



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00501-01 (65711) (AP)

Actor: JUAN VICENTE VILLAROYA LÓPEZ

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA, FIDUPREVISORA S.A. Y OTROS

Clase de proceso: ACCIÓN POPULAR

Temas: ACCIÓN POPULAR -Finalidad y procedencia / ACCIÓN POPULAR - Moralidad administrativa - Elementos objetivo y subjetivo / ACCIÓN POPULAR- Patrimonio público – Noción como derecho colectivo – Contenido - Presupuestos para establecer su vulneración / ACCIÓN POPULAR- Seguridad Pública / CONCEPTOS DE LA DIAN – Su no aplicación no se traduce en infracción a la ley / CONTRIBUCIÓN DE OBRA PÚBLICA – Criterios para no recaudarla en 2014 no eran ilegales.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 29 de octubre de 2019, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Ley 1421 del 21 de diciembre de 2010 prorrogó por el término de cuatro años la vigencia de la denominada “*contribución especial por obra pública*”, prevista en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006. No obstante, el 29 de diciembre del mismo año 2010 fue promulgada la Ley 1430, que estableció para ese mismo tributo una prórroga de tres años. Entendiendo que debía darse prelación a esta última norma, en el Distrito de Cartagena se omitió el recaudo o retención de esa contribución al hacer los pagos a los contratistas de obra -sujetos pasivos del gravamen-, cuestión que el accionante popular consideró lesiva de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la seguridad pública.

El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda por no evidenciar la vulneración ni amenaza a tales bienes jurídicos, razón por la cual el



accionante interpuso el recurso de apelación que en la presente instancia se debe resolver.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 25 de mayo de 2018, el señor Juan Vicente Villaroya López presentó acción popular en contra del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (en adelante, Distrito de Cartagena o simplemente Distrito), la compañía Fiduprevisora S.A., la Contraloría de Cartagena y la sociedad fiduciaria Servitrust GNB Sudameris S.A. (en lo sucesivo, Servitrust), para que se ampararan los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la seguridad pública -contenidos en los literales b), e) y g) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998-, y en tal virtud, se accediera a las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Amparar los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público, Seguridad Pública (sic), amenazados por la conducta sistemática omisiva [del] Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Fiduciaria La Previsora S.A. (Fiduprevisora S.A.) y la Fiduciaria Servitrust GNB Sudameris S.A.

SEGUNDA: Ordénese al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (Secretaría de Hacienda y/o Tesorería) a realizar las actuaciones administrativas pertinentes para el cobro coactivo de la contribución de obra pública sobre los contratos de obra pública celebrados por la Alcaldía de Cartagena de Indias y sus entidades descentralizadas, en la vigencia 2014, en los cuales se haya realizado el trámite de liquidación bilateral del contrato y no se haya practicado la respectiva retención, a fin de evitar la ocurrencia del fenómeno de la prescripción y proceder al giro efectivo de los recursos al beneficiario Distriseguridad.

TERCERA: Ordénese al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Fiduciaria La Previsora S.A. (Fiduprevisora S.A.) y la Fiduciaria Servitrust GNB Sudameris S.A. a realizar los descuentos de la contribución de obra pública sobre los saldos de actas de obras parcial o final si fuere el caso, pendiente (sic) de pago a los distintos contratistas (sic) (contratos de obra vigencia 2014) de la Alcaldía de Cartagena de Indias y proceder al giro efectivo de los recursos a su beneficiario Distriseguridad.

CUARTA: Condénese al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Fiduciaria La Previsora S.A. (Fiduprevisora S.A.) y la Fiduciaria Servitrust GNB Sudameris S.A., conforme a sus responsabilidades de retención al pago a Distriseguridad, de la suma de CATORCE MIL CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL PESOS (\$14.143'246.000) o la suma que resulte probada dentro del proceso.

QUINTA: Conminar a la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias a que, con celeridad, eficacia y eficiencia, adelante el respectivo proceso de responsabilidad fiscal con el objeto de establecer claramente qué servidores públicos o particulares deben responder por las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal de retención, recaudo y giro de la



contribución de obra pública en el Distrito de Cartagena de Indias por los contratos celebrados en la vigencia 2014.

SEXTA: De oficio ordénese la compulsa de copias para que se investigue la conducta penal y/o disciplinaria en la que presuntamente pudieron haber incurrido funcionarios públicos y/o particulares que administran recursos públicos conforme a los hechos probados en el curso de la presente actuación judicial.

SÉPTIMA: ORDÉNESE la conformación de comité de verificación y asesoría a las órdenes de protección de derechos colectivos (...).

1.2. Como fundamentos fácticos de la demanda se expusieron los siguientes:

De conformidad con el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, “*prorrogado por la Ley 1421 del 10 de diciembre de 2010 por un término de cuatro años*”, la *contribución de obra pública* es el tributo que se debe pagar a la Nación, el departamento o el municipio, por la celebración de contratos de obra pública con entidades estatales y fondos de orden distrital, o por las adiciones al valor de los ya existentes, y equivale al 5% del valor total del correspondiente contrato o adición.

Los recursos recaudados bajo este tributo deben invertirse en dotación, material de guerra y otros conceptos previstos en la Ley 1421 de 2010, orientados al cumplimiento de funciones del Estado relacionadas con la garantía de preservación del orden público.

En el Distrito de Cartagena, los pagos a los contratistas se realizan a través de Fiduprevisora S.A. y la fiduciaria Servitrust, por razón del contrato de encargo fiduciario N°1469 de 2001 que con la primera de dichas sociedades celebró la entidad territorial para ese efecto, de suerte que les corresponde a tales compañías realizar las deducciones y retenciones de ley, entre estas, la aludida contribución de obra pública, siendo responsables con el contribuyente y ante el Estado, por disposición del artículo 370 del Estatuto Tributario.

Durante la vigencia 2014, el Distrito celebró varios contratos de obra; sin embargo, Fiduprevisora y Servitrust se abstuvieron de hacer las retenciones correspondientes al efectuar los pagos a los contratistas, porque en forma arbitraria determinaron que esa retención no era procedente.

