



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, Agosto veinticuatro (24) de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 15238333001-2014-00032-00
Demandante: Personería de Sogamoso
Demandado: INTRASOG y Servicios de Transportes y Grúas Reyes – Servitranportes Gruas Reyes E.U.
Medio de control: Controversias Contractuales

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho emitir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de controversias contractuales, iniciada por la Personería Municipal de Sogamoso en contra del Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso "INTRASOG" y la persona jurídica Servicios de Transportes y Grúas Reyes Empresa Unipersonal "SERVITRANSPORTES GRUAS REYES E.U"

2. PRETENSIONES

Mediante demanda radicada el día 19 de diciembre de 2013, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del CPACA, la parte actora solicita se declare la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión número 036-2011, celebrado el 11 de marzo de 2011, a través de la modalidad de contratación directa entre el "INTRASOG" y la empresa "SERVITRANSPORTES GRUAS REYES E.U". (fl. 7)

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que respaldan las pretensiones de la demanda, se pueden resumir de la siguiente manera:

Que el Jefe de la Unidad Técnica Operativa del INTRASOG, elaboró el estudio previo que determinó que para adelantar el Programa de Operación, la entidad requería contratar dos vehículos tipo grúa, plataforma o cama baja, requeridos para adelantar los procedimientos de inmovilización de vehículos, con el fin de proporcionar las condiciones adecuadas de seguridad, movilidad y servicios de la infraestructura vial del Municipio de Sogamoso, para lo cual debía acudir a la modalidad de "contratación directa" por "Contrato de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión" *"con la persona natural o jurídica que estuviera en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y capacidad directamente relacionada con el área de que se trate"*, desconociendo el carácter permanente del programa de operación de grúas y parqueaderos de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 127 de la Ley 769 de 2002 y que los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de las entidades se realizan de manera ocasional.

La sociedad Servicios de Transportes Grúas Reyes Empresa Unipersonal – Servitransportadores Grúas Reyes E.U, a través de su representante legal ALFREDO REYES SÁNCHEZ, formuló propuesta técnica y económica, aceptada por el Director de INTRASOG mediante acto administrativo justificativo, dejando constancia de la idoneidad y capacidad del proponente, que finalizó con la firma del contrato No. 036 del 11 de marzo de 2011, para su ejecución pone a disposición de la entidad, dos vehículos tipo grúa, acto jurídico que fue pactado a plazo de cuatro (4) años. (folios 1 y 2)

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demanda menciona, que según el “*principio de selección objetiva*” la regla general para la escogencia del contratista corresponde a la licitación pública, por tal motivo la contratación directa como modalidad de selección procede de manera excepcional siendo su aplicación restrictiva.

Precisó que el literal h) del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, señala claramente que la modalidad de contratación directa procede para realizar la contratación de prestación de servicios, en los siguientes casos: contratos para la prestación de servicios profesionales; contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad y los contratos para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, contempladas en el literal d) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

El demandante recalcó que por regla general los contratos de prestación de servicios se definen como aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad con personas naturales cuando dichas actividades no se puedan realizar con personal de planta o requieran conocimientos especializados y se celebran por el término estrictamente indispensable.

Agrega que los servicios de apoyo a la gestión corresponden a aquellas actividades de carácter manual o de simple ejecución, que con carácter ocasional y para atender fines específicos, contrata la entidad con personas no profesionales, ni comerciantes, en el caso de las actividades asistenciales, lo que implican que no puedan contratarse actividades recurrentes, ni de intermediación laboral y que solo podrán celebrarse con personas naturales, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta.

Manifiesta el líbello de demanda, que la contratación del “*Programa de Operación de Grúas*” requerido por INTRASOG para adelantar los procedimientos de inmovilización de vehículos, al implicar una actividad permanente o recurrente en el tiempo, se debía adelantar bajo la modalidad de licitación pública y no por contratación directa, como quiera que se desdibuja el carácter ocasional que revisten los contratos de prestación de servicios, en general, y de apoyo a la gestión, específicamente, máxime cuando esta modalidad de contratación se utiliza para contratar una persona natural más no jurídica y que el término de cuatro (4) años, plazo previsto para su ejecución resulta desproporcionado y caprichoso, pues los contratos de prestación de servicios se celebran por un término estrictamente indispensable, circunstancias que entrañan un vicio de nulidad absoluta, insubsanable que debe ser objeto de control por la autoridad respectiva. (folios 3 a 7)

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SERVICIOS DE TRANSPORTES GRÚAS REYES EMPRESA UNIPERSONAL – SERVITRANSPRTES GRÚAS REYES EU (fl.184-181), contestó la demanda dentro del término otorgado por el Despacho, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones señaladas en el libelo introductorio.

Señaló, que la modalidad de selección denominada contratación directa se constituía en el medio eficaz y ágil para suplir las necesidades que sustentaban el estudio técnico efectuado por INTRASOG, que en virtud de lo anterior, el contrato suscrito, no adolece de nulidad absoluta tal como lo quiere hacer ver la parte demandante.

Indicó que contrario a lo manifestado por la accionante, los contratos de prestación de servicios van dirigidos a suplir las necesidades, que se deban adelantar con personas naturales o jurídicas ajenas a la entidad cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento no se puedan realizar con personal de planta o requieran conocimientos especializados para ello.

El **Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso – INTRASOG** se opuso a las pretensiones de la demanda, (folios 189 a 193 del expediente).

Mencionó, que la entidad en ningún momento contrarió el ordenamiento jurídico, ni de manera caprichosa desconoció la naturaleza jurídica de las modalidades y principios de la contratación estatal, como quiera que interpretó la norma atendiendo los casos en que se aplica la contratación directa, excepcionalmente a lo contemplado en la regla general de la contratación estatal.

Recalcó, que la entidad mediante acto administrativo motivado determinó la necesidad de contratar los servicios del señor ALFREDO REYES porque la propuesta presentada favorecía las funciones propias del objeto social de INTRASOG, aunado al hecho de que la empresa era idónea para prestar el servicio de inmovilización de vehículos y motocicletas que circulaban dentro del Municipio.

