asignándole un puntaje de novecientos puntos, procediendo la entidad FTTB, a darle traslado a las veedurías y proponentes para que presentaran sus observaciones al proceso de contratación, sin existir oposición alguna a la misma.

El 12 de junio de 2008, mediante Resolución No. 0736, se adjudicó el contrato a la demandante, suscribiéndose el mismo en dicha fecha, y expidiéndose el certificado de disponibilidad presupuestal No. 0439 correspondiente; posteriormente se emitió el registro presupuestal por valor de \$50.000.000.00.

En fecha 17 de junio de 2008 la entidad demandante, adquirió la póliza de cumplimiento a favor de entidades oficiales No. 300009839, siendo aceptada y aprobada mediante Resolución No. 0775 del 18 de junio de 2008, por la entidad contratante.

Afirma que, para el perfeccionamiento del contrato, canceló el 18 de junio de 2008 la imprenta, tal y como prueba con la factura de venta No. 2355 de impresora Lourdes, documento que fue recibido por el FTTB; de igual forma, efectuó el pago de las estampillas Universidad de Cartagena, Prosocial, ProDesarrollo- Pro anciano, como consta en el recibo de pago No. 4-010-1990.

El 19 de junio las entidades contratantes, suscribieron el acta de inicio, dejando sentado el objeto del contrato, la fecha de suscripción del acta de inicio es

13-001-23-33-000-2009-00164-03

12 de junio de 2008, plazo de ejecución sería de 5 años, y la contratación por parte del FTTB de una fiducia.

Afirma que cumplió con todas sus obligaciones, indicando a su vez, que la entidad contratante nunca ha cancelado la remuneración al contratista, aunado al retraso en el pago de las facturas las cuales relaciona en la demanda. Ratificando que, el pago debió hacerlo dentro de los 3 primeros días de cada mes, previa la presentación de la factura.

Finaliza manifestando que a la fecha de la demanda, el FTTB no había expedido el certificado de disponibilidad y su registro presupuestales, siendo requerido por el contratista mediante Oficio SIM- 08-0051 del 6 de octubre de 2008, por concepto de comisión por la gestión de recaudo durante la vigencia 2009.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación⁵:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Arts. 1594, 1600, 1602, 1603, 1610, 1613, 1614 y 1658 Código Civil.
- Arts. 870, 871, 1036, 1046, 1047, y 1051 Código de Comercio.
- Arts. 13, 20, 23, 26, 39, 40, 50, 57 Ley 80 de 1993
- Art. 17 de la Ley 1150 de 2007.

Manifiesta como primer incumplimiento, la omisión en la entrega formal de la cartera de derechos de tránsito, tasas de digitalización, sistematización, seguridad vial, multas por infracciones, sin mediar acta o resolución donde el FTTB, hubiere suministrado dicha información, ejecutando el contratista sus obligaciones con una cartera provista incompleta y desactualizada. Por otro lado, indica que en el tiempo que lleva la ejecución la entidad contratante no ha determinado cual es la entidad bancaria que se va a encargar de la administración y pagos de los ingresos obtenidos por el FTTB como resultado de la gestión acometida por el contratista.

Indica que, la entidad contratante incumplió con los pagos al contratista, de acuerdo con los ingresos recibidos por la entidad financiera que se contrate para tal efecto y con los porcentajes de remuneración pactados en el contrato, indicando que, el primero de ellos corresponde al 10% del cobro persuasivo, 25% de cobro coactivo de la cartera morosa, y 7% de recuperación de cartera corriente. En cuanto al segundo, indicó que, se presentaron 5 facturas las cuales no se hicieron el desembolso efectivo.

⁵ Fols. 27- 48 cdno 1

13-001-23-33-000-2009-00164-03

En cuanto al encargo fiduciario que debió suscribir el contratante, indica que dicha gestión tenía como plazo el 12 de septiembre de 2008, habiendo transcurrido 3 meses para iniciar el proceso de contratación no le haya dado trámite al cumplimiento de la cláusula. De igual forma, manifiesta que, no se ha dado cumplimiento a la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, muy a pesar del requerimiento realizado por el contratista.

Finalmente, alega el incumplimiento de la cláusula segunda, respecto al pago de la remuneración del contratista, la cual debía hacerse dentro de los 3 días siguientes a la presentación de la factura, sin que a la fecha de presentación de la demanda hubiera respuesta a los requerimientos de pagos.

3.1.4. CONTESTACIÓN.

3.1.4.1. Departamento de Bolívar⁶

Manifiesta que, no le consta ninguno de los hechos de la demanda, en cuanto a las pretensiones se opone en su totalidad a las mismas, solicitando se denieguen estas.

Como argumento de defensa, indica que, el Fondo de Transporte y Tránsito de Bolívar (FTTB) es un ente descentralizado, con patrimonio propio y autonomía administrativa, afirmando que, el contrato fue suscrito entre el FTTB y la demandante, sin que exista relación contractual con el Departamento de Bolívar.

Por otro lado, manifiesta que carece de legitimidad en la causa por pasiva, debido a que, no ha llevado a cabo proceso licitatorio que haya culminado con la adjudicación y celebración de un contrato de prestación de servicios con la entidad demandante, aduce que, el FTTB, fue creado a través de la Ordenanza No. 11 de 1970.

Finalmente, pone de presente que, el conflicto materia de esta demanda debe ser dirimido por la justicia arbitral, de conformidad con la cláusula décima octava del contrato de prestación de servicios, suscrito el 12 de julio de 2008, la cual establece que, cualquier conflicto derivado del contrato lo resolverá el Tribunal de Arbitramento, por lo que carece esta Corporación para conocer y decidir del fondo de la litis.

Como excepciones propone las siguientes: (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) inexistencia de los elementos de la responsabilidad contractual; (iii) inexistencia de responsabilidad solidaria entre el

⁶ Fols. 580- 607 cdno 2

13-001-23-33-000-2009-00164-03

Departamento de Bolívar y el Fondo de Tránsito y Transporte de Bolívar; (iv) El conflicto debe ser dirimido por la justicia arbitral

3.1. ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue repartida el 18 de marzo de 2009 ante este Tribunal⁷
- Se admitió mediante auto del 04 de septiembre de 2009, notificándose por estado el 15 de septiembre de 2009⁸. Se fijó en lista del 3 al 18 de diciembre de 2009⁹.
- Mediante notificación personal del 27 de octubre, se notificó al Departamento de Bolívar de la admisión de la demanda¹⁰.
- El 9 de noviembre de 2009, la entidad demandante presentó memorial de corrección de la demanda¹¹.
- Mediante notificación personal del 23 de noviembre de 2009, se notificó al liquidador del Fondo de Transporte y Transito de Bolívar de la admisión de la demanda¹².
- En fecha 18 de diciembre de 2009, el Departamento de Bolívar contestó la demanda¹³.
- A través de providencia del 7 de abril de 2010, se admitió la corrección de la demanda¹⁴.
- Con memorial del 26 de julio de 2010, el Departamento de Bolívar dio contestación a la reforma de la demanda, en los mismos términos de la contestación de esta¹⁵.
- El 16 de noviembre de 2010, se abrió a pruebas el presente proceso¹⁶.
- Por auto del 14 de julio de 2014, se declaró concluido el periodo probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar¹⁷.
- El 12 de agosto de 2014, se ordenó la notificación nuevamente del auto que corrió traslado a las partes para alegar¹⁸.
- Por providencia del 31 de octubre de 2014, se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, y se remitió el mismo a la Cámara de

⁷ Fol. 555 cdno 3

⁸ fol. 558 cdno 3.

⁹ fol. 559 reverso cdno 3.

¹⁰ fol. 562 cdno 3.

¹¹ Fols. 566-573 cdno 3.

¹² fol. 580 cdno 3.

¹³ Fols. 580- 607 cdno 3-4.

¹⁴ fol. 611 cdno 4.

¹⁵ Fols. 614-651 cdno 4.

¹⁶ Fols. 655-657 cdno 4.

¹⁷ fol. 857 cdno 5.

¹⁸ Fols. 892-893 cdno 5.