El accionante indagó ante la entidad pública Distriseguridad sobre la forma en que sus recursos eran destinados para el mejoramiento de la seguridad ciudadana en



Cartagena, y en respuesta, recibió información sobre la disminución patrimonial surgida por el no pago de la contribución de obra pública.

Distriseguridad también informó que, en oficio del 8 de enero de 2015, Fiduprevisora S.A. expuso el concepto de sus especialistas tributarios, según el cual, la contribución de obra pública no podía deducirse de los pagos contractuales de 2014, por cuanto tal obligación sólo tuvo vigencia hasta diciembre de 2013. Para el actor, esa conclusión era rebatible con lo expuesto por la DIAN en concepto jurídico 052389 del 16 de julio de 2014 y con lo señalado por otras entidades estatales del orden nacional, incluyendo el Ministerio de Hacienda.

Teniendo en cuenta que el valor de los contratos de obra celebrados por el Distrito en 2014 fue de \$284.864'920.653, se evidenció que las omisiones administrativas de las entidades accionadas causaron detrimento patrimonial al erario por \$14.143'246.000, como cuantía de los recursos dejados de recaudar para inversiones en seguridad y convivencia ciudadana en Cartagena.

Aunque los hechos señalados fueron denunciados en 2015 por el director general de Distriseguridad ante la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, a la fecha de la demanda no se habían iniciado las respectivas investigaciones. Asimismo, aunque se interpuso acción de tutela para lograr el cobro e inversión de la contribución, no se logró dicho cometido.

2. Trámite en primera instancia

2.1. En providencia del 13 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda y ordenó su notificación a las entidades demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público. Igualmente, dispuso vincular a la entidad Distriseguridad, e informar sobre la existencia del proceso a la comunidad y al Defensor del Pueblo (fl. 168, c. 1).

2.2. El Distrito de Cartagena se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que la situación anotada por el accionante no fue producto de un deseo caprichoso de los entes fiduciarios ni de un comportamiento arbitrario de la Administración, sino que la no retención referida en el libelo se soportó en un concepto jurídico emanado de los especialistas tributarios de Fiduprevisora S.A., conforme al cual, la contribución especial por obra pública fue creada por la Ley 418 de 1997 y varias



veces prorrogada por otras leyes, entre éstas la 1106 de 2006, que la prorrogó por cuatro años, y la Ley 1421 de 2010, que volvió a ampliar su vigencia por otros cuatro años, aunque luego el artículo 53 de la Ley 1430 de 2010 *“corrigió el error y estableció una prórroga de 3 años (...) contados a partir de la promulgación de dicha ley, es decir, el día 29 de diciembre de 2010”*.

Reprodujo otros apartados del concepto emitido por los abogados de Fiduprevisora S.A., en los que se recalcó que la Ley 1430 de 2010 tenía prevalencia sobre la Ley 1421 de ese año, por ser posterior y revestir mayor especialidad, y que los conceptos emitidos al respecto por la DIAN no habían sido uniformes.

Argumentó que, si bien las posturas oficiales sobre la vigencia de la contribución no eran pacíficas, no por ello se podía concluir que el seguimiento de uno de los senderos jurídicos expuestos fuera violatorio de los derechos colectivos invocados.

Propuso las excepciones de *“no vulneración de la moralidad administrativa y el patrimonio público”* y *“hecho de un tercero”*, insistiendo en que la omisión del cobro de la contribución especial reclamada no entrañó un proceder contrario a la ética, y que, en todo caso, la responsabilidad en el recaudo correspondiente recaía en los entes fiduciarios accionados.

2.3. La sociedad Fiduprevisora S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso que la Ley 1421 de 2010 hacía referencia a un descuento y a una retención que no correspondían a la contribución especial de obra pública, situación que fue corregida por el Congreso de la República al expedir la Ley 1430 de 2010, que estableció *“taxativamente”*, según sus palabras, una prórroga de tres años del mencionado gravamen, lo que implicó que el mismo cesara de causarse en diciembre de 2013.

Señaló que las gestiones adelantadas por esa compañía en el marco del contrato de encargo fiduciario alegado en el libelo siempre estuvieron ajustadas a derecho, y especialmente, a la normativa que estaba en rigor en 2014.

Refirió la naturaleza de los patrimonios autónomos y de los recursos afectos a ellos, así como la ausencia de responsabilidad de las firmas fiduciarias con cargo a su propio haber, tanto en la fiducia mercantil como en el encargo fiduciario.



Propuso la excepción que denominó “*imposibilidad jurídica*”, con sustento en que Fiduprevisora S.A. no debía ser llamada al proceso como vocera de un “*patrimonio autónomo inexistente*”.

De igual manera formuló como excepción de fondo la “*inexistencia de vulneración de derechos colectivos por parte de Fiduprevisora S.A.*”, argumentando que la parte actora no había demostrado tal cercenamiento de los bienes jurídicos invocados, ya que sólo pretendía alegar una supuesta omisión de retenciones tributarias que en realidad no eran procedentes.

2.4. La entidad Distriseguridad¹, al intervenir como vinculada, señaló que eran ciertos los hechos señalados en la demanda y solicitó que se acogieran las pretensiones del accionante puesto que, si bien ese establecimiento adelantó gestiones ante las fiduciarias demandadas y ante la Secretaría de Hacienda de Cartagena, no logró que se efectuara el cobro de la contribución de obra pública ni el giro a su favor de los recursos correspondientes.

Distriseguridad solicitó como medida cautelar la impartición de órdenes al Distrito de Cartagena y a las fiduciarias demandadas para que adelantaran el recaudo de la contribución especial de obra pública, causada durante la vigencia de 2014. No obstante, la solicitud fue negada por el Tribunal de primera instancia mediante auto del 27 de noviembre de 2018 (fl. 299, c.2).

2.5. La sociedad Servitrust y la Contraloría de Cartagena se abstuvieron de contestar la demanda.

2.6. El 27 de marzo de 2019 tuvo lugar la audiencia de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, y en ella el Tribunal hizo constar la imposibilidad de celebrar un pacto de cumplimiento, especialmente por la no comparecencia de “*las partes*”² (fls. 319-323, c.2). A continuación, se decretaron las pruebas del proceso.