Señaló, que la actividad contractual desplegada por INTRASOG se fundamentó en el estudio que determinó la necesidad de contar con dos vehículos tipo grúa para adelantar los procedimientos de inmovilización y proporcionar las condiciones adecuadas de seguridad, movilidad y servicio de la infraestructura vial del Municipio de Sogamoso, actividad que hace parte de la unidad técnica operativa del instituto, la cual es considerada como eje central de las actividades de funcionamiento propiamente dichas de la entidad.

Adicionalmente precisó, que de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Estatuto General de la Contratación se puede celebrar contrato de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad estatal.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **“Inexistencia de causa para demandar”**. Manifestó, que en el estudio previo se determinó la necesidad de contar con dos vehículos tipo grúa para cumplir con los procedimientos de inmovilización y lograr una movilidad segura en el Municipio de Sogamoso.

- **“Falta de demostración de desconocimiento de procedimientos señalados en la ley”.** Adujo que la entidad dio aplicación e interpretación a la modalidad contractual para obtener la prestación del servicio de dos vehículos tipo grúas, con fundamento en el artículo 32 numeral 3º de la ley de contratación y la necesidad que para el momento requería la unidad técnica operativa de suscribir el contrato pertinente, para apoyar la labor que venía realizando la policía nacional a través del convenio interadministrativo de cooperación.

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2013 (fl. 124) por auto del 27 de febrero de 2014 se inadmitió el medio de control (fl. 126); el 12 de marzo de 2014 la parte actora subsanó la demanda (fls. 128 y 129) por auto del 29 de mayo de 2014 se admitió el medio de control de la referencia (fl. 175 y 176)

Dentro del término, INTRASOG y SERVITRANSPORTES GRÚAS S.A allegaron escrito de contestación obrantes a folios 184 a 193 del expediente. Se celebró audiencia inicial el día 12 de marzo de 2015 (fls. 251 y 252) y audiencia de pruebas el día 17 de abril de 2015 (fls. 255 y 257), fecha última en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión y en su caso, emitir concepto respectivamente.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **PERSONERÍA MUNICIPAL DE SOGAMOSO** alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda. Recalcó que INTRASOG y SERVITRANSPORTES GRÚAS S.A., al celebrar el contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión No. 036 de 2011, vulneraron y violaron la selección objetiva del contratista, pues dieron aplicación a una modalidad contractual totalmente diferente para seleccionar el contratista, como lo fue la contratación directa, siendo esta una modalidad netamente de carácter restrictiva y excepcional, tal como lo prevé el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

Agregó, que es ilógico el argumento expuesto por la persona llamada a rendir testimonio dentro del proceso de la referencia, en el sentido de indicar que no se afectó el presupuesto de la entidad, cuando es claro que el estatuto de la contratación estatal, es norma de carácter reglado y que se debe aplicar siempre para la selección objetiva del contrato y no como lo sostuvieron los demandados, que se escogió la modalidad de contratación directa en razón a que la ley de tránsito lo permitía, pues si por economía judicial y procesal seleccionaron a un contratista, violando el debido proceso y el mandato legal establecido para la contratación estatal, es concluyente que esa actuación no permitiría la pluralidad de oferentes y la participación de diversos proponentes y por ende el contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión No. 0136 de 2011 resulta ilegal.

Afirmó, que no era dable aplicar la modalidad de contratación directa, máxime cuando los denominados contratos de apoyo a la gestión corresponde a aquellas actividades de naturaleza manual o de simple ejecución, que con carácter ocasional están determinadas para atender fines específicos, y que es contratada por una entidad con personas no profesionales, ni comerciantes en el caso de las actividades asistenciales, lo que implica que no puedan contratarse actividades recurrentes ni de intermediación laboral. (folios 264 a 267)

SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U., presentó alegatos de conclusión recalcando las afirmaciones realizadas en la contestación de la demanda. Agregó que la modalidad de selección de contratación directa se encuentra debidamente referenciada dentro del marco legal, motivo por el cual el contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión No. 036-2011 suscrito con el INTRASOG no adolece de nulidades tal como lo quiere hacer ver la parte actora dentro del proceso de la referencia. (fls. 261 a 263)

INTRASOG, alegó de conclusión reiterando la contestación de la demanda. Manifestó que el contrato 036 de 2011 se adelantó bajo la modalidad de contratación directa dada la necesidad del servicio para los habitantes del Municipio de Sogamoso y porque la entidad no contaba con el servicio de grúa para adelantar la inmovilización de los vehículos y las motocicletas que circulaban por el Municipio.

Recalcó, que la propuesta técnica y económica radicada por la empresa **SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES EU** cumplía con los requerimientos de INTRASOG para dar cumplimiento efectivo y oportuno a las necesidades de la comunidad sogamoseña que presentaba conforme al flujo vehicular y de descongestión vial del Municipio.

Finalmente añadió, que no se desconocieron los procedimientos señalados en la ley en materia de contratación estatal; por cuanto el objeto contratado se estandarizó como un mecanismo de selección de carácter excepcional haciendo más flexible el procedimiento y como mecanismo para satisfacer de manera oportuna las necesidades de la entidad en lo que respecta a la movilidad del Municipio. (fls. 269 a 271)

8. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se contrae a determinar en el proceso de selección que finalizó con la celebración del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión No. 036 de 2011 suscrito por INTRASOG con **SERVITRANSPORTES GRUAS REYES S.A.**, se incurre en irregularidad que vicien de nulidad absoluta del contrato, relacionada con el principio del deber de selección objetiva, basada en la causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Para resolver el problema jurídico planteado el juzgado realizará el siguiente análisis: *i) la obligatoriedad de cumplir principios de la contratación estatal; ii) Contratación directa de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión; iii) Licitación pública como modalidad de selección del contratista.*

9. MARCO JURIDICO

La obligatoriedad de cumplir principios de la contratación estatal.

Según lo dispuesto en el estatuto contractual, Ley 80 de 1993 y normas que la complementan y adicionan, los principios rectores de la contratación pública son: el de transparencia, economía y responsabilidad. Además de los anteriores principios contractuales se deben observar, los postulados que rigen la función administrativa, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, el principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe

“edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierto; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”

En desarrollo de este principio, se exige a las autoridades públicas, cuando celebren un contrato, deben utilizar de manera ineludible, los procedimientos señalados en las normas que rigen la contratación estatal para escoger de manera objetiva el contratista, por tal motivo la selección debe realizarse de forma general mediante la licitación pública, salvo las excepciones señaladas en la Ley, esto es, cuando se deben escoger mediante selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, o contratación de mínima cuantía².