13-001-23-33-000-2009-00164-03

Comercio de Cartagena para que surtiera el trámite arbitral pactado por las partes en el contrato¹⁹.

- Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación²⁰; se concedió la alzada mediante providencia del 18 de noviembre de 2014²¹, y se resolvió por el H. Consejo de Estado el 14 de septiembre de 2018 ordenando revocar la misma²².
- El 12 de febrero de 2019, se profirió el auto de obedecer y cumplir lo resuelto por el superior²³.

3.2. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.2.1. Parte demandante²⁴: Presentó escrito reiterando los argumentos de la demanda, y solicitando se concedan las pretensiones de esta.

3.2.2. Departamento de Bolívar²⁵: Presentó escrito de alegatos reiterando los argumentos de la contestación de la demanda, y solicitando se declaren probadas las excepciones propuestas.

3.2.3. Ministerio Público²⁶: Presentó el concepto de su competencia, solicitando se declare la nulidad de todo lo actuado, en virtud de la prosperidad de la excepción de falta de jurisdicción.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 5 del Código del Contencioso Administrativo.

¹⁹ Fols. 907-912 cdno 6.

²⁰ Fols. 913-919 cdno 6

²¹ fl. 921 cdno 6

²² Fols. 977-978 cdno 6

²³ fol. 982 cdno 6.

²⁴ Fols. 865-891 cdno 5

²⁵ Fols. 894-897 cdno 5

²⁶ Fols. 899-905 cdno 5

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los fundamentos de la demanda y sus contestaciones, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Se encuentra probada la excepción de falta de legitimación por pasiva alegada por el Departamento de Bolívar?

¿Resulta procedente, la delegación de la función administrativa de cobro coactivo de impuestos municipales, a los particulares y de celebrar contratos para su ejercicio?

¿Se configura la nulidad total del contrato 000198, con ocasión a que el mismo fue suscrito con un objeto ilícito?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala declarará la nulidad absoluto del contrato objeto de litigio, por encontrarse viciado por ilicitud en el objeto, en tanto que, en su etapa de formación y celebración, se desconocieron las normas de derecho público que regulan el respectivo procedimiento de delegación en cabeza de los particulares de la función administrativa de fiscalización y cobro coactivo y persuasivo de impuestos municipales, así como se ignoró el proceso de selección que debía antecederlo, disposiciones de imperativa observancia recogidas en la Ley 489 de 1998, por la cual se regulan la organización y funcionamiento, se expiden disposiciones sobre principios y finalidades de la función administrativa, y en la Ley 80 de 1993. Igualmente, como quiera que se declara la terminación del contrato No. 000198, celebrado entre las partes y dada la naturaleza del contrato estatal de tracto sucesivo, como el que aquí se ventila, no hay lugar a restituciones.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL²⁷

5.4.1. Función Administrativa de cobro coactivo en materia de impuestos municipales.

En sentencia del 29 de julio de 2015, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, se pronunció sobre la viabilidad de delegar la función administrativa

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Bogotá., D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015), Rad. No.: 76001-23-31-000-2004-05517-01 (37390), Actor: NIDIA PATRICIA NARVAEZ GOMEZ, Demandado: MUNICIPIO DE PALMIRA

13-001-23-33-000-2009-00164-03

en materia de cobro coactivo en materia de impuestos municipales. Como a continuación se cita apartes:

Acerca de la función de cobro coactivo en materia tributaria, indicó que la Corte Constitucional *"ha explicado que la denominada "jurisdicción coactiva", es decir, la facultad para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial (autotutela ejecutiva), se enmarca dentro de la órbita de la función administrativa cuyo objetivo es lograr el cumplimiento de una obligación tributaria en sede administrativa."*

Descendiendo al evento de la posible delegación de la función de cobro coactivo en particulares, la jurisprudencia ha observado que los Alcaldes NO gozan de la atribución de disponer el cobro coactivo de los impuestos por los particulares, por cuanto: **i)** no pueden asignar funciones públicas por fuera del marco legal y del reglamento del Concejo Municipal, **ii)** la delegación de la función de cobro coactivo establecida en la Ley de Municipios sólo le fue permitida en cabeza de las Tesorerías Municipales.

Regresando a la inexistencia de Ley que permita la delegación de la función de cobro coactivo de los impuestos municipales en particulares, dicha Corporación observó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional advirtió la ilegalidad de delegación en casos concretos en los que encontró que el Alcalde Municipal delegó funciones de cobro coactivo de los impuestos en los particulares.

"Con independencia de la naturaleza de la función de cobro coactivo, la posición acerca de la indelegabilidad en particulares, ha sido recientemente afianzada por la Corte Constitucional en sentencia C-243 de 2013, mediante la cual esa Corporación reiteró la tesis tradicional acerca de la imposibilidad del vaciamiento de la función de cobro coactivo, con fundamento en la cual declaró la inexequibilidad del Artículo 66 de la Ley 1480 de 2011 contentiva del Estatuto del Consumidor, además de que en esa oportunidad asumió la conformación de la unidad normativa con el aparte del Artículo 112 de la Ley 6ª de 1992, que facultaba a las entidades estatales del orden nacional para contratar abogados externos encargados de adelantar el cobro coactivo y declaró la inexequibilidad del fragmento del Artículo 112 de la Ley 6ª de 1991 que disponía que "o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados".

Adujo que, esta misma posición fue mantenida en reciente pronunciamiento dictado por esa Subsección, en el cual se convino sobre la nulidad absoluta de un contrato de concesión de actualización de bases tributarias, celebrado en octubre de 1995, a través del cual se había entregado a un particular la función administrativa de fiscalización, liquidación y cobro coactivo, de tributos municipales. En dicha providencia se resolvió:



13-001-23-33-000-2009-00164-03

"Ahora bien, aplicado lo anterior al sub examine se encuentra que, con el contrato de concesión de actualización de bases tributarias, el municipio se excedió en el otorgamiento de sus competencias o funciones al contratista, llegando al vaciamiento de éstas, pues, no solo radicó en cabeza del contratista la obligación de determinar los sujetos pasivos de los impuestos municipales, sino que también le otorgó al contratista la facultad de expedir las liquidaciones de los mismos⁴, con sus correspondientes proyectos de resoluciones, y no se conformó con ello, sino que, adicionalmente lo facultó para elaborar los proyectos que resolvían los recursos de la vía gubernativa, tanto los de reposición como los de apelación, lo que, a todos luces, evidencia una usurpación de las funciones propias del municipio, límite máximo para que se le otorgara a un particular el ejercicio de una función administrativa.

En efecto, los diferentes medios probatorios, relacionados en el acápite anterior, dan cuenta de ello, pues desde la propuesta presentada por el contratista se indicó que éste prepararía acuerdos, decretos, resoluciones y demás recursos legales, lo que en efecto hizo, según consta en el informe presentado en el mes de noviembre en el que específicamente se indicó que se había hecho entrega de un proyecto de acuerdo con su correspondiente exposición de motivos, así como en el informe correspondientes al 1 de noviembre de 1995 al 31 de marzo de 1996, e igualmente en el correspondiente al 1 de noviembre al 31 de diciembre de 1995 en el que se precisó que se trabajaba en los modelos de resoluciones.

Para la fecha en que se suscribió el contrato de concesión (30 de octubre de 1995), aún no había sido promulgada la ley 489 de 1998, cuyos artículos 110 y 111 regularon el marco general para el ejercicio temporal de las funciones administrativas por los particulares, en desarrollo de los mandatos constitucionales indicados, de modo que, en principio, las funciones administrativas eran desempeñadas por los servidores públicos, salvo que la ley habilitara a los particulares para desempeñarlas.