2.7. Vencido el período probatorio dispuesto en providencia del 27 de marzo de 2019, el *a quo*, mediante auto del 10 de septiembre siguiente, corrió traslado a las

¹ Establecimiento público vinculado al Distrito de Cartagena, creado mediante Decreto N° 0040 de 2003 (fl. 292, c.2).

² Estuvieron ausentes Servitrust y Distriseguridad, según lo que se aprecia en el acta respectiva.



partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 388, c.2).

2.8. En esta oportunidad, el accionante manifestó que estaban acreditados los encargos fiduciarios celebrados por el Distrito de Cartagena para el recaudo de varias obligaciones a su cargo, entre estas, las retenciones imputables a la alegada contribución de obra pública, y que igualmente estaba demostrado que esa actividad de recaudo no fue cumplida cabalmente por las fiduciarias demandadas ni por la propia administración distrital, durante 2014.

Por lo demás, reiteró los hechos de la demanda y recalcó las funciones que, según su dicho, le competen al Distrito frente a la mencionada contribución.

2.9. A su turno, la Contraloría Distrital de Cartagena refirió las obligaciones generales de ese organismo de control y manifestó que, frente al caso concreto, adelantó indagaciones en las que solicitó informes a las fiduciarias demandadas y a Distriseguridad sobre el estado de recaudo de la contribución de obra pública durante 2014, y que si bien un ciudadano presentó denuncia en 2018 sobre la irregularidad relacionada con el contrato de encargo fiduciario N° 1469 de 2001, la Contraloría dio respuesta de fondo el 16 de octubre de ese año manifestando que no se había detectado detrimento patrimonial alguno que fuera objeto de responsabilidad fiscal, aunque sí un riesgo latente de tal perjuicio, si persistía la interpretación con fuerza normativa efectuada por la DIAN sobre la vigencia de la contribución durante 2014.

2.10. El Distrito de Cartagena y Fiduprevisora S.A., por su parte, refirieron los argumentos expuestos en las contestaciones de la demanda.

2.11. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

3. La sentencia impugnada

El 29 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo de Bolívar profirió la sentencia apelada, desestimando las pretensiones de la demanda.

Al hacer un recuento de las normas que crearon y prorrogaron la contribución especial de obra pública, refirió que la Ley 1106 de 2009 dispuso inicialmente una



vigencia de la contribución hasta diciembre de 2010, y que si bien el legislador expidió la Ley 1421 de 2010, que prorrogó la obligación por cuatro años contados a partir del 21 de diciembre de dicha anualidad, lo cierto fue que en ese mismo período legislativo se expidió y promulgó la Ley 1430 de 2010, que estableció una prórroga de la contribución por el término de tres años, contados a partir del 29 de diciembre de 2010. Destacó que, frente al hecho de que rigieran simultáneamente las Leyes 1421 y 1430 de 2010 -referentes al término de prórroga de dicha carga-, la Corte Constitucional, en sentencia C-100 de 2018, estableció varias alternativas de interpretación válidas, a saber: i) que la Ley 1430 derogó tácitamente la Ley 1421 de 2010 y la prórroga de cuatro años en ella contenida, por lo cual la causación del gravamen sólo procedería hasta el 29 de diciembre de 2013; ii) que la Ley 1430 de 2010 no derogó la Ley 1421, sino que estableció una prórroga adicional que, por tanto, iría hasta el 29 de diciembre de 2017, y iii) que la Ley 1421 de 2010 es especial en relación con la Ley 1430, por lo que prevalece la prórroga de cuatro años fijada en aquella, la que por tanto se extendería hasta el 21 de diciembre de 2014.

Después de referir, en ese marco, el contenido del material probatorio aportado a la causa, el Tribunal recalcó que, a la luz del artículo 6 de la Ley 1106 de 2009, el Distrito de Cartagena tenía la obligación de cobrar una contribución del 5% a todos los contratistas de obra pública de la entidad territorial, lo cual debía ser igualmente gestionado por Fiduprevisora S.A. en virtud del contrato de encargo fiduciario celebrado con la Administración, y que en ese contexto se produjo la expedición de las dos leyes antes anotadas.

Consideró que esa vigencia simultánea de las dos normas fue la que motivó la circunstancia reprochada por el accionante, pues era previsible que los actores jurídicos involucrados u obligados con tales leyes optaran por la aplicación de una u otra ley para formar un criterio interpretativo sobre la vigencia de la obligación tributaria.

Con apoyo en tal premisa, manifestó:

Partiendo de la base que (sic) en dicho momento -2014- existían dos leyes que de manera distinta regulaban o determinaban la vigencia específica de dicha contribución, es dable considerar que la actuación de las demandadas no fue caprichosa, arbitraria ni mucho menos ilegal, por cuanto se ampararon en una de las normas vigentes. Además, debe advertirse que en ese lapso no había ni existía un criterio unificado en torno a la vigencia de dicho tributo, ya que ante la evidente



antinomia se gestaron diversos criterios interpretativos, tal y como se reseñó en el marco jurisprudencial expuesto en precedencia.

Agregó que, con fundamento en ello, no se configuraba el criterio objetivo determinante para tener por vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, por no poder concluirse que la conducta de los entes demandados fuera violatoria de normas del ordenamiento, pues, por el contrario, se amparó en éstas. Asimismo, consideró que el criterio subjetivo que debía concurrir para tener por vulnerado el derecho colectivo tampoco se había configurado en el presente caso, precisamente porque la no retención del 5% del valor de los contratos de obra no obedeció a un actuar caprichoso ni deshonesto de los entes obligados, sino justamente a su propósito de obrar conforme a preceptos en rigor, como lo eran los contenidos en la Ley 1430 de 2010.

Señaló que la misma conclusión debía adoptarse en cuanto al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, puesto que era palmario que éste no había sido menoscabado en el *sub judice*, en la medida en que el estudio del caso debía abordarse a partir de la “*dicotomía*” existente entre las Leyes 1421 y 1430 de 2010, antinomia que fue la que dio lugar a los hechos denunciados en el libelo sin que pudiera considerarse que las entidades accionadas hubieran causado un detrimento patrimonial por un proceder negligente u omisivo.