Ahora bien, el principio de economía prevé que el procedimiento contractual se adelante en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en él, optimizando el uso del tiempo y demás recursos, para procurar el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas que intervienen en la actividad contractual como de aquellas a quienes se dirige. Por consiguiente las entidades contratantes deben procurar adquirir los resultados más adecuados, desde el punto de vista de la cantidad y calidad, para satisfacer oportunamente la finalidad del contrato, sin incurrir en costos o demoras innecesarias.

Sobre el principio de responsabilidad debe señalarse que las entidades contratantes responderán patrimonialmente por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. Así pues este principio se relaciona con las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, los cuales deben tenerse en cuenta en la actividad contractual, para aplicársela a los servidores públicos que intervienen en ella, por consiguiente, los funcionarios que participan en la actividad contractual deben responder si infringen la Constitución y las leyes, así como también si omiten o se extralimitan en el ejercicio de sus funciones.

En íntima relación con el principio de responsabilidad se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual *“la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa”*³. Así las cosas, *“tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas”*⁴. Dichas reglas son el fundamento de la selección del contratista, pues fijan las pautas que serán aplicadas al momento de la evaluación de ofertas.

1 Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

2 Ver artículo 2º de la Ley 1150 de 2007

3 *Ibidem*. Consejo de Estado, Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

4 *idem*.

Contratación directa de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁵, ha precisado que los contratos de "apoyo a la gestión" son todos aquellos otros contratos de "prestación de servicios" caracterizados por no ser profesionales o especializados, permitidos por el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, que involucren cualesquiera otras actividades, identificables e intangibles que evidentemente sean requeridas por la entidad estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte y de carácter, entre otros, técnico, operacional, logístico, etc., según el caso, que tienda a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa⁶ o funcionamiento de la correspondiente entidad, pero sin que sean necesarios o esenciales los conocimientos profesionales o especializados para su ejecución, los cuales, se reservan exclusivamente para el "contrato de prestación de servicios profesionales", y no para éstos de simple "apoyo a la gestión".

Concluyó la alta Corporación⁷ que los contratos de apoyo a la gestión

"... se enmarcan dentro de la definición genérica prevista en el ordinal 3º del artículo 32, por cuya virtud son contratos de este tipo "los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad," los cuales, "sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados..."

Sostuvo que resultaría imposible admitir o entender cualquier objeto referido al "apoyo a la gestión" que no se enmarque en las exigencias de esa disposición legal enunciada, que por lo demás, sobra advertirlo, constituye un componente básico de la sistemática de la contratación estatal colombiana. Señaló que la motivación para la suscripción de este tipo específico de contrato dependerá de la motivación que surja en torno a las necesidades que la Administración encuentra pertinente satisfacer, de conformidad con la planeación efectuada por la Entidad.

Así las cosas, conviene, para mayor claridad expositiva, precisar que en el marco del contrato de simple prestación de servicios de apoyo a la gestión, las necesidades que pretenden satisfacer la Administración, no comprometen en modo alguno las actividades que son propias de conocimientos profesionales o especializados; aún así, ello no excluye que dentro de esta categoría conceptual se enmarquen actividades de carácter técnico las cuales, requiriendo un despliegue intelectual, no recaen dentro del concepto de lo profesional, así como otras necesidades en donde, según las circunstancias, el objeto contractual demanda la ejecución de acciones preponderantemente físicas o mecánicas; es decir, se trata de una dualidad de actividades dentro del concepto "de simple apoyo a la gestión"; unas con acento intelectual y otras dominadas por ejecuciones físicas o mecánicas. Lo distintivo, en todo caso, es que no requiere que sean cumplidas con personal profesional.

⁵ Providencia del 2 de diciembre de 2013, siendo Consejero Ponente el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa 110010326000201100039 00 (41719), Demandante Juan Carlos Castaño Posada, demandado: Presidencia de La República y otros

⁶ Diferentes al desempeño de funciones públicas administrativas (véase nota de pie de página No. 86 de esta providencia).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Rad. 24.715 y otros Acu. Cp.- Ruth Stella Correa Palacio.

Licitación pública modalidad de selección del contratista

En relación con el procedimiento de licitación pública, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸ ha precisado que el mismo "hace parte de la función administrativa que desarrollan las entidades del Estado y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad; así mismo, dicha norma legal, por contener y reglar un procedimiento, participa del carácter de orden público y de *obligatorio cumplimiento, razón por la cual, la Administración está en el deber legal de acatar estrictamente sus mandatos, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato*"⁹.

En este sentido, la Alta Corporación ha reiterado que *"la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso"*¹⁰.

En consecuencia, el desconocimiento de los principios, y en especial del principio de transparencia está expresamente prohibido en el numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual, *"las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto"*.

En este orden la alta Corporación¹¹ concluyó, que es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa *"sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés"*¹². Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad.

10. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

El funcionario MAURICIO AVELLANEDA MESA en su calidad de Jefe de la Unidad Técnica Operativa del INTRASOG, elaboró el *"estudio previo para desarrollar el programa de operación de dos equipos de grúa plataforma o cama baja, requeridas por el Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso, para adelantar los procedimientos de inmovilización de vehículos a fin de proporcionar las condiciones adecuadas de seguridad, movilidad y servicio de la infraestructura vial del Municipio de conformidad con las imposiciones y normatividad vigente"*. (fls. 33 a 39)

En el precitado estudio se indicó, que la entidad, no disponía de equipos de grúa ni contrato con terceros que prestaran el servicio de traslado de vehículos para realizar el procedimiento de inmovilización, motivo por el cual requería mínimo de dos (2) equipos tipo grúa para suplir las necesidades que en este sentido se presentaban en el Municipio de Sogamoso, como quiera que el ámbito territorial donde se debía prestar el servicio era bastante amplio. (fl. 34)

⁸ Providencia del 31 de enero de 2011, Radicado número 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), Consejera Ponente: doctora Olga Melida Valle De La Hoz