En este caso, el municipio de Yumbo, mediante el contrato de concesión de actualización de bases tributarias, entregó a un particular, ajeno a la administración pública, el ejercicio de la función administrativa que se encuentra a su cargo, razón por la cual el contrato de concesión (sin número) del 30 de octubre de 1995 se encuentra viciado de nulidad absoluta, por objeto ilícito, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 1519⁵ y 1523⁶ del Código Civil, en la medida en que el objeto de las obligaciones del contrato⁷, esto es, aquello a lo que se obligó el deudor en virtud del contrato (el cumplimiento de la función administrativa por parte de un particular) no estaba permitido en aquella época por la ley (hoy en día se halla, incluso, expresamente prohibido por ésta)."⁸

Ahora bien, teniendo en cuenta que el contrato de prestación No. 077 que ocupa la atención de la Sala fue celebrado el 19 de diciembre de 2001, debe ponerse de presente que para esa época ya había sido expedida la Ley 489 de 1998, por la cual se expidieron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en cuyos artículos 110⁹ y 111¹⁰ reguló el ejercicio de funciones administrativas por particulares en los siguientes términos:

"Artículo 110°.- Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.



13-001-23-33-000-2009-00164-03

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañado de convenios.

Artículo 111°.- *Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:*

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, mediante el cual determine:

a. Las funciones específicas que encomendará a los particulares.

b. Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;

c. Las condiciones del ejercicio de las funciones;

d. La forma de remuneración, si fuera el caso;

La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

2. La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá

Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas."

Finalmente, el numeral 1° del artículo 111 referente a los requisitos y al procedimiento que ha de seguirse para conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, establece que para el efecto es necesaria la expedición de un acto administrativo que será sometido, en el caso de las

13-001-23-33-000-2009-00164-03

entidades descentralizadas del nivel departamental o municipal, a la aprobación del gobernador o del alcalde, según el caso.

Por lo demás, con apoyo en lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades acerca de la delegación de determinadas actividades propias de la función administrativa, bajo el supuesto de que constituye un mecanismo de carácter excepcional y presupone la expedición de un acto administrativo emanado de la autoridad competente, expedido de acuerdo con los requisitos que fija el legislador para el acto de delegación.

Siguiendo esa línea, la Sección Tercera de esta Corporación se pronunció, en sede de acción constitucional, en relación con la legalidad de dos contratos celebrados por el Municipio de Neiva para la gestión de cobro persuasivo y coactivo de los impuestos, bajo el amparo normativo de la Ley 489 de 1998- como el que actualmente ocupa la atención de la Sala-, concluyendo acerca de la nulidad de los referidos negocios jurídicos, por razón del objeto ilícito y la omisión del procedimiento de licitación pública aplicable en ese caso en atención a la cuantía de la modalidad contractual utilizada.

5.4.2. Atribución de funciones administrativas de cobro coactivo a los particulares.

La Constitución Política prevé en sus artículos 123 y 210, la posibilidad de que los particulares desempeñen funciones administrativas, y remite a la ley la determinación del régimen respectivo. En la actualidad, los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998, comprenden las normas referidas al ejercicio de funciones administrativas por particulares:

4.1. Concepto y procedimiento

El Consejo de Estado, ha dicho respecto de las normas:

'El ejercicio de funciones administrativas por un particular hace parte de la llamada descentralización por colaboración, de acuerdo con lo establecido por el inciso primero del artículo 210 de la Constitución y los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998, e implica el ejercicio de potestades públicas a favor de terceros (usuarios de los servicios)... Este contrato (que a juicio de la Sala es un tipo especial de concesión) se caracteriza porque tiene efectos hacia terceros, que son los destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular.

El procedimiento que se debe seguir está regulado por la ley 489 de 1998, para lo cual se debe expedir por parte de la entidad, un acto administrativo que determine las funciones específicas, las condiciones y término de su ejercicio, las calidades, requisitos y garantías que deben presentar las personas naturales o jurídicas privadas que aspiren a desarrollarlas, su



13-001-23-33-000-2009-00164-03

remuneración, y celebrar luego un convenio con el particular, seleccionado mediante un procedimiento de convocatoria pública.

La entidad pública transfiere algunas de sus funciones por un tiempo determinado, al particular, el cual asume la responsabilidad consiguiente y las debe desarrollar autónomamente, de acuerdo con la normatividad aplicable a la actividad de que se trate, y con sujeción a los controles de ésta ejercidos por parte de los organismos competentes, y los de la entidad otorgante.¹⁵ (Subrayado fuera de texto)

De lo dispuesto en la norma y de la jurisprudencia se extraen fácilmente los requisitos que debe cumplir la administración para la atribución de las funciones, esto es, la expedición de un acto administrativo que regule todos los aspectos de la atribución, y la celebración de un convenio mediante el procedimiento de convocatoria pública.

4.2. Limitaciones a la atribución de facultades a particulares

Con respecto a la atribución de funciones administrativas para el cobro coactivo, la Sala afirma que:

- La atribución de funciones administrativas no será posible si la competencia del funcionario administrativo resulta vaciada de contenido por el particular, es decir, si la administración es reemplazada totalmente en su función.
- Las actividades en las cuales la administración ejerce el cobro coactivo propiamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa.
- Las actividades correspondientes a la determinación y fiscalización tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Tributario respecto de la reserva de la información, y en consonancia con el pronunciamiento jurisprudencial de la corporación referido, son exclusivas de la administración y no pueden ser atribuidas a particulares en cuanto versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, y, por ende, no representan actividades instrumentales.
- Teniendo en consideración la naturaleza de la información, y la circunstancia que dos puntos neurálgicos para adelantar la operación de cobro coactivo (determinación de las obligaciones tributarias e investigación de los bienes del deudor) serán provistos exclusivamente por la administración, la base de datos con la cual contará el contratista estará restringida a lo estrictamente necesario, se sujetará a la regulación, control, vigilancia y orientación de la entidad estatal, y será de la propiedad exclusiva de esta última (...).

4.3. ¿Es posible atribuir a particulares el cobro coactivo?

A continuación, la Sala consulta la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, para formular sus conclusiones.

4.3.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional

La Sección Cuarta del Consejo de Estado afirmó en la sentencia referida a la determinación y fiscalización de impuestos por particulares, de conformidad con el principio de legalidad, que a los funcionarios públicos sólo les es posible hacer lo que las normas jurídicas autorizan, y, en consecuencia, para atribuir las funciones tributarias deberá existir una norma tributaria en tal sentido



13-001-23-33-000-2009-00164-03

La Sala considera que este argumento puede ser controvertido con base en la existencia de los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998, dado que, en el mismo sentido en que la Corte Constitucional lo ha manifestado, la norma citada constituye el fundamento jurídico para que las funciones administrativas puedan ser atribuidas a particulares, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites dispuestos por la misma ley y por la interpretación de la doctrina constitucional.

Con tal propósito, es necesario recordar que el proceso de cobro coactivo comprende, en términos generales, los siguientes pasos o eventos: mandamiento de pago; investigaciones sobre los bienes del deudor; decreto de las medidas de embargo y secuestro preventivo; notificación del mandamiento de pago; decisión de las excepciones presentadas por el deudor; remate de bienes embargados; celebración de acuerdos de pago entre la administración y el deudor.

Todos los pasos o eventos referidos contienen al menos dos partes, ámbitos o módulos: uno de preparación, instrumentación o de proyección de documentos, constituido por las actuaciones previas, concomitantes o posteriores que deben surtir como base del cobro coactivo, y otra de decisión, representada por los actos de cobro coactivo, en sentido propio. El análisis sobre la viabilidad de la atribución de funciones administrativas debe diferenciar, respecto de cada paso o evento, las dos partes referidas. Así, en relación con las actuaciones de instrumentación o de proyección de documentos, la Sala considera que serán susceptibles de atribución. Por el contrario, en relación con los actos del cobro coactivo propiamente dichos, tales como expedición del mandamiento de pago, decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc., la Sala considera que constituyen una función exclusiva de la administración en ejercicio de sus poderes soberanos de cobro coactivo, y como tal no puede ser atribuida a particulares.

4.3.2. Procedencia de la atribución del cobro coactivo.

En conclusión, con base en lo dispuesto en las normas jurídicas aplicables y en lo dicho por la jurisprudencia nacional, la Sala considera que puede haber una atribución parcial a favor de los particulares de las funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del proceso y la proyección de documentos, siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998, y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución.