Con respecto a los conceptos jurídicos de la DIAN, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Hacienda -instrumentos invocados por la parte accionante-, el juzgador de primera instancia estimó que no tenían carácter obligatorio ni eran vinculantes, puesto que sólo se erigían como guías u orientaciones generales sobre el punto en cuestión, lo cual se apreciaba más palmario si se tenía en cuenta que la postura de la DIAN, en concreto, no era unificada, puesto que en Oficio N° 21584 de 2014 señaló que en ese año ya no estaba vigente la contribución materia de controversia.

4. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación (fls. 449-453 c.ppal.) sobre la base de los siguientes fundamentos:

La sentencia impugnada reproduce los argumentos que expusieron los abogados de Fiduprevisora S.A. respecto de la prevalencia de la Ley 1430 de 2010 sobre la



Ley 1421 de ese año, pese a que ese criterio era refutable jurídicamente, ya que fue otra la conclusión plasmada en los conceptos 052389 y 041622 de 2014, emitidos por la DIAN; OF115-4615-OAJ-1400 y 3200 de 2015, expedidos por el Ministerio del Interior, y en el concepto N° 014198 de 2015, emanado del Ministerio de Hacienda.

La DIAN ostentaba “*autoridad interpretativa en materia tributaria*”, tal como se desprendía del Decreto 1292 de 2015, en cuanto le asignó a esa entidad la función de interpretar la ley aplicable y actuar como autoridad doctrinaria en materia de impuestos, entre otros asuntos; por ello, fue bajo tales atribuciones que la entidad resolvió la antinomia legal de manera muy distinta a la conceptuada por Fiduprevisora S.A. y por el Tribunal de primer grado.

En el presente caso, para resolver la disparidad existente entre las leyes mencionadas debió acudirse al criterio de especialidad fijado en la Ley 57 de 1887, y en tal virtud, establecerse la prevalencia de la Ley 1421 de 2010 sobre la Ley 1430, como lo había señalado expresamente la DIAN.

Expresó el apelante:

Los conceptos de la Dian resultan ser obligatorios para los funcionarios públicos de la Dian (sic) y diríamos que en sentido extensivo y en homólogo sentido a las administraciones de impuestos territoriales y a los responsables de recaudar el impuesto, esto a nuestro criterio, inclusive a los agentes retenedores, quienes actúan como un facilitador del Estado en su recaudo; así, en ese sentido, los funcionarios del Distrito omitieron el deber y debieron velar por la interpretación correcta de las normas en antinomia y exigir a la Fiduprevisora la retención de la Contribución de conformidad con la Ley 1943 de 2018 (...).

5. Actuación en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue concedido el 13 de enero de 2019 y admitido por esta Corporación el 14 de octubre de 2020 (fls. 497-520, c. ppal.).

5.2. En auto del 22 de febrero de 2021, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 507, c. ppal.).

5.3. En efecto, el 12 de abril de 2021, el Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto sobre la presente controversia y señaló que en ella debía confirmarse el fallo apelado puesto que, lejos de avizorarse una



vulneración a los derechos colectivos referidos en la demanda, se evidenciaba que el no recaudo de la contribución de obra pública durante 2014 obedeció a una antinomia creada por el mismo legislador, por lo que no era dable concluir que los entes accionados actuaron de manera arbitraria o ilegítima, como tampoco se evidenciaba mala fe ni la intención tendiente a satisfacer intereses personales o particulares.

5.4. En sus alegatos de conclusión, la sociedad Fiduprevisora S.A. reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en los alegatos de primera instancia.

5.5. El Distrito de Cartagena manifestó que, durante la vigencia 2014, los cobros de la contribución por obra pública de los contratos celebrados directamente por la Alcaldía ascendieron a los \$364'414.895, amén de las retenciones efectuadas por la Tesorería Distrital, y a \$828'981.966 por concepto de las retenciones hechas *“por fiducia”*, no obstante lo cual, Fiduprevisora, en ese año, *“no realizó descuentos o retenciones por el 5% de contribución por obra pública, ya que dada la antinomia existente entre (...) las leyes 1421 y 1430 de 2010, acogieron (sic) el plazo de vigencia que se estableció en esta última ley, considerando entonces que la aplicación del referido impuesto sólo tenía validez hasta el 29 de diciembre de 2013”* (fl. 537, c. ppal.).

5.6. A su vez, la sociedad Servitrust manifestó que durante la vigencia 2014 no realizó retenciones por concepto de la contribución reclamada en la demanda, toda vez que el encargo fiduciario que el Distrito había celebrado con esa compañía se encontraba en etapa de liquidación definitiva, por haber expirado su plazo de duración el 22 de octubre de 2013, por lo que era palmario que durante el año siguiente, Servitrust no estaba obligada a hacer las retenciones echadas de menos por el accionante, de suerte que dicha fiduciaria no había violado los derechos colectivos invocados.

5.7. La parte actora, Distriseguridad y la Contraloría de Cartagena guardaron silencio.



III. CONSIDERACIONES

1. Normativa y régimen aplicable

Dado que la demanda se presentó el 25 de mayo de 2018, le resultan aplicables, además de las disposiciones de la Ley 472 de 1998, las introducidas por la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estatuto que entró a regir con posterioridad al 2 de julio de 2012.

2. Jurisdicción y competencia

El inciso primero del artículo 15 de la Ley 472 de 1998³ prevé que a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le corresponde conocer de las acciones populares que se originen en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

En el caso concreto, la parte demandante pretende el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la seguridad pública, los que, en su criterio, resultaron vulnerados por la omisión atribuible al Distrito de Cartagena, a la Contraloría Distrital de esa misma entidad territorial y a las fiduciarias Servitrust y Fiduprevisora S.A., en el recaudo de la contribución por obras públicas que, en sentir de la parte accionante, debió cobrarse durante la vigencia 2014.

En tal virtud, esta jurisdicción es la encargada de resolver la controversia planteada, por haber surgido con ocasión de la actividad de tres entidades estatales -entre las cuatro personas jurídicas demandadas-, a saber: Fiduprevisora S.A., el Distrito Turístico de Cartagena y la Contraloría Distrital de Cartagena.