⁹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 18 de marzo de 2010; Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

¹⁰ Ibidem. Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

¹¹ Providencia del 31 de enero de 2011, Radicado número 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), Consejera Ponente: doctora Olga Melida Valle De La Hoz

¹² Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Sub-sección A; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 12 de marzo de 2009; Rad. 85001-23-31-000-2005-00252-01(1762-07)

Así mismo, señaló que se tenía que celebrar un contrato para la prestación del servicio de grúas con el fin de proporcionar condiciones adecuadas de seguridad, movilidad y servicio de la infraestructura vial del Municipio, toda vez que la entidad no contaba con los recursos humanos (personal de planta) ni físicos o de infraestructura para desarrollar el programa de operatividad de las dos grúas que necesitaba el Instituto. (fl. 34 y 35)

Por otro lado, se precisó que el mecanismo de selección para adelantar el programa de operación de los dos equipos tipo grúa era la *contratación directa* de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el Decreto 4266 de 2010. De igual manera afirmó que para celebrar el contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión se podía contratar directamente con la persona natural o jurídica que éste en capacidad de ejecutar el objeto contractual y que haya demostrado "la idoneidad y capacidad directamente relacionada con el área de que se trate". (fls. 36 y 37)

En virtud de lo anterior, el señor ALFREDO REYES SÁNCHEZ Representante Legal de SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U., presentó ante el INTRASOG "carta de presentación de la propuesta" para contratar con la entidad, manifestando que prestaba el servicio de grúa para toda clase de vehículos en el territorio nacional con grúas de sistema plataformas o planchones. Así mismo señaló, que contaba con el personal debidamente capacitado para prestar el servicio requerido por el Instituto. (fls. 48 a 70)

Posteriormente, el señor Plutarco Vargas Mesa Director del Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso, emitió el acto administrativo correspondiente justificando la modalidad de selección para contratar el servicio de grúa y adelantar los procedimientos de inmovilización de vehículos, señalando que éste se realizaría mediante *contratación directa porque el objeto contractual recaía sobre la prestación de servicios de apoyo a la gestión*, de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes. Por último dejó constancia que según la propuesta y demás documentos presentados por SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U. se acreditaba que cumplía con la idoneidad y capacidad para desarrollar el objeto contractual que requería la entidad. (fl. 71)

En este orden, el día 11 de marzo de 2011 el Director del INTRASOG y el Representante Legal de SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U., celebraron el contrato No. 036-20112 de prestación de servicios de apoyo a la gestión, cuyo objeto contractual recaía en "prestar los servicios para desarrollar el programa de operación de dos (2) equipos tipo grúa plataforma o cama baja, requeridas por el Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso, para adelantar los procedimientos de inmovilización de vehículos a fin de proporcionar las condiciones adecuadas de seguridad, movilidad y servicio de la infraestructura vial del Municipio, de conformidad con las disposiciones y normatividad vigente existente." (clausula primera del contrato a folio 82)

Frente a la duración y el valor del contrato se pactó lo siguiente:

"CLAUSULA SEGUNDA: DURACIÓN.- El presente contrato tiene una **duración de CUATRO (04) AÑOS** contados a partir del perfeccionamiento y cumplimiento de los requisitos de la ejecución. **CLAUSULA TERCERA: VALOR: Este contrato no implica erogación a cargo del INTRASOG y a favor del CONTRATISTA**, no obstante lo anterior, para todos los efectos legales, fiscales y de toma de garantías, el valor del presente contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión se estima en la suma de **VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000) MCTE**. PARAGRAFO 1: Teniendo en cuenta que el valor de la tarifa comúnmente autorizada en el Departamento para la Prestación del Servicio de Grúa, corresponde a Automóviles: **Cuatro (04) salarios mínimos diarios vigentes, de dicho valor el NOVENTA POR CIENTO (90%) será**

consignado a favor del CONTRATISTA y el DIEZ POR CIENTO (10%) restante a favor del INTRASOG; suma esta que será cancelada directamente por el propietario, conductor o responsable del vehículo traslado, en la cuenta que para tal efecto se disponga por el CONTRATISTA. PARÁGRAFO 2: El valor fijado como tarifa se incrementará anualmente en la misma proporción en la que el gobierno Nacional incrementa el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente. (fl. 82) (Negrillas del Despacho)

Finalmente el contrato se liquidó el 18 de marzo de 2015, tal como consta en el acta de liquidación a folio 305 del expediente, precisando la Jefe Administrativa y Financiera del Instituto que la entidad recibió como contraprestación del contrato No. 036-2011, la suma de \$43.784.912 de conformidad con los informes que reposaban en el área financiera del INTRASOG. (fls. 303 y 304)

11. ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO

El artículo 127 de la ley 769 de 2002, establece que la autoridad de tránsito podrá bloquear o retirar con grúa o cualquier otro medio idóneo los vehículos que se encuentren estacionados irregularmente en zonas prohibidas, o bloqueando alguna vía pública o abandonados en áreas destinadas al espacio público, sin la presencia del conductor o responsable del vehículo. En el evento en que haya lugar al retiro del vehículo, éste será conducido a un parqueadero autorizado y los costos de la grúa y el parqueadero correrán a cargo del conductor o propietario del automotor, incluyendo la sanción pertinente.

Así mismo señaló, que la contratación del servicio de grúa y parqueadero es responsabilidad del organismo de tránsito que ejerza la vigilancia y control en el respectivo Municipio. En consecuencia dado que el Código Nacional de Tránsito Terrestre establece de manera taxativa, que la operación de grúas y parqueaderos debe estar precedida por la celebración de un contrato con un tercero, que este amparado mediante pólizas que cubran la responsabilidad civil y el cumplimiento del contrato, los agentes de tránsito solo podrán retirar los vehículos con los equipos que hayan sido contratados previamente por la autoridad de tránsito.

En este orden se advierte, que la tipología contractual del negocio jurídico No. 036-2011, ciertamente, obedeció a una **concesión del servicio público de tránsito**, concerniente a la inmovilización de vehículos con el fin de proporcionar las condiciones adecuadas de seguridad, movilidad y servicio de la infraestructura vial del Municipio de Sogamoso, a través de dos (2) vehículos tipo grúa, que fueron contratadas con Servitransportes Grúas Reyes E.U.