La Sala concluye también que no es jurídicamente viable la atribución total de funciones administrativas de cobro coactivo debido a que, en tal supuesto, el funcionario estaría vaciando de contenido la competencia que la ley le ha otorgado, y sería reemplazado íntegramente en sus funciones, cuestiones que la Corte Constitucional calificó claramente como límites a la atribución".

5.4.3. Contrato de prestación de servicios profesionales

En la providencia en cita, el máximo Tribunal de esta jurisdicción se refirió a la celebración de los contratos de prestación de servicios para el cobro coactivo de impuestos municipales:

"Teniendo en cuenta lo dicho en los apartes anteriores, los particulares pueden colaborar con la administración pública en el cobro coactivo, e incluso asumir funciones administrativas. En el caso sub lite, la administración y el contratista celebraron los contratos No. 044 de 2002 y No.



13-001-23-33-000-2009-00164-03

001 de 2003, y en ambos casos el tipo escogido fue el de prestación de servicios, razón por la cual la Sala realizará un análisis sobre la naturaleza jurídica y alcance de este contrato.

Es decir, la naturaleza del contrato de prestación de servicios, vista desde la óptica de la contratación estatal y de los orígenes e historia de la figura contractual, no permite una interpretación e integración de contenido y efectos que llegue hasta la asunción de funciones administrativas propias de la entidad estatal por parte del contratista, ni a la representación de la misma frente a terceros, sin haberse dado cumplimiento a las prescripciones legales de índole imperativo, en este caso la ley 489 de 1998.

En ese orden de ideas, y de manera congruente con lo explicado hasta el momento sobre la atribución de funciones administrativas para el desarrollo del cobro coactivo, la figura con la cual se concreta la concesión o autorización a favor de los particulares para participar en el recaudo de cartera es la expedición de un acto administrativo y la celebración de un convenio, de conformidad con la Ley 489 de 1998.

Coadyuva a esta conclusión lo dicho por el Consejo de Estado al calificar el convenio de la Ley 489 de 1998 como un tipo especial de concesión¹⁹. De acuerdo con el concepto de la corporación, en este caso el género es la concesión, y la especie o la modalidad que asume dentro del campo de la atribución de funciones administrativas es el convenio respectivo, precedido de la expedición del acto administrativo.

En ese orden de ideas, y de manera congruente con lo explicado hasta el momento sobre la atribución de funciones administrativas para el desarrollo del cobro coactivo, la figura con la cual se concreta la concesión o autorización a favor de los particulares para participar en el recaudo de cartera es la expedición de un acto administrativo y la celebración de un convenio, de conformidad con la Ley 489 de 1998.

Coadyuva a esta conclusión lo dicho por el Consejo de Estado al calificar el convenio de la Ley 489 de 1998 como un tipo especial de concesión²⁰. De acuerdo con el concepto de la corporación, en este caso el género es la concesión, y la especie o la modalidad que asume dentro del campo de la atribución de funciones administrativas es el convenio respectivo, precedido de la expedición del acto administrativo.

Aun cuando algunas cláusulas del contrato, el otrosí, y otros elementos aportados al proceso pretendan demostrar que la función permanecía en el Estado, para la Sala es indiscutible que la situación era justamente la contraria: Quien tenía a su cargo el cobro coactivo era el contratista y la administración se limitaba a cumplir con una función accesoria, suplementaria, formal.

No nos puede llevar a engaños la situación de que fuera la funcionaria de la administración quien suscribía los documentos, a saber, autos, oficios, requerimientos, etc., para concluir que la administración tenía el control del cobro coactivo. Tampoco el hecho de que la administración transmitiera a la contratista la información sobre los deudores. Estas cuestiones eran solamente formalidades, que si bien esenciales para el cumplimiento de la función, no radicaban la operación en manos de la administración.

Una y otra vez la administración y el contratista alegan que el presente contrato era de gestión, asesoría, prestación de servicios y que, en consecuencia, no había atribución de función pública alguna, pero para la Sala es completamente claro que las figuras contractuales mencionadas no alcanzan a cobijar dentro de su ámbito de acción prestaciones en las cuales la administración se desprende de su función administrativa: Elaborar y proyectar oficios persuasivos, autos de mandamiento de pago, medidas cautelares, oficios de embargo,



13-001-23-33-000-2009-00164-03

citaciones, notificaciones, derechos de petición, levantamiento de embargos, incidentes, nulidades, terminación de procesos, recursos de reposición, apelación, sentencias, diligencias de secuestro, avalúos, remates, aprobación de remates, resoluciones de cierre de establecimientos; y, especialmente, investigar bienes, fiscalizar, hacer llamadas telefónicas de cobro, acuerdos de pago, concluir quiénes están a paz y salvo con la administración, etc., son todas actividades que están más allá de lo que cualquier análisis serio pueda soportar bajo los tipos negociales referidos.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, una vez que el Municipio había entregado la información al contratista, el control y la gestión sobre la misma era ejercida por éste último, quien la clasificaba, enriquecía con datos obtenidos por él y procedía con los cobros persuasivos correspondientes, para, posteriormente, y en la medida en que los contribuyentes fueran cumpliendo, proceder con la eliminación de sus nombres del archivo de deudores.

La Sala advierte que no existe disposición alguna en el contrato, otrosí o documento adicional, en virtud del cual los derechos sobre la base de datos correspondiente sean de la titularidad del Municipio, ni menos aún mecanismos de control sobre tal activo intangible.

A pesar de que se puede asegurar que la información es de propiedad exclusiva del Municipio, es inconcebible que la titularidad sobre la base de datos de deudores del Municipio y de sus bienes no haya sido objeto de una disposición contractual clara, precisa y completa que diera seguridad a la administración y a los contribuyentes sobre el manejo de los datos que a ellos más interesa. Más aún, es difícil de entender que no se haya incluido una obligación de confidencialidad y unos protocolos de manejo de la información, dado que usualmente, en este tipo de negocios, se llega hasta el detalle en los términos de conservación, transferencia y seguridad de la información.

Los contratos No. 044 de 2002 y 001 de 2003 constituyen una atribución de funciones administrativas, por tal motivo ha debido seguirse el procedimiento indicado en la ley 489 de 1998, esto es: expedición de acto administrativo y suscripción de convenio mediante licitación pública.

Los contratos No. 044 de 2002 y 001 de 2003, denominados por las partes como "contrato de prestación de servicios", excedían ampliamente la naturaleza jurídica de este tipo contractual y los límites establecidos por las normas de orden público, por cuanto involucraban la atribución de funciones administrativas y la representación de la entidad estatal ante particulares para el cobro y la negociación de los acuerdos de pago.

Las funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo que consistan en actividades de instrumentación del proceso y proyección de documentos, pueden ser atribuidas a particulares con la condición de que la administración conserve la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, lo cual no se satisface desde una perspectiva formal, sino con el cumplimiento material de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998.

El particular a quien se le atribuyen funciones administrativas, en la fase persuasiva del cobro coactivo, podrá contactar directamente al contribuyente para cobrarle las deudas tributarias, siempre y cuando la administración conserve la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, lo cual no se satisface desde una perspectiva formal, sino con el cumplimiento material de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998.

En tratándose del cobro coactivo, en sus fases persuasiva y coactiva (propia mente dicha), y habida cuenta de su naturaleza y de los efectos que tiene sobre los contribuyentes, se debe partir del principio de que las actividades correspondientes sólo podrán ser contratadas con

13-001-23-33-000-2009-00164-03

particulares mediante la atribución parcial de funciones administrativas en los términos de la ley 489 de 1998, es decir, mediante acto administrativo y suscripción de convenio.

Las actividades en las cuales la administración ejerce el cobro coactivo propiamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa."

Para finalizar este punto, a título ilustrativo por tratarse de una disposición posterior a los hechos materia del sub-lite, vale la pena mencionar que a partir de la Ley 1286 de 2010 se impuso a las entidades territoriales y descentralizadas la prohibición de entregar a terceros la administración de los tributos, disposición en la cual se mencionó específicamente, entre otras actividades, la delegación para el cobro coactivo de los impuestos²¹.