Por su parte, el Consejo de Estado tiene competencia funcional para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 29 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con el numeral 16 del artículo 152 del CPACA, vigente en las fechas de interposición de la demanda y del recurso de apelación, y conforme al cual: *“Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) // 16. De los relativos*

³ Ley 472 de 1998. *“ARTÍCULO 15. JURISDICCIÓN. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil”.*



a la protección de derechos e intereses colectivos (...), contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas”.

En efecto, la sociedad Fiduprevisora S.A. -accionada en el *sub judice*- es una entidad estatal del orden nacional, lo que da lugar a que la competencia para conocer del presente asunto radique en primera instancia en el Tribunal Administrativo, y en segunda instancia, en esta Corporación.

Por su parte, el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 (compilatorio del Reglamento Interno del Consejo de Estado) previó la siguiente competencia para la Sección Tercera: *“13. Las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa”.*

3. Presupuesto procesal de reclamación

El artículo 144, inciso tercero, de la Ley 1437 de 2011, establece que *“antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad (...) que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado”.*

Advierte la Sala que el mencionado requisito fue cumplido en el caso *sub judice*, puesto que, en efecto, el 16 de abril de 2016, el señor Juan Vicente Villaroya López formuló *“reclamación previa de protección de derechos e intereses colectivos”* ante las entidades hoy demandadas (fls. 148-164, c.1), solicitando que el Distrito de Cartagena efectuara el cobro coactivo de la contribución de obra pública correspondiente a los contratos celebrados por esa entidad y los órganos descentralizados, que estuvieran pendientes de liquidación y en los que no se hubiera realizado la respectiva retención.

Solicitó igualmente que Fiduprevisora S.A. y Servitrust efectuaran los descuentos por concepto de dicho tributo, sobre los saldos de las actas de obra parcial o final de contratos celebrados en 2014, y que se girara a Distriseguridad, del mencionado rubro, la suma de \$14.143'246.000.

Finalmente, pidió a la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias adelantar los procesos de responsabilidad fiscal que correspondieran, contra los servidores públicos que con sus *“actuaciones irregulares”* impidieron el recaudo y giro de la contribución de obra pública, en Cartagena, en 2014.



4. Legitimación en la causa de Servitrust.

Aunque la parte actora dirigió la demanda contra la sociedad Servitrust GNB Sudameris S.A., no indicó en la fundamentación fáctica ni jurídica la fuente de las obligaciones que corrían a cargo de dicha compañía, respecto del recaudo, retención o cobro de la contribución especial materia de juicio. A la par con ello, en el proceso no figura prueba documental alguna que informe sobre la relación jurídica existente entre Servitrust y el Distrito de Cartagena, en virtud de la cual dicha fiduciaria hubiera estado obligada a efectuar pagos a contratistas del ente territorial durante la vigencia 2014.

Lo anterior evidencia que la sociedad Servitrust carece de vocación procesal para ser demandada en la presente causa, pues al no acreditarse un vínculo jurídico anterior a la demanda, del cual pudiera derivarse un eventual efecto de la sentencia contra ella o la imposición de medidas u órdenes a su cargo, no se configura su legitimación material en la causa por pasiva, razón por la cual el análisis de la controversia sobre la vulneración o no de los derechos colectivos invocados sólo se efectuará respecto de las demás entidades demandadas.

5. Problema jurídico

Señala el apelante que, de conformidad con el Decreto 1292 de 2015, le corresponde a la DIAN *“interpretar y actuar como autoridad doctrinaria y estadística en materia de [impuestos] nacionales”*, y que si en ese marco, los conceptos de esa entidad son obligatorios para sus servidores públicos, *“en sentido extensivo”* también son de forzosa observancia para los administradores de impuestos y los agentes retenedores. Bajo tal premisa, considera que debió ser reprochado en el *sub judice* el no cobro de la contribución de obra pública durante 2014 en el Distrito de Cartagena, y considerarse violatorio de la normativa aplicable, pues de acuerdo con los conceptos emitidos por la DIAN y los Ministerios del Interior y de Hacienda, y asimismo, en armonía con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la antinomia existente entre las Leyes 1421 y 1430 de 2010 debió solucionarse bajo el criterio de especialidad, dando prevalencia al primero de los indicados cuerpos normativos, que prorrogó la vigencia del tributo por cuatro años, que expiraban en diciembre de 2014.



En ese sentido, de acuerdo con los argumentos de la apelación, le corresponde a la Sala establecer si la omisión de la retención y/o recaudo de la aludida prestación tributaria, a cargo del Distrito de Cartagena y de Fiduprevisora S.A., durante 2014, lesionó o puso en riesgo los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, y si tal violación surgió por no acompañarse el criterio de las entidades demandadas con el que fue esbozado por la DIAN en los conceptos que invoca el censor.

Es de anotar que el demandante también incluyó en las pretensiones de amparo el derecho colectivo a la “*seguridad pública*”, aunque no expuso la forma en que el mismo resultó vulnerado o amenazado con la conducta de las accionadas. Con todo, es posible inferir que esa mención del derecho colectivo a la seguridad pública en el *petitum* de la demanda obedece a que los recursos no recaudados debían ser destinados a un establecimiento público distrital encargado de prestar servicios y cumplir funciones en materia de seguridad ciudadana. La Sala examinará, por consiguiente, este aspecto de la controversia, a la par con el estudio en que se debe verificar la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, según lo anteriormente expuesto.

6. Las acciones populares y los derechos invocados en el presente asunto

La acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, reglamentada por la Ley 472 de 1998 y hoy concebida por el artículo 144 del CPACA como el medio de protección de derechos e intereses colectivos⁴, tiene como finalidad, precisamente, el amparo de los mismos cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares.

En la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la Ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de la acción popular son los siguientes:

⁴ “Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. // Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.



i) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

iii) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia; en particular, aunque no de manera excluyente, están cobijados por la acción popular los derechos mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

iv) Puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

v) No interesa cuál sea la causa o el origen de la violación al derecho o interés colectivo (acto, hecho, operación, omisión, contrato administrativo o cualquier otra forma de manifestación de la administración pública); es decir, el centro de imputación jurídica que determina la procedencia de la acción es el hecho de la violación o amenaza de un derecho o interés de esa naturaleza, al margen de la causa o motivo.