Como sustento de lo anterior debe recordarse que de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares; y que la contratación del servicio de grúa y parqueadero para la inmovilización de los vehículos estará a cargo del organismo de tránsito que ejerza la vigilancia y control en el respectivo Municipio, tal como lo prevé el artículo 127 del Código Nacional de Tránsito Terrestre relacionado en párrafos precedentes.

Aunado a que la inmovilización de los automotores está orientado a satisfacer las necesidades colectivas de movilidad y desbloqueo de vías de forma permanente y bajo la continua dirección, regulación y control del Estado. Tal noción se acompaña con la que consagra el numeral 3º del artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹³, para definir el servicio público.

¹³ **3o. Se denominan servicios públicos:** Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.

Recientemente la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁴, precisó que el contrato de concesión se encuentra regulado de manera privativa por las normas de derecho público, en cuanto que a partir de su implementación y de cara a la escasez de recursos del Presupuesto Nacional se ha procurado que los particulares colaboren con el Estado en la consecución de sus fines incorporando capital privado, a cambio de que aquellos puedan explotar económicamente un bien, una obra o un servicio a cargo del Estado.

El numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, define el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, entre otros, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente. Como contraprestación, se reconoce y paga una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

12. CASO CONCRETO

En el presente caso se demanda la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión No. 036 de 2011 celebrado entre INTRASOG y SERVITRANSPORTES GRUAS REYES S.A., el 11 de marzo de 2011, por cuanto en criterio de la entidad demandante se presentó una incorrecta selección de la modalidad de contratación para la escogencia del contratista, originado la nulidad absoluta del contrato, celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en el marco jurídico y jurisprudencia expuesto, se establece con el material probatorio allegado al plenario, a través de la celebración del contrato No. 036 de 2011, el Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso entregó en concesión a Servitransportes Grúas Reyes E.U. la prestación del servicio público de tránsito en lo que respecta a la inmovilización de vehículos con el fin de proporcionar las condiciones adecuadas de seguridad, movilidad y servicio de la infraestructura vial del Municipio de Sogamoso.

Se tiene acreditado que para tal efecto, el INTRASOG le entregó al contratista SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U., la operación parcial de transporte de vehículos inmovilizados por infracción a las normas de tránsito, dentro del Municipio de Sogamoso, previa información por parte de los agentes de tránsito.

Entre las cláusulas del contrato se destaca que el contratista pone a disposición de la entidad contratante, dos equipos tipo grúa plataforma o cama baja para adelantar los procedimientos de inmovilización, y se comprometía a mantener un operador y un ayudante idóneo para cada vehículo, mantenerlos en buen estado y dotarlos de combustible las 24 horas del día, que el plazo de ejecución pactado fue de cuatro (4) años, periodo durante el cual obtendría para su provecho el 90% de lo recaudado por la prestación del servicio de grúa, que para el caso de los vehículos sería de 4 SMLV diarios y para motocicletas 1.5 S.M.L.V.D. y el restante 10% de la tarifa señalada, sería consignado directamente por el propietario, conductor o responsable del vehículo trasladado, en favor de INTRASOG.

¹⁴ Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 16 de julio de 2015, Radicado interno 41768, siendo Consejero Ponente el doctor Hernán Andrade Rincón

En este punto debe recordarse que al margen de la denominación que las partes decidan otorgarle al contrato celebrado bajo las condiciones antes anotadas, que el asunto *sub examine*, se origina a partir del denominado “**contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión**”, lo que determina realmente el tipo contractual es la función práctica y económico – social¹⁵ que el acto jurídico está llamado a cumplir o, dicho en otros términos, la caracterización del contrato está establecida por los elementos que lo integran¹⁶ y, en este orden, en el presente caso **no existe duda de que se trata de un contrato de concesión para la prestación del servicio público de tránsito concerniente a la actividad de inmovilización de vehículos, con el fin de garantizar la movilidad de la estructura vial del Municipio de Sogamoso.**

En este orden de ideas, se infiere que el INTRASOG, como entidad contratante, **debió acudir al procedimiento de contratación mediante licitación pública para escoger al contratista**, por tratarse de un contrato de concesión y no de simple apoyo a la gestión.

Sin embargo, debe precisarse que no todas las modalidades de concesión tienen definido un proceso especial de escogencia del concesionario, que garantice el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, igualdad y el deber de selección objetiva del contratista, por tal razón, cuando no existe norma especial que contemple el proceso de escogencia del concesionario, se debe acudir a la regla general prevista por el estatuto general de contratación administrativa, es decir, a la licitación pública, tal como lo establece el numeral 1º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007¹⁷, vigente para la fecha en que fue celebrado el contrato que se examina en este proceso, puesto que garantiza con mayor rigor los principios y el cumplimiento de los deberes que informan la actividad contractual del Estado durante el *iter contractus*, razón por la cual debe ser acatado por las entidades estatales, salvo en los casos en que la ley ha exceptuado su aplicación.

En este caso, de conformidad con los documentos que obran en el plenario se puede determinar, que el INTRASOG no adelantó el proceso de selección apropiado para el contrato de concesión suscrito entre las partes, al cual finalmente se le dio la denominación de contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, como quiera que no existieron pliegos de condiciones o términos de referencia, formulación de observaciones, acto administrativo de apertura de proceso de selección, entre otras etapas propias de la referida contratación, por el contrario desde la formulación del estudio previo (fls. 33 a 39) se acude a la contratación directa por contrato de prestación de servicios, es así como se reciben dos ofertas, una por el señor JAIME GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (fls. 108 a 116) y otra presentada por el señor ALFREDO REYES SÁNCHEZ Representante legal de SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES S.A. (fls. 41 a 70) y el acto administrativo que justificó la modalidad de selección y la idoneidad y capacidad de SERVITRANSPORTES para celebrar el contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión. (fl. 71)

¹⁵ DIEZ PICAZO, “Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial”, pág. 399 y ss.

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14390.