La evolución normativa que se ha dejado reseñada permite identificar tres etapas:

La primera de ellas comprendió un período anterior a la expedición de la Ley 489 de 1998, durante la cual no existía disposición constitucional o legal en virtud de la cual se facultara a los particulares para el ejercicio de la función administrativa de fiscalización y cobro activo de tributos.

La segunda etapa inició en la fecha en que cobró vigor la Ley 489 de 1998, en cuyo articulado se abrió la posibilidad de delegar en los particulares el ejercicio de función administrativa, atribución que como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, cobijó la relativa al ejercicio de la fiscalización y cobro coactivo de impuestos pero y siempre y cuando la Administración conservara en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, para cuyo efecto, en todo caso, debía existir un acto administrativo de delegación expedido por el órgano competente y celebrarse un contrato para ese propósito precedido de convocatoria pública.

La tercera etapa –que es la que se encuentra actualmente en vigencia- se originó con la expedición de la Ley 1286 de 2010 a cuyo tenor se prohibió a las entidades territoriales y descentralizadas la delegación de particulares de para la administración de los tributos y coactivo de los impuestos"

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Resolución No. 736 del 12 de junio de 2008 expedida por el Fondo de Tránsito y Transporte de Bolívar, por el cual se le adjudica a la SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A, la contratación directa No. 002 de 2008, (fol. 254-256 cdno 2)
- Contrato No. 000198 denominado "contrato de prestación de servicios profesionales para el apoyo y asesoría en la liquidación, facturación, sistematización y cobro persuasivo y por jurisdicción coactiva de la

13-001-23-33-000-2009-00164-03

cartera morosa y corriente adeudada al Fondo de Tránsito y Transporte de Bolívar", suscrito entre la SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES S.A y el FONDO DE TRANSPORTE Y TRÁNSITO DE BOLÍVAR (Fols. 257- 266 cdno 2).

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub-examine se pretende la declaratoria de responsabilidad por parte del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y FONDO DE TRANSPORTE Y TRÁNSITO DE BOLÍVAR, por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el literal b de la cláusula segunda del contrato No. 000198 suscrito el 12 de junio de 2008, de igual forma, solicita la terminación anticipada del contrato por vía judicial.

Procede esta Sala a resolver el primer problema jurídico planteado, como es, la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Bolívar, al respecto el H. Consejo de Estado, ha establecido que por legitimación en la causa por activa se entiende la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho²⁸. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

A su vez, respecto a la legitimación en la causa, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), MP Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, sostuvo:

"... que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la

²⁸ Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: "En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva."

13-001-23-33-000-2009-00164-03

conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...." (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, queda claro que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, debido a que no afecta el procedimiento, más bien es la relación jurídico material que existe entre el demandante y quien debe ser demandado. Es pues, un asunto sustancial.

Se encuentra probado con el Acta No. 04 suscrita el 15 de mayo de 2008, por la Junta Directiva del Fondo de Tránsito y Transporte de Bolívar, que la misma estaba compuesta por el Gobernador de Bolívar en calidad de presidente, el director general de la entidad, el contralmirante, subdirector operativo y subdirector de talento humano (Fols. 60-67 cdno 1). Sin embargo, conforme a las pruebas que reposan en el expediente, se avizora que, dicha entidad era de orden departamental y contaba con personería jurídica, la cual fue creada con la Ordenanza No. 11 de 1970 (fol. 70 cdno 1), por otro lado, fue la misma entidad quien suscribió el contrato objeto de este asunto, dentro de sus facultades legales y reglamentarias, bajo los parámetros de la Ley 80 de 1993.

Al no encontrarse, relación en los hechos, pretensiones y pruebas allegadas al expediente, entre la entidad demandante y el Departamento de Bolívar, es dable declarar probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de este último, al no encontrarse demostrada dicha relación entre las partes, es decir, entre ellos no se celebró el contrato cuyo incumplimiento se persigue y la entidad demandada FTTB, no ha desaparecido de la vida jurídica, por lo que no existe acto administrativo que obligue al Departamento de Bolívar a cumplir obligaciones, conforme al artículo 167 del C.G.P.

5.5.2.1. Del ejercicio de función administrativa de fiscalización y cobro coactivo de impuestos vehiculares departamentales por un particular a través de la celebración del contrato de prestación de servicios No. 000198.

Para abordar el análisis respectivo, la Sala revisará al clausulado contractual en punto al objeto y a las obligaciones contraídas por las partes.



13-001-23-33-000-2009-00164-03

"CLAUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO: Constituye el objeto del presente contrato la prestación de servicios profesionales y asesoría en la liquidación, facturación, sistematización y cobro persuasivo y por jurisdicción coactiva, de la cartera morosa y corriente adeudada a la entidad, la cual comprende la labor asesoría en la proyección y sustanciación del proceso de cobro de las tasas autorizadas por la Ordenanza No. 017 de 1999, tales como derechos de tránsito, tasa de seguridad vial, tasa de sistematización, tasa de digitalización y cobro coactivo de los conceptos anteriores y de multas por infracción a las normas de tránsito reguladas por la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito), que no han sido canceladas dentro de los términos establecidos en las normas legales vigentes, o que habiendo efectuado el pago, lo han hecho en la forma inexacta o incorrecta, y las que se causen dentro de la vigencia del contrato que se pretende suscribir".

CLAUSULA SEGUNDA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES. Para el desarrollo del presente contrato, constituyen obligaciones principales de las partes las siguientes: **A) DEL CONTRATISTA:** El contratista se obliga a cumplir con las actividades que vienen relacionadas en el objeto del contrato por lo que entre otras debe: Diseñar el plan de recuperación de cartera, depurar y crear la base de datos de los deudores del Fondo; cuantificar las obligaciones, apoyar la gestión de cobro persuasivo y cobro por jurisdicción coactiva, notificar por su cuenta y riesgo las actuaciones propias del cobro persuasivo y coactivo, organizar, conformar y complementar los expedientes; organizar, enviar y archivar la correspondencia de la documentación en la respectiva aprobación y firma por parte de quien tenga la competencia funcional en el FONDO; brindar atención e información a las entidades o contribuyentes deudores que lo requieran; proyectar las respuestas a las peticiones, quejas y reclamos de carácter administrativo y judicial (Acciones de tutela, populares y de grupo), sobrevinientes de la ejecución del contrato; presentar mensualmente o a solicitud de la administración, los informes al Fondo sobre la ejecución del objeto contractual; cubrir los costos de canales de comunicación, mantenimiento correctivo y preventivo del hardware y software operativo que utilicen para el desarrollo del contrato, así como de los elementos de papelería, formatos, insumos y demás que requiera, disponer de una (1) oficina abierta al público, con personal debidamente calificado; entregar al Fondo a la finalización del contrato, la base de datos (incluyendo descripción detallada de su estructura) y las copias que respalden las actuaciones adelantadas, sin que con ello se obligue a la entrega del software y hardware utilizado para la ejecución del contrato; contratar por su cuenta y riesgo el personal necesario para la cumplida ejecución del contrato. Será de su cargo el pago de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás compromisos laborales que de acuerdo con la Ley Colombiana, se causen como resultado de los contratos de trabajo que celebre, no suministrar ninguna clase de información extraída de la base de datos a personas o entidades ajenas al Fondo, sin previa autorización de esta entidad; estar afiliado al régimen de seguridad social, al menos por un término igual al de la ejecución del presente contrato, lo cual acreditará; el contratista recibirá la remuneración contenida en los pliegos de condiciones en el numeral 1.5, previa constitución del Fondo de un contrato de encargo fiduciario de administración y pago, para este maneje los recursos a su vez destine la remuneración al contratista y el excedente a la caja del Fondo; presentar al FONDO cada (3) meses, información relevante sobre los aspectos financieros relacionados con el recaudo y los ingresos que puedan poner al CONTRATISTA en situación de