6.1. La moralidad administrativa

La moralidad administrativa –referida en el artículo 4, literal b) de la Ley 472 de 1998- constituye un bien jurídico de connotación abierta⁵, por lo que su estudio se adelanta con fundamento en el contenido axiológico y teleológico establecido primordialmente en la Constitución Política⁶, y bajo lo señalado en forma reiterada por la jurisprudencia y la doctrina, acerca de la doble naturaleza de la moralidad administrativa, pues además de erigirse, en efecto, como un derecho colectivo (art.

⁵ HART, H.L.A. “El concepto del derecho”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Sobre este punto se puede consultar igualmente: “La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa”, AMAYA Olaya, Uriel, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 804.

⁶ “La moralidad no ha sido definida normativamente, con excepción del preciso intento del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo (CPACA) de darle un contenido más concreto, que en su artículo 3 numeral 5 indica: ‘en virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas’; por ello ha sido la jurisprudencia la que, de manera amplia, se ha ocupado de precisar los alcances del concepto de moralidad administrativa” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de marzo de 2021, exp. 2010-02540-01(AP), M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.



88 C.P.⁷⁾, constituye un principio que debe guiar las funciones del Estado (art. 209 C.P.)⁸⁾.

Partiendo de este último concepto, es decir, la moralidad administrativa como principio que rige la actividad de la Administración, se tiene que su análisis y la determinación de lo que debe entenderse por *moralidad* deben referirse a la finalidad que inspira el acto de cara al ordenamiento jurídico, ya que éste les impone a los servidores públicos, y a los particulares que administran recursos del Estado o que cumplen funciones públicas, ejercer su actividad conforme al marco normativo vigente y motivados únicamente por razones del servicio y la defensa de los intereses estatales y el interés general.

Así entonces, el juicio que corresponde efectuar en sede de la acción popular frente a la moralidad administrativa no se estructura en la convicción subjetiva del juez sobre la moral ni en cánones individuales de conciencia o del “*sentido del deber*”, sino sobre la verificación de que en el caso concreto la entidad ni el servidor público hayan transgredido la ley ni obrado con propósitos o móviles distintos a los fines públicos y generales que, conforme al derecho aplicable, debían guiar su actividad y su conducta⁹⁾.

En cuanto a la moralidad administrativa como derecho colectivo, se reitera que la regla que así lo concreta es el artículo 4, literal b) de la Ley 472 de 1998. Como lo

⁷⁾ “Artículo 88.- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

⁸⁾ “Artículo 209.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”.

⁹⁾ Como lo ha señalado la jurisprudencia: “Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. La infracción de tal derecho colectivo se concreta en la existencia de motivaciones extranormativas, que evaden las finalidades objetivamente determinadas para el ejercicio de las funciones y potestades propias del servicio público y que apunta, en último término, a la satisfacción de los intereses generales y el bien común. La motivación extranormativa, entonces, se encamina a la satisfacción de intereses particulares –de la autoridad pública que ejerce impropia sus funciones o de terceros e, incluso, de la misma administración pero sin un título jurídico habilitante–. // Se advierte, por lo dicho, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder, entendida ésta última como ‘el hecho del agente administrativo que, realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquéllos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido’” (Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 13 de agosto de 2014, exp. N° 25000-23-15-000-2003-02181-01(AP), C.P. Hernán Adrade Rincón).



ha anotado la jurisprudencia¹⁰, tal disposición comporta una *norma en blanco*, por contener elementos cuya definición se encuentra en otras disposiciones, de manera que, para aplicarla, el juez debe estarse a lo que prescribe la norma remitida, respecto del concepto no definido en aquella. Se ha puntualizado esto porque el propio artículo 4 comentado prescribe que los derechos colectivos allí enunciados “*estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley*”; y en armonía con ello, el artículo 7 de la misma Ley 472 señala que los derechos “*protegidos por las acciones populares y de grupo (...) se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia*”. Conforme a lo ya expuesto sobre la naturaleza de la moralidad administrativa, es preciso tener en cuenta que las regulaciones a que se refieren las normas citadas no consistirán, probablemente, en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico de algún aspecto del principio.

Ahora, la Sala también reitera el criterio ampliamente fijado por la jurisprudencia en el sentido de que, si bien por su naturaleza, la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa suele procurarse salvaguardando el principio de legalidad, ello no quiere decir que todo acto que infrinja el ordenamiento devenga en inmorale, en los términos de la Constitución y la ley, cuestión ésta que implica que el juicio que se adelanta en la acción popular no necesariamente es de confrontación formal entre la actuación reprochada al Estado y la normativa que la regulaba, sino que trasciende o sobrepasa tal ejercicio para verificar que el proceder de la entidad pública acusada, al separarse del ordenamiento, se haya concretado en desmedro o con desconocimiento de los fines y objetivos establecidos en la Constitución Política y en las específicas reglas jurídicas aplicables al caso.

Se ha dicho al respecto¹¹:

i) [E]s posible que la moralidad se relacione con la ilegalidad, pero no es necesario que para acreditar una conducta que atente contra el citado derecho colectivo se demuestre indefectiblemente una actividad ilegal o ilícita, puesto que es factible que el comportamiento que afecta la moralidad lo haga en virtud del desconocimiento de principios o valores constitucionales. Como se precisó,

¹⁰ Ver, entre otras, las sentencias dictadas por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, el 16 de febrero de 2001 –exp. N° AP 170, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez- y el 26 de septiembre de 2002 –exp. N° 41001-23-31-000-2002-0800-01(AP-537) C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP 2004-640, C.P. Enrique Gil Botero.



no toda inmoralidad supone ilegalidad, ni toda ilegalidad conlleva una inmoralidad.

ii) uno de los principales escenarios en los que se enjuicia la moralidad administrativa tiene que ver con comportamientos ilegales de la administración, circunstancia por la cual el juez constitucional ostenta competencia para identificar el tipo de actuación administrativa que amenaza o vulnera el derecho (hecho, omisión, operación administrativa, contrato estatal o acto administrativo) para determinar si es necesario el análisis de legalidad de la misma, con el fin de proteger el derecho colectivo.