¹⁷ **Artículo 2º. De las modalidades de selección.** La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. **Licitación pública.** La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el **reglamento**. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-713 de 2009 Ver el art 3.1.2, Decreto Nacional 734 de 2012

Así las cosas, queda claro que INTRASOG omitió el procedimiento administrativo que el ordenamiento jurídico prevé para la escogencia del concesionario (licitación pública) y tal inadvertencia atenta contra el orden público jurídico, pues las normas que informan y estructuran los procedimientos de selección son de carácter imperativo, por lo mismo, de cumplimiento incondicional e irrestricto, en la medida en que están previstas para proteger el interés implícito en la contratación estatal, que no es otro que el interés de la colectividad y la realización de los fines del Estado, según lo prevé el artículo 3 de la Ley 80 de 1993; así, el numeral 8, del artículo 24 de la misma ley dispone que *“Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto”*

13.DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO 036-2011

Un contrato estatal es absolutamente nulo, cuando carece de valor por haberse celebrado con vicios tan graves, que la Ley no permite sanearlo por razones de protección del interés general¹⁸. Por consiguiente cuando se declara la nulidad absoluta de los contratos éstos pierden su validez como quiera que los vicios son imposibles de sanear, constituyéndose en la más grave sanción que se pueda imponer a los negocios jurídicos por cuanto desaparece sus efectos al buscar devolver las cosas al estado en el que se encontraban con anterioridad a la suscripción del contrato estatal.

Las causales que generan nulidad absoluta de los contratos estatales, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 son las siguientes:

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

- 1º. Se celebren con personas incurso 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”.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁹ ha precisado 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 (Artículos 1519²⁰ y 1741²¹) Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán

¹⁸ YONG, S. (2013). El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.

¹⁹ Providencia del 16 de julio de 2015, Radicado interno 41768, siendo Consejero Ponente el doctor Hernán Andrade Rincón.

²⁰ ARTICULO 1519. <OBJETO ILICITO>. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto

²¹ ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

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.

Así mismo, el Alto Tribunal precisa²², que 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 incurso 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”²³.

En el presente caso se observa que el contrato No. 036-2011 celebrado el 11 de marzo de 2011, junto con el otro sí modificatorio suscrito el 24 del mismo mes y año, por INTRASOG y la firma SERVITRANSPORTES GRÚAS RESYES E.U. de conformidad con lo expuesto en precedencia, fue celebrado injustificadamente bajo la modalidad de contratación directa bajo la tipología de contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, obviando el procedimiento de selección del contratista mediante licitación pública y desconociendo el deber de selección objetiva y convocatoria pública según la disposiciones previstas en el Estatuto de Contratación Estatal y el numeral 1º del artículo 2º de la ley 1150 de 2007, motivo por el cual se infiere que tal 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 del *objeto ilícito*, derivado de la vulneración de normas legales de orden público, en este caso de las que condicionan el procedimiento de formación del contrato estatal contenidas en el Estatuto de Contratación Estatal y demás normas concordantes.

Se observa además que el mencionado contrato estatal fue suscrito por una persona jurídica inexistente, en la medida que la naturaleza jurídica del contratista obedece a una **empresa unipersonal** (E.U.) reguladas por la Ley 1014 de 2006, la cual perdió su personería bajo las causales establecidas en la Ley 1258 del 5 de

²² Providencia del 16 de julio de 2015, Radicado interno 41768, siendo Consejero Ponente el doctor Hernán Andrade Rincón.

²³ *Ibídem*.

Diciembre de 2008, que ordenó que dichas personas jurídicas debían transformarse en empresas simplificadas por acciones (SAS), para lo cual otorgó un plazo de seis meses, hecho a que a la firma del contrato que data de marzo de 2011, no se había realizado conforme al certificado de existencia y representación legal obrante en el expediente (fl.60) de suerte que dicho contratista era carente de capacidad para contratar como persona jurídica

En ese orden de ideas, habida cuenta que se haya demostrado que el contrato No. 036 de 2011 que suscribieron las partes de la referencia se encuentra viciado de nulidad absoluta, hay lugar a declarar su nulidad, tal como se precisó en párrafos precedentes.

14. RESTITUCIONES MUTUAS

Ahora bien el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece los efectos de la nulidad absoluta, en los siguientes términos:

"La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrà lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público"

De la lectura de la norma en cita, se infiere que la declaración de nulidad de un contrato estatal de ejecución sucesiva, generalmente tiene efectos hacia el futuro y por tanto, no impide el reconocimiento de prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Ahora bien, en los casos de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, si se acredita que el contratante se ha beneficiado, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones cumplidas, cuyo valor equivaldrá al beneficio recibido por la entidad, es decir, el costo de las prestaciones ejecutadas con las cuales la administración satisfizo un interés general.

En lo que respecta a las restituciones mutuas, la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 26 de febrero de 2015, Radicado interno 30834, siendo Consejero Ponente el doctor Hernán Andrade Rincón, precisó:

"(...)

La nulidad absoluta del contrato hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, - o la cláusula pactada cuando el vicio de nulidad absoluta recae solamente sobre alguna de ellas -, para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato anulado; cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C., a cuyo tenor "*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*". (letra cursiva original)

La Corte Suprema de Justicia²⁴ ha ilustrado respecto de las restituciones mutuas, surgidas como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del contrato, en el siguiente sentido:

"(...) la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del mismo, de manera que emerge

²⁴Sentencia S 009 proferida por la Sala de Casación Civil el 26 marzo de 1999.

para los contratantes la obligación de restituir lo recibido, inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar, y siempre al amparo de las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2° de la misma codificación, bloque normativo este de conformidad con el cual, considerando como premisa previa la buena o la mala fe que diere lugar a la tenencia (arts. 963 y 1746 del C.C.), se debe restituir la cosa o derecho objeto del acto o contrato (arts. 961, 962 y 1746 del C. C.) con los frutos percibidos, reconociendo los gastos ordinarios invertidos en la producción (art. 964 inc. final y 1746 del C.C.), indemnizando de paso los deterioros sufridos, y las mejoras invertidas en la cosa teniendo en cuenta también la buena o mala fe del vencido en la litis y la especie de la mejora (art. 965, 966, 967, 968, 969 y 1746 del C.C.)." (letra cursiva original)

Pero no siempre la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas acarrea como consecuencia para las partes que intervienen en la relación contractual, la obligación de la restitución mutua de lo recibido por ellas, sencillamente porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir o incluso se puede convertir en un imposible físico de volver las cosas a su estado primigenio, tema sobre el cual se ha ocupado la jurisprudencia de la Sección Tercera²⁵ en los siguientes términos:

*"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 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..."* (Negrillas del Despacho).