13-001-23-33-000-2009-00164-03

incumplir con sus obligaciones; permitir y facilitar la practica de auditorias por parte de EL FONDO, y de los organismos de control y vigilancia, así como elaborar y presentar en forma oportuna los informes que sean necesarios y que solicite EL FONDO y los organismos de control; realizar diligentemente todos los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contrato que se celebre; disponer permanentemente de la suficiente capacidad operativa y técnica necesaria, para la administración y ejecución del contrato; no ceder a terceros, ni total, ni parcialmente, sin la autorización previa y escrita del Fondo, el Contrato que llegue a celebrarse, pero si podrá subcontratar aspectos no esenciales del objeto del mismo; las demás estipuladas en la Ley 80 de 1993 y las que sean inherentes a la naturaleza del contrato que se llegue a suscribir. **B) OBLIGACIONES DEL FONDO:** De conformidad con el objeto del contrato, el FONDO se obliga a cumplir lo siguiente: Entregar en medio impreso y magnético al CONTRATISTA, toda la información completa, detallada y actualizada de la cartera morosa causada, dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del acta de inicio del presente contrato; suministrar y facilitar libros, expedientes, actas, convenios, resoluciones, acuerdos de pago, transacciones e informes, así como permitirle el acceso a la documentación enunciada, a fin de poder ejecutar de manera pronta y eficaz la gestión de apoyo al proceso de cobro persuasivo y coactivo; permitir al contratista el acceso a tomacorrientes, líneas telefónicas, y conexiones de sistemas, a efectos de facilitar la instalación de sus equipos de computación, cuando sea necesario para apoyar la gestión de recolección y actualización de la información; sin perjuicio de las instalaciones físicas de que disponga el contratista en su sede, EL FONDO le asignará a este un área física suficiente para desarrollar su labor de recolección, actualización de información y desarrollo del objeto del contrato, en el lugar donde opere el Fondo; autorizar la firma escaneada del funcionario executorio que tenga por disposición legal la jurisdicción coactiva, con el fin de hacer ágil y eficiente el apoyo de la gestión de cobro en todas sus etapas, así como expedir los actos administrativos que permitan aplicar los procedimientos de apoyo a seguir por EL CONTRATISTA en especial los inherentes a la utilización de la firma mecánica escaneada de acuerdo a lo facultado por el Decreto 2150 de 1995 y demás normas regulen la materia; dentro de los diez (10) días siguientes a la suscripción del contrato, EL FONDO determinará la entidad bancaria, financiera u otra que se encargue de la administración y pago de ingresos obtenidos por concepto de la gestión del contratista; cumplir con los pagos al contratista, de acuerdo con los ingresos recibidos por la entidad financiera que se contrate para tal efecto, y con los porcentajes de remuneración pactados en el contrato a suscribir; constituir un encargo fiduciario con una fiducia legalmente constituida en Colombia, dentro de los 90 días siguientes a la firma del contrato para que se encargue de administrar los recursos que devengan de este contrato, y a su vez cancelarle al contratista los valores o porcentajes contenidos en el numeral 1.5 de los pliegos y en especial los contenidos en este contrato, así mismo, dará una orden irrevocable de pago en lo que respecta a la remuneración antes anotada; a solicitud del Contratista, entregar información y/o facilitar la consulta de los recaudos o pagos efectuados por los deudores, a efectos que pueda ejercer monitoreo y control permanente en su labor de apoyo a la gestión de cobro; realizar a través de la dependencia que para los efectos designe el FONDO, los tramites administrativos y ajustes presupuestales y contables, tendientes a incorporar los recaudos de los pagos efectuados por los deudores; si no existiere, disponer lo necesario para abrir una cuenta judicial en el Banco Agrario, con el fin



13-001-23-33-000-2009-00164-03

de materializar en títulos judiciales los embargos de los depósitos que en cuentas corrientes y de ahorros tengan los deudores; requerir el cumplimiento por parte de EL CONTRATISTA de sus obligaciones con el sistema de seguridad social integral; cumplir con todas las normas presupuestales vigentes que sean aplicables; pagar al CONTRATISTA la remuneración pactada, de conformidad con lo previsto en las cláusulas respectivas del contrato de prestación de servicios que se suscriba; en el evento de terminación anticipada del contrato de manera unilateral por el Fondo, sin que exista justa causa comprobada para ello, el Fondo se obliga a pagar a contratista, el total del valor del flujo proyectado y que hace parte integral de este contrato, correspondiente al tiempo que hacer falta para cumplir el termino de duración inicialmente pactado; revisar, hacer observaciones y aprobar los informes que con la periodicidad establecida rendirá el contratista en desarrollo de su gestión, dentro de los diez (10) días siguientes a su presentación, de lo contrario se entenderán aceptados; entregar al contratista un informe detallado del procedimiento conforme al cual opera el recaudo de los ingresos objeto del contrato que se llegue a suscribir y a entregar al iniciar cada año una certificación expedida por la Subdirección Administrativa y Financiera, los montos incluidos en el presupuesto de ingresos para las mencionadas rentas; velar por el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; abstenerse de impartir instrucciones diferentes a las establecidas en el contrato de prestación de servicios; revisar, aprobar o hacer las observaciones al acta final de liquidación del contrato; suscribir los documentos de terminación del contrato de prestación de servicios; las demás obligaciones previstas en la Ley 80 de 1993 y que sean inherentes a la naturaleza del contrato de prestación de servicios que se llegue a suscribir; tramitar y entregar al contratista los certificados de disponibilidad presupuestal y registros presupuestales de los dineros a girar al contratista en caso de ser necesarios.

Como se evidencia de la lectura del objeto contractual y de las obligaciones comprendidas en desarrollo del mismo, surge con claridad para la Sala que, por vía de la celebración de contrato de prestación de servicios No. 000198, se le encargó al contratista la liquidación, facturación, sistematización, cobro persuasivo y coactivo de la cartera morosa y corriente adeudada a la entidad contratante, la cual comprendía el asesoramiento en la proyección y sustanciación del proceso de las tasas autorizadas a través de la Ordenanza 017 de 1999, como son los derechos de tránsito, tasas de seguridad vial, sistematización, digitalización y cobro coactiva por conceptos menores y multas por infracción de normas de tránsito que no habían sido canceladas y que fueron canceladas de manera incompleta o inexacta.

En los términos del contrato, era el contratista el encargado de establecer, con base en la información que reposara en los archivos de la entidad contratante- la cual debía suministrársele en su totalidad-, diseñar el plan de depuración de cartera, depurarla y crear la base de datos de los deudores, cuantificar las obligaciones, apoyar en los procesos de cobro persuasivo y coactivo, así como notificar las actuaciones dentro de los mismos, organizar, conformar

13-001-23-33-000-2009-00164-03

complementar y archivar los expedientes, enviar los proyectos de jurisdicción coactiva para aprobación y firma de la persona autorizada para ello, finalmente entre otras, se permitió la posibilidad de subcontratar bajo los aspectos permitidos en la Ley 80 de 1993.

De lo anterior, pareciera, en principio, que el objeto del contrato estaba previsto para que el particular instruyera a la entidad departamental acerca de cómo ejercer su función administrativa de fiscalización y cobro coactivo del recaudo de los derechos de tránsito, tasas de seguridad vial, sistematización, digitalización y cobro coactiva por conceptos menores y multas por infracción de normas de tránsito, circunstancia que no deja de resultarle curiosa a la Sala en cuanto el marco y contenido del ejercicio de la misma se encontraba predeterminado por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, más allá del trabajo de asesoría que contenía el objeto del contrato, la prestación de servicios en realidad comportaba una labor ejecutiva por parte del contratista, cuestión que se evidencia de las obligaciones a cargo de la entidad pública, de conformidad con las cuales la contratante debía firmar las actuaciones proyectadas por la contratista, especialmente los actos administrativos relacionados con el cobro administrativo, de tal suerte que su actividad no solo se limitaba a instruir sino a realizar directamente las actividades propias de la Administración que se encontraban descritas en el objeto del contrato, sin que se evidencie que el FTTB se hubiese reservado el poder decisorio respecto de las actuaciones proyectadas por la contratista. Al parecer se limitaba a firmar, tal como se estipulaba en el contrato.