A la luz de la norma y la jurisprudencia referida, se colige que la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se produce a través de la restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, pero existen algunos eventos en los cuales no se puede volver las cosas al estado anterior, como los contratos de tracto sucesivo, tales como los de suministro de bienes de consumo, **prestación de servicios**, obra pública, **concesión**, entre otros.

Así mismo, el Consejo de Estado²⁶ al pronunciarse sobre la imposibilidad de efectuar restituciones mutuas en los contratos de suministro sobre los cuales recae la declaratoria de nulidad, trajo a colación la siguiente cita doctrinaria²⁷:

"naturalmente es imposible para los contratos de ejecución sucesiva, por lo menos para aquellos que son verdaderos contratos de ejecución sucesiva, hacer producir a la nulidad un efecto retroactivo. En efecto, desde el día de la celebración del contrato hasta el día de su anulación declarada judicialmente, es posible que el contrato se haya ejecutado sobre la base de la apariencia de su validez, que no está conforme con la realidad. Pero no es posible borrar para el pasado la ejecución de ciertas obligaciones creadas por un contrato de ejecución sucesiva. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento, es imposible borrar la ejecución de las obligaciones del arrendador en favor del

²⁵ Sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicado número 13414 (R-7186), Consejero Ponente: doctor Ramiro Saavedra Becerra

²⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, Radicación número: 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414), Consejero Ponente: doctor Ramiro Saavedra Becerra

²⁷ LARROUMET, Christian; op. cit., Volumen I, pgs. 477 y 478.

arrendatario. En efecto, el arrendatario ha entrado a disfrutar del lugar y ha ocupado en realidad el inmueble alquilado durante cierto tiempo. Lógicamente, si la nulidad produce un efecto retroactivo y lleva a pensar que nunca ha habido contrato, sería necesario admitir que el arrendatario tiene derecho a reclamar del arrendador el reembolso de los alquileres pagados durante el período correspondiente a la ocupación. Pero también hay que ver que el arrendador ha estado privado del inmueble durante este período y sería injusto no permitirle conservar los alquileres correspondientes al período de goce del arrendatario.

(...)

Para algunos autores, no habría verdaderamente excepción a la retroactividad de la nulidad, porque no es posible derogar el principio según el cual lo que es nulo no puede producir ningún efecto. Por lo tanto, habrá simplemente una derogación de la regla que ordena que se proceda a repeticiones, a nombre de la equidad. (...) el juez (...), lo único que haría sería pronunciarse sobre una indemnización justa y equitativa, la cual no es un alquiler o la remuneración prevista en el contrato de trabajo. (...).

En realidad estaríamos próximos al enriquecimiento sin causa, pues que la indemnización tiene por objeto evitar un enriquecimiento injustificado del arrendatario o del empleador”

Que descendiendo al caso concreto, se advierte que el contrato sobre el cual versa la presente Litis, es de tracto sucesivo, como quiera que Servitransportes Grúas Reyes E.U., puso a disposición del Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso, dos equipos tipo grúa para adelantar los procesos de inmovilización de los automotores que infringieran las normas de tránsito por el término de 4 años²⁸, por consiguiente dado que se ejecutaron las prestaciones en el transcurso del tiempo, resulta imposible volver las cosas al estado que tenían antes de que se celebrara el contrato 036-2011 del 11 de marzo de 2011, pues a folio 305 del plenario se encuentra el acta de liquidación bilateral del negocio jurídico, suscrita el 18 de marzo de 2015, acto en virtud del cual, se estipuló que el INTRASOG no presentaba ningún tipo de deuda o pagos pendientes con el CONTRATISTA y que por lo tanto se declaraban a paz y salvo, por todo concepto.

Que según certificación emitida por la Jefa Administrativa y Financiera del INTRASOG, la entidad recibió como contraprestación del contrato 036-2011 la suma de **\$43.784.912**, sin realizar ningún pago al contratista con ocasión a la celebración del mencionado acto. Así mismo relacionó los ingresos anuales recibidos por el INTRASOG, de conformidad con la certificación anteriormente señalada, obrante a folios 303 y 304 del plenario, a saber:

AÑO	INGRESOS RECIBIDOS
2011	10.857.062
2012	14.901.950
2013	13.253.900
2014-2015	4.772.000
TOTAL	\$43.784.912

En este orden, aunque no se conoce por vía de representación directa a través de prueba documental que así lo indique, respecto del monto total de los ingresos que el CONTRATISTA percibió durante la ejecución del contrato No. 036-2011, conforme a las cláusulas contractuales, luego de realizar un proceso inductivo y la operación aritmética a partir de los ingresos recibidos por la entidad contratante en el equivale al 10% de la tarifa cobrada al usuario del servicio de grúa, se establece

²⁸ “contados a partir del perfeccionamiento y cumplimiento de los requisitos de la ejecución”. (ver cláusula 2ª del contrato obrante a folio 82 del expediente)

que Servitranportes Grúas Reyes S.A. percibió la suma de **\$394.064.208** cifra que corresponde al restante 90% de la tarifa autorizada por el cobro del servicio de grúa, conforme al acuerdo de voluntades de las partes, específicamente en los párrafos 1º y 2º de la cláusula 3º del contrato 036-2011 a folio 82 del expediente- y cobrada al usuario final del servicio.

Por consiguiente, al recaer la declaratoria de nulidad en un contrato de tracto sucesivo que se ejecutó en el transcurso del tiempo, tal como se precisó atrás, resulta imposible volver las cosas a su estado anterior, por cuanto las prestaciones causadas, impiden su restablecimiento, pues el servicio prestado a través de los dos vehículos tipo grúa para adelantar los procesos de inmovilización de los automotores en el Municipio de Sogamoso, han de remunerarse.