De todo lo anterior, puede concluirse que en el contrato No. 000198 no se incluyó ninguna reserva sobre el poder decisorio del proceso de fiscalización y cobro coactivo a cargo de la entidad pública; por el contrario, tal competencia al parecer recayó sobre la contratista ya que, a la entidad le asistía, simple y llanamente, la obligación de firmar los actos administrativos por ella proyectados.

No existe evidencia en el expediente de que el procedimiento de contratación hubiese estado antecedido del acto de delegación de función administrativa de fiscalización y cobro coactivo de los derechos de tránsito, tasas de seguridad vial, sistematización, digitalización y cobro coactiva por conceptos menores y multas por infracción de normas de tránsito al particular debidamente suscrito por la Fondo de Tránsito y Transporte de Bolívar, con lo

13-001-23-33-000-2009-00164-03

cual se desatendió lo previsto en la Ley 489 para que procediera el respectivo ejercicio de función administrativa por la demandante.

Ahora, no obstante que en el texto contractual no se realizó una enunciación pormenorizada de todas estas labores a cargo del contratista, la obligatoriedad de su ejecución se extraía por el solo hecho de haberle atribuido la gestión de fiscalización y cobro coactivo de los derechos de tránsito, tasas de seguridad vial, sistematización, digitalización y cobro coactiva por conceptos menores y multas por infracción de normas de tránsito, en cuanto los términos en los que debía desarrollarse esta última se sujetaban a la disposición normativa procedimental que regulaba su ejercicio.

Resulta indiscutible igualmente la asignación que se hizo en cabeza del contratista de la función de cobro coactivo y persuasivo de tributos, gestión que no supone algo distinto a ejercer la prerrogativa pública de convertirse simultáneamente en juez y parte, en orden a declarar la existencia de la obligación y obtener en forma forzada y directa su pago cuando voluntariamente no lo ha realizado el deudor.

Adicional a las obligaciones contraídas por el contratista emerge también la carga de elaborar y de expedir los actos administrativos dirigidos a definir las funciones anteriormente enlistadas y de resolver los recursos que en su contra se elevaran.

A la luz de la misma disposición, la escogencia del contratista debió efectuarse a través de convocatoria pública en la que se garantizara el cumplimiento de los principios previstos en la Ley 80 de 1993, sin embargo, la selección se realizó mediante un proceso de contratación directa tal y como se desprende de la página 1 del contrato (fol. 257).

Desde este ángulo de análisis, resulta viable concluir que a través de la suscripción del contrato de prestación de servicios No. 000198 el Fondo de Tránsito y Transporte de Bolívar, vació su función administrativa de fiscalización y cobro coactivo del recaudo de los derechos de tránsito, tasas de seguridad vial, sistematización, digitalización y cobro coactiva por conceptos menores y multas por infracción de normas de tránsito, en un particular externo a su estructura, sin que para ese efecto se hubiesen observado los requisitos exigidos en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998 vigente para el tiempo en que se celebró, así como el cumplimiento de los principios previstos en la Ley 80 de 1993.

13-001-23-33-000-2009-00164-03

El H. Consejo de Estado²⁹, se ha pronunciado respecto a las situaciones en las cuales se ha convenido que, en aquellos casos en los cuales se demuestre la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, nada impide que el juez, de oficio, proceda a declararla, con independencia de que la misma no haya sido objeto de solicitud por las partes.

En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que *"la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona o declarada de oficio, ..."*; por su parte, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que *"[E]l juez administrativo queda facultado para declararla de oficio [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes"*.

En cuanto a las causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 prescribe:

"Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

"1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley".

Ha de precisarse igualmente que por cuenta de la integración normativa que comporta esta disposición legal, no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito, sino también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos - según las previsiones de sus artículos 1519 y 1741-.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04408-01(52490), Actor: ASESORÍAS OFICIALES LIMITADA, Demandado: MUNICIPIO DE CARTAGO

13-001-23-33-000-2009-00164-03

Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta i) en los eventos previstos en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y, ii) en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

- a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley*
- b).- Ilícitud en el objeto;*
- c).- Ilícitud en la causa;*
- d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;*
- e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;*
- f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;*
- g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;*
- h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;*
- i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y*
- j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80.*

Así pues, al haberse celebrado el contrato de prestación de servicios No. 000198, sin el lleno de los requisitos previstos por la Ley 489 de 1998, la cual regula, entre otros aspectos, el ejercicio de la función administrativa y, por lo tanto, constituye una norma de orden público, razonable resulta concluir que dicha circunstancia da lugar a que se configure la causal de nulidad prevista en el artículo 1519 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo 1741 ibídem - incorporada en el Estatuto Contractual-, consistente en la configuración de objeto ilícito por la vulneración de normas legales de orden público, en este caso, de los aludidos normas contenidas en la Ley 489 de 1998, en la medida en que previamente a su celebración, el cumplimiento de la función administrativa por parte de un particular, debía sujetarse estrictamente

13-001-23-33-000-2009-00164-03

a las normas sobre la delegación del órgano competente para su ejercicio; adicional a ello, se omitieron los principios y presupuestos determinados por la Ley 80 de 1993 para la celebración de contratos estatales.

No reposan en el plenario elementos demostrativos de que previamente a la celebración del Contrato de Prestación de Servicios No. 000198, en cuya virtud se pretendió trasladar el contratista la pluricitada función, la entidad contratante hubiera observado estrictamente las normas sobre la delegación emanada del órgano competente, como tampoco que hubiere adelantado el respectivo procedimiento de selección con arreglo a los principios de la Ley 80 de 1993. Adicionalmente, ha de concluirse que el Contrato de Prestación de Servicios No. 000198 del 12 de junio de 2008, se encuentra viciado de nulidad absoluta por ilicitud en el objeto, en tanto que, en su etapa de formación y celebración, se desconocieron las normas de derecho público que regulan el respectivo procedimiento de delegación en cabeza de los particulares de la función administrativa de fiscalización y cobro coactivo y persuasivo de impuestos municipales, así como se ignoró el proceso de selección que debía antecederlo, disposiciones de imperativa observancia recogidas en la Ley 489 de 1998, por la cual se regulan la organización y funcionamiento, se expiden disposiciones sobre principios y finalidades de la función administrativa, y en el Ley 80 de 1993, que contiene el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, normas jurídicas que hacen parte del derecho público de la Nación. Es preciso señalar además que, aunque entre las pretensiones formuladas en la demanda no se encuentre alguna que tenga como finalidad la declaratoria de nulidad del contrato, dicha circunstancia no impide que, en estos casos, el juez proceda de manera oficiosa a declararla, de conformidad con las facultades otorgadas por la ley.

En relación con la potestad-deber del juez para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha puntualizado:

“Ahora bien, acerca de los requisitos para ejercer la faculta oficiosa encaminada a declarar la nulidad del contrato o de sus cláusulas, esta Subsección ha señalado lo siguiente: “La facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus catusabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente”³⁰

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de 2012, Radicación número: 23001-23-31-

13-001-23-33-000-2009-00164-03

Establecidos cuales son los requisitos para declarar la nulidad oficiosa de las cláusulas del contrato, se analizarán cada una de ellas en forma separada:

i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios

En el caso sub examine, no ha operado el fenómeno prescriptivo que establece la norma mencionada, toda vez que estamos frente a una nulidad producida por un objeto ilícito, tal como lo señala el artículo 1519 del Código civil... *"Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación"*, siendo claro que, en el presente asunto, el contrato en su totalidad quebrantó normas y principios de la contratación estatal, es decir, normas de derecho público, por lo que es imprescriptible a la luz del artículo 1742, por ende, nunca es saneable, en consecuencia, se tiene probado este requisito.

ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus catusabientes

Con relación a este requisito las entidades demandadas fueron notificadas en debida forma, tal y como puede evidenciarse en el acápite de trámite procesal, sin embargo, el Fondo de Tránsito y Transporte de Bolívar no se pronunció dentro del proceso, respetándose todas las garantías del debido proceso.

iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente"

Resulta claro del estudio del contrato que, en el mismo, la entidad contratante no observó estrictamente las normas sobre la delegación emanada del órgano competente, como tampoco que hubiere adelantado el respectivo procedimiento de selección con arreglo a los principios de la Ley 80 de 1993. Adicionalmente, en su etapa de formación y celebración, se desconocieron las normas de derecho público que regulan el respectivo procedimiento de delegación en cabeza de los particulares de la función administrativa de fiscalización y cobro coactivo y persuasivo de impuestos municipales, así como se ignoró el proceso de selección que debía antecederlo, disposiciones de imperativa observancia recogidas en la Ley 489 de 1998, por la cual se regulan la organización y funcionamiento, se expiden disposiciones sobre principios y finalidades de la función administrativa, y en el Ley 80 de 1993, que contiene

000-1998-08976-01(26140), ActorHilda Hoyos de Rodríguez, Demandado: Departamento de Córdoba.

13-001-23-33-000-2009-00164-03

el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, normas jurídicas que hacen parte del derecho público de la Nación.

Con sujeción a estos lineamientos y teniendo en cuenta que el Contrato No. 000198 de 2008, se encuentra viciado de nulidad absoluta, por las razones ampliamente expuestas en apartados precedentes, así como también es claro que al proceso concurrieron las partes que celebraron el referido negocio, esto es, el Fondo de Tránsito y Transporte de Bolívar como contratante³¹ y la sociedad de Impuestos Municipales como contratista, a lo que se agrega que a la fecha de presentación de la demanda aún no habían transcurrido 10 años³² desde su celebración, por lo que, la Sala procederá a declararla oficiosamente³³.

5.5.2.2. Efectos de la declaratoria de nulidad del contrato No. 000198

En un caso similar al que nos ocupa nuestro máximo Tribunal Contencioso Administrativo³⁴, señaló:

“Ahora bien, pasando a los efectos de la decisión de nulidad absoluta que se decretará sobre la cláusula de prórroga automática del contrato de arrendamiento No. 0364 de 1995, en términos generales no es posible ordenar restituciones mutuas entre las partes, tal como ha observado por la Jurisprudencia retirada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, así:

“Y en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de la restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituirse las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; pero es

³¹ Muy a pesar de que no contestó la demanda, mediante notificación personal del 23 de noviembre de 2009, se notificó al liquidador del Fondo de Transporte y Transito de Bolívar de la admisión de la misma (fol. 580).

³² Al respecto se precisa que en voces del artículo 1742 del C. C., la nulidad absoluta se sana en todo caso por prescripción extraordinaria. Siguiendo este orden, se tiene que el término de prescripción extraordinaria, con sujeción a los dictados del artículo 2532 del Código Civil, en la forma en que fue modificado originalmente por la Ley 50 de 1936, era de 20 años.

³³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04408-01(52490), Actor: ASESORÍAS OFICIALES LIMITADA , Demandado: MUNICIPIO DE CARTAGO

³⁴CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A, 29 de mayo de 2013. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02337-01(27875)

13-001-23-33-000-2009-00164-03

evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc. etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse(...)"³⁵

Esta Subsección ha observado la imposibilidad de restituir las prestaciones mutuas ya ejecutadas en caso de decretar la nulidad del contrato de arrendamiento, por lo siguiente:

"Así pues, aunque el contrato de arrendamiento se encuentre afectado de nulidad absoluta, en manera alguna procederían las restituciones mutuas por concepto de las prestaciones propias del contrato, por cuanto resulta materialmente imposible que el contratista pueda deshacer el uso y goce de los bienes dados en arrendamiento, para que, a su vez, la entidad estatal devolviera los valores recibidos a manera de cánones de arrendamiento."³⁶

Por otra parte, vale la pena observar que en la sentencia que se acaba de citar, la presente Subsección ha advertido que en la nulidad del contrato de arrendamiento podría tener lugar una orden de restituciones mutuas de los frutos y mejoras comprometidos en la relación contractual, asunto que no resulta aplicable a los hechos en este caso.

Finalmente, se ha de tener en cuenta que la declaratoria de nulidad absoluta hace desaparecer los efectos del contrato o, en este caso, de la cláusula nula y constituye por ello la mayor sanción legal frente a los pactos contractuales viciados por alguna de las causales previstas en la Ley, tal como lo ha destacado el Consejo de Estado en la jurisprudencia que se ha citado en este proveído³⁷.

³⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 16 de febrero de 2006, Expediente 13414 (R-7186); en el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz, 31 de enero de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767), actor: Carlos Edgar Moreno Rincón, demandado: Departamento de Cundinamarca - Secretaria de Hacienda-; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 18 de marzo de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), actor: Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., demandado: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D.C.; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, Radicación: 250002326000199501052-01 (15.004), actor: Personería de Bogotá D.C., demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte y otros.

³⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, 3 de abril de 2013, radicación 25000232600019962150 01 (23567), actor Aerolíneas Territoriales de Colombia Ltda., demandado Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

³⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz, 31 de enero de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767), en el mismo sentido la sentencia de la Sección Tercera de 18 de marzo de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), actor:



13-001-23-33-000-2009-00164-03

Concretamente ante la nulidad absoluta de la cláusula de prórroga automática, se debe tener presente que en ningún caso se pueden derivar derechos de la cláusula nula comoquiera que la declaratoria de nulidad tiene como efecto retrotraer las cosas al momento de la celebración del contrato, como si éste en realidad nunca hubiere existido, es decir que tal declaratoria de nulidad está llamada a generar efectos "ex tunc"³⁸, vale decir que por virtud de la nulidad decretada se ha de tener como si la respectiva cláusula de prórroga no hubiera sido pactada, de manera que no resulta procedente ni jurídicamente posible en esta providencia realizar un análisis de fondo acerca de las pretensiones de la demanda en punto al pretendido reconocimiento del reajuste del precio del contrato previsto en la estipulación de prórroga automática del parágrafo segundo de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento No. 364 de 1995, cuya nulidad absoluta será decretada.

Para concluir este punto se enuncia que ante la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato estatal o de una cláusula de mismo, no pueden surgir obligaciones válidas a las cuales el ordenamiento les brinde su tutela y que el Estado a través de sus jueces haga cumplir, por manera que no es posible jurídicamente de que el Juez se pronuncie sobre las pretensiones impetradas con base en la cláusula que debe declararse viciada de nulidad absoluta por desconocimiento del Derecho Público de la Nación y, por lo tanto, no procede consideración alguna sobre el supuesto mérito de los derechos reclamados con base en dicha cláusula nula. "

Con fundamento en la sentencia transcrita, esta Magistratura declarará de oficio la nulidad absoluta del contrato No. 000198 celebrado el 12 de junio de 2008 entre, la SOCIEDAD SERVICIOS DE IMPUESTOS MUNICIPALES y el FONDO DE TRÁNSITO y TRANSPORTE DE Bolívar, sin lugar a restituciones mutuas entre las partes contratantes, ni reconocimiento alguno de perjuicios solicitados.

5.6. De la condena en costa.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., demandado: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D.C.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, **Sentencia nº 20001-23-31-000-1996-02999-01(15052) de Sección 3ª, 8 de Marzo de 2007**: "En cuanto a sus efectos, cabe precisar que la declaratoria de nulidad de un contrato o de una de sus cláusulas retrotrae las cosas al estado en que se hallaban las partes con antelación a la celebración del mismo o de la estipulación, según se trate, es decir, debe volverse la situación al estado en que se encontraba antes del otorgamiento del contrato o la estipulación contractual nula, o sea, que tiene efectos retroactivos o ex tunc."

13-001-23-33-000-2009-00164-03

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la nulidad absoluta del Contrato de Prestación de Servicios No. 000198 del 12 de junio de 2008, entre la SOCIEDAD DE IMPUESTOS MUNICIPALES Y EL FONDO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOLÍVAR, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por el SOCIEDAD DE IMPUESTOS MUNICIPALES, en contra del FONDO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOLÍVAR A, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

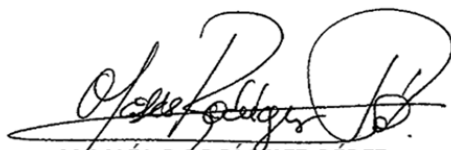
CUARTO SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 014 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