Así las cosas, aunque teóricamente es procedente disponer lo necesario para que la situación quede igual como estaba antes de la asunción de las obligaciones previstas en las estipulaciones inválidas, en el *sub lite* no habrá lugar a decretar restitución alguna entre el INTRASOG y SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES S.A., porque la entidad tiene a su cargo la prestación del servicio público objeto del contrato demandado, y por otra parte, Servitranportes pagó el 10% de la tarifa cobrada al usuario del servicio de grúa, prestación esta última que resulta un imposible físico devolver al estado primigenio, por cuanto el servicio ya se prestó, y por ende los valores pagados por éste habrán de entenderse como el equivalente a esta prestación ejecutada.

En otras palabras, aun cuando el contrato No. 036 de 2011 se encuentre afectado de nulidad absoluta, en manera alguna procederían las restituciones mutuas, pues materialmente no se puede retrotraer el acuerdo a tal punto que el contratista pueda deshacer o devolver el servicio prestado, para que a su vez la entidad estatal restituyera los valores percibidos por concepto de la tarifa pactada.

15. COMPULSA DE COPIAS

Finalmente, como quiera que a lo largo de este fallo se pusieron de relieve las irregularidades en que incurrieron las partes en el celebración del contrato No.036-2011, el Despacho ordenará compulsar copias a la Procuraduría Provincial de Sogamoso, para que en ejercicio del poder preferente sobre las facultades atribuidas a la Oficina de Control Disciplinario Interno de INTRASOG en consideración a la calidad y cargo de los posibles funcionarios a disciplinar, a la Contraloría General de Boyacá y a la Fiscalía Seccional de Sogamoso, para que desde el ámbito de sus competencias, determinen la procedencia de iniciar las investigaciones disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar, en contra de los funcionarios de la entidad contratante y del representante legal de Servitranportes Grúas Reyes que resultan responsables, que participan de las distintas fases pre-contractual, contractual y de ejecución del contrato No. 036 de 2011, advirtiendo que se debe iniciar la acción correspondiente de manera **inmediata**, acciones que se considera no están caducas ni prescritas por cuanto el mencionado contrato es de tracto sucesivo que perduró en el tiempo hasta su liquidación según el acta del 18 de marzo de 2015 (fl.305)

De igual manera se solicitara a la Cámara de Comercio de Sogamoso para que excluya del Registro Único de Proponentes correspondiente al señor ALFREDO REYES SÁNCHEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 4.280.650 de Togui, quien obró como representante legal de SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U con NIT. 900416850-5, el contrato No. 036-2011 celebrado con el Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso "INTRASOG", para acreditar experiencia con fines contractuales.

16. CONDENA EN COSTAS

Ahora bien frente a la condena en costas debe señalarse que éstas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial. Esta carga económica comprende, por una parte, **las expensas**, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, **las agencias en derecho**, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales - vale la pena precisarlo - se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial.²⁹

Así pues y dado que en el proceso de la referencia actúo como demandante la Personería del Municipio de Sogamoso, entidad que tiene a su cargo la guarda y promoción de los derechos humanos, y la **protección del patrimonio público**, entre otros, no hay lugar a fijar agencias en derecho como quiera que la Personera Municipal instauró el presente medio de control en ejercicio de las funciones constitucionales y legales que la ley establece sobre la entidad que representa.

No obstante lo anterior, se condenará al INTRASOG y al señor ALFREDO REYES SÁNCHEZ representante legal de SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U, sujetos procesales vencidos en la sentencia, a pagar las expensas generadas durante el transcurso del trámite procesal de conformidad con lo dispuesto en el Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, "*administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*"

FALLA:

Primero.- Declarar la nulidad absoluta del contrato celebrado número 036-2011 celebrado el día 11 de marzo de 2011, entre el INSTITUTO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE SOGAMOSO y el señor ALFREDO REYES SÁNCHEZ representante legal de SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U., por las razones expuestas en la parte motiva de este pronunciamiento.

Segundo.- Condenar en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Tercera.- Por Secretaría compulsar copias de estas actuaciones a Procuraduría Provincial de Sogamoso, para que en ejercicio del poder preferente sobre las facultades atribuidas a la Oficina de Control Disciplinario Interno de INTRASOG, Contraloría General de Boyacá y a la Fiscalía Seccional de Sogamoso, para que, desde el ámbito de sus competencias, determinen la procedencia de iniciar las investigaciones disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar, en contra de los funcionarios de la entidad contratante y del representante legal de Servitranportes Grúas Reyes que resultan responsables y que participan de las distintas fases pre-contractual, contractual y de ejecución del contrato No. 036 de 2011, advirtiéndole que se debe iniciar la acción correspondiente de manera **inmediata**.

²⁹ Corte Constitucional C-539 de 1999.

Cuarta.- Solicitar a la Cámara de Comercio de Sogamoso para que excluya del Registro Único de Proponentes correspondiente al señor ALFREDO REYES SÁNCHEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 4.280.650 de Togui, quien obró como representante legal de SERVITRANSPORTES GRÚAS REYES E.U con NIT. 900416850-5, el contrato No. 036-2011 celebrado con el INSTITUTO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE SOGAMOSO "INTRASOG", para acreditar experiencia con fines contractuales.

Quinta.- Reconocer personería al Abogado RAMON OCTAVIO LOPEZ COLMERNARES para que actúe como apoderado del Instituto de Tránsito y Transporte de Sogamoso, en los términos del poder conferido a folio 310.

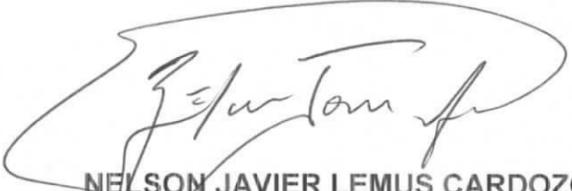
Sexto.- Aceptar la renuncia de poder presentada por la Abogada INGRID LILIANA BOLÍVAR CANO y abogado JOSÉ FERNANDO GAITÁN ÁNGEL, como apoderados del INTRASOG, de conformidad con los memoriales obrantes a folio 296 y 308 del expediente, respectivamente.

Séptimo.- Abstenerse de reconocer personería al Abogado GUSTAVO ADOLFO LANZIANO MOLANO quien manifiesta actuar como apoderado del Municipio de Sogamoso (fl. 277), sin embargo el ente territorial no conforma la parte activa ni pasiva dentro del contradictorio.

Octavo.- Ejecutoriada la presente providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Noveno.- En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