En otros términos, es posible que el juez de la acción popular tenga que remover una actuación de la administración pública, pero siempre que sea necesaria e indefectible para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa. En otros términos, el juez de la acción popular no puede realizar un análisis de legalidad dejando de lado el estudio de la vulneración o amenaza del derecho o interés colectivo.

En reciente oportunidad, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo discurrió sobre la moralidad administrativa en los siguientes términos¹²:

De modo que, se ha considerado que la moralidad no debe coincidir, en toda su extensión, con la legalidad, por lo que debe evitarse el traslape total de las nociones, en tanto que, 'en efecto, confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la administración implica, necesariamente, negar la existencia del primero, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección'¹³.

Aunado a todo lo expuesto, resulta pertinente señalar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su jurisprudencia para precisar que la moralidad administrativa, entendida como principio-derecho, se integra con dos elementos que deben verificarse o constatarse para que proceda el amparo solicitado en la respectiva demanda¹⁴:

[H]a sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación 'no se puede colectivizar toda transgresión a la ley'. Esto quiere decir que, si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de marzo de 2021, exp. 2010-02540-01(AP), M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹³ Cita del original. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2006, rad. 2003-01069-02 (AP).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, expediente 2007-00033-01(AP).



derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa (...).

Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho. (i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública (...).

(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.

(...) 2.2.2. Elemento subjetivo.

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública. Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

6.2. La defensa del patrimonio público

Esta Corporación ha sostenido¹⁵ que la noción de *patrimonio público* como derecho colectivo no sólo comprende los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables del Estado colombiano junto con los que integran el territorio -de acuerdo con los artículos 63 y 101 de la Constitución Política-, sino que también abarca todos aquellos bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es titular, y que se destinan al cumplimiento de las funciones que le asigna el ordenamiento. La protección de todos estos recursos y elementos busca que los mismos sean administrados en forma eficiente, transparente y responsable, bajo las reglas previstas por la ley, especialmente en las normas presupuestales.

Desde esa línea, se tiene que la regulación legal de la defensa del patrimonio público busca la salvaguarda normativa de los intereses colectivos, que prevalecen justamente por traducirse en el “*interés general*” protegido por la Constitución

¹⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 23 de septiembre de 2004, exp. N° 25000-23-27-000-2003-1825-01(AP). C.P. Germán Rodríguez Villamizar. En el mismo sentido, ver sentencia dictada por la Sección Cuarta de la misma Corporación, el 31 de mayo de 2002, exp. N° 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300). C.P. Ligia López Díaz.



Política. Es en virtud de ello que el indicado amparo jurídico del patrimonio público, como derecho colectivo, se encamina a que el conjunto de bienes del Estado esté destinado adecuadamente a la finalidad que se les ha señalado y se administre bajo criterios de eficacia y rectitud¹⁶, lo que implica perseguir no solamente la transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos, sino también la utilización de los mecanismos respectivos de acuerdo con su objeto y, en especial, con los fines del Estado. Por ello, se parte de la base de que todo indebido manejo de tales recursos por parte de la Administración o por el particular que legalmente se encuentre a cargo de los mismos es violatorio del patrimonio público, ya sea porque el uso o destinación de los bienes se hicieron de manera negligente o ineficiente, o porque se destinaron a conceptos no previstos expresamente en la respectiva norma regulatoria, eventos en los cuales la protección del indicado derecho colectivo es procedente por la vía de la acción popular.

Así, en suma, bajo estos criterios se ha concluido que *“la defensa del patrimonio público estudia dos elementos, i) la existencia de un bien o conjunto de bienes de propiedad del Estado, y, ii) el análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente, pone en peligro el interés colectivo”*¹⁷, y que en todo caso, sin perjuicio de ello, en el análisis que le corresponde hacer al juez popular, *“no solo interesará la comprobación de la conducta descuidada, negligente o imperita, sino que además, que se afecte el núcleo de ese derecho, aspecto que reside en la realización de los fines del Estado”*¹⁸.

La jurisprudencia también tiene por establecido la particular asociación que existe entre la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, dado que en forma recurrente la lesión del primero de tales derechos se materializa con la afectación del segundo, y porque siendo la moralidad administrativa un derecho colectivo cuyo contenido suele referir o comunicar otros bienes jurídicos, el más frecuente de estos es el patrimonio público, a tal punto que *“en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del*

¹⁶ Al respecto, puede consultarse la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 8 de junio de 2001. Radicación 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP). C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia del 14 de abril de 2016, exp. N° 25000-23-41-000-2013-02622-01(AP). C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2021, exp. N° 73001-23-31-000-2010-00441-01 AP. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.



*principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público*¹⁹.

En ese sentido, se ha señalado²⁰:

Esta Corporación, dada la estrecha relación entre la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público, ha reconocido su íntima relación, pues el correcto y adecuado manejo de los bienes y dineros públicos constituye una expresión de la moral administrativa en el marco de una ética pública, que busca asegurar, a través de un eficiente manejo, la adecuada protección de esos derechos.

6.3. La seguridad pública

Por su parte, el derecho colectivo a la *seguridad pública* se ha identificado de tiempo atrás como uno de los elementos constitutivos del orden público y cuya garantía y protección material se ha encomendado principalmente a las autoridades de policía y a los cuerpos armados del Estado, aunque no solamente refiere lo relativo a la prevención del delito o la intervención frente a agresiones entre personas o grupos, sino que también abarca otros fines públicos como la ausencia de accidentes, la prevención de riesgos humanos y naturales y medidas de cautela para evitar o conjurar atentados contra la seguridad del Estado²¹.

7. La contribución especial de obra pública

El 26 de diciembre de 1997 fue promulgada la Ley 418, cuyo objeto, de conformidad con el artículo 1, consistió en *“dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Política y/o los Tratados Internacionales aprobados por Colombia”*.

¹⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. N° 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2021, exp. N° 73001-23-31-000-2010-00441-01 AP. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

²¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 13 de julio de 2000, exp. N° CE-SEC1-EXP2000-NAP055 AP-055. C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.



En ese marco, los artículos 120 y 121 de la indicada ley establecieron la “contribución especial” materia de la presente controversia, en los siguientes términos²²:

Artículo 120. Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión.

Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley.

Se causará el tres por ciento (3%) sobre aquellas concesiones que otorguen las entidades territoriales con el propósito de ceder el recaudo de sus impuestos o contribuciones (...).

Artículo 121 Para los efectos previstos en el Artículo anterior, la entidad pública contratante descontará el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista.

El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente.

Copia del correspondiente recibo de consignación deberá ser remitido por la entidad pública al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales o la respectiva Secretaría de Hacienda de la entidad territorial, dependiendo de cada caso. Igualmente las entidades contratantes deberán enviar a las entidades anteriormente señaladas, una relación donde conste el nombre del contratista y el objeto y valor de los contratos suscritos en el mes inmediatamente anterior.

Con todo, el artículo 131 de la misma Ley 418 de 1997 señaló que su vigencia sería de dos años, de suerte que la aludida prestación sólo operaría, en principio, hasta el 26 de diciembre de 1999.

Tal circunstancia dio lugar a que en los años siguientes se expidieran sucesivas leyes para prorrogar la vigencia de la N° 418 de 1997. En efecto, el artículo 1 de la Ley 548 de 1999 dispuso dicha prórroga por tres años²³; a su vez, la Ley 782 del 23 de diciembre de 2002 prorrogó por otros cuatro años el artículo 121 y otros de esa

²² No obstante, esa figura no era nueva en el ordenamiento, ya que previamente había sido creada con carácter temporal por el Gobierno Nacional en los Decretos Legislativos 2009 de 1992 y 1515 de 1993, expedidos bajo el estado de conmoción interior declarado, a su vez, en el Decreto 1793 de 1992. Posteriormente, se le dio carácter permanente al consagrarse en los artículos 123, 124 y 125 de la Ley 104 de 1993, norma ésta que finalmente fue derogada por la mencionada Ley 418 de 1997.

²³ “Artículo 1°. Prorrógase la vigencia de la Ley 418 de 1997 por el término de tres (3) años, contados a partir de la sanción de la presente ley”.



misma normativa inicial²⁴, modificando además el artículo 120²⁵ y prolongando su vigencia por otro cuatrienio; posteriormente, la Ley 1106 de 2006 estableció por cuatro años más la prórroga del artículo 121 y otros de la Ley 418 de 1997, y adicionalmente, dispuso en su artículo 6:

El artículo 37 de la Ley 782 de 2002²⁶, quedará así:

Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión.

Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley.

El 21 de diciembre de 2010 fue expedida la Ley 1421, “[p]or medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006”. La misma, en efecto, amplió por cuatro años la vigencia del artículo 121 y otros de la Ley 418 de 1997, y del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, además de otras disposiciones.

A la par con ello, el Congreso de la República expidió la Ley 1430 del 29 de diciembre de 2010, “[p]or medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad”. Tras establecer algunas reglas sobre varios impuestos y otros conceptos de carácter tributario, dicha normativa dispuso en el artículo 53:

De la contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones. Prorrógase por el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley, la vigencia del artículo 120 de la Ley 418 de 1997 modificado por el artículo 37 de la Ley 782 de 2002 y el artículo 6° de la Ley

²⁴ “Artículo 1. Prorróguese por el término de cuatro (4) años la vigencia de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 37, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129 y 130 de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, prorrogado por la Ley 548 de 1999.

²⁵ “Artículo 37. El artículo 120 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así: // ‘Artículo 120. Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías de comunicación terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición”.

²⁶ Modificatorio del artículo 120 de la Ley 418 de 1997, como se refirió en la nota marginal anterior.



1106 de 2006. Así mismo se prorrogará por tres (3) años la vigencia del artículo 121 de la Ley 418 de 1997.

Frente a la disparidad así surgida entre dos normas legales en vigor acerca de la vigencia de la contribución especial, obró un primer pronunciamiento de la DIAN contenido en el Oficio N° 21548 del 3 de abril de 2014²⁷, en el que concluyó:

[E]n razón a que la ley en comento [refiriéndose a la N° 1430] fue promulgada en el Diario Oficial No. 47.937 del 29 de diciembre de 2010, desde el 30 de diciembre de 2013 la contribución especial consagrada en el artículo 120 de la Ley 418 de 1997 perdió vigencia.

Sin embargo, en concepto N° 041622 del 14 de julio de 2014 la DIAN varió su postura, para señalar que debía aplicarse la Ley 1421 de 2010 y de esa manera establecer la exigibilidad de la contribución especial hasta diciembre de 2014, como lo detallará la Sala más adelante.

Finalmente -frente a lo que reviste relevancia en el presente juicio-, la Ley 1738 de 2014 adicionó otra prórroga de cuatro años a varias de las normas antes señaladas²⁸ y en el párrafo de su artículo 8, otorgó carácter permanente al artículo 6 de la Ley 1106 de 2006²⁹, último en fijar expresamente, hasta ese momento, la contribución de obra pública señalada en la demanda.

La Corte Constitucional, en sentencia C-100 de 2018, examinó la constitucionalidad del párrafo del artículo 8 de la Ley 1738 de 2014, reprochado por el allí demandante por dar vigencia permanente a una norma que había expirado en diciembre de 2013, bajo lo dispuesto en la Ley 1430 de 2010, lo que en su sentir resultaba contrario al ordenamiento superior en materia tributaria. En punto de ello, la Corte declaró la exequibilidad de la norma acusada por considerar que el artículo

²⁷ Disponible en el enlace <https://cijuf.org.co/normatividad/oficio/2014/oficio-21548.html>. Consultado por última vez el 25 de noviembre de 2022.

²⁸ **Artículo 1.** Prorróguese por el término de cuatro (4) años la vigencia de los artículos: 1, 2, 3, 5, 6, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 37, 43, 44, 45, 49, 54, 66, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 92, 93, 94, 95, 98, 102, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 121, 123, 124, 125, 126, 127, y 130 de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 (...). Prorróguese de igual forma, los artículos 2, 3, 4, 12, 15, 16, 17, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 43 y 46 de la Ley 782 de 2002, los artículos 3 y 4 de la Ley 1106 de 2006 y los artículos 2. 3. 4. 5. 8. 9. 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 de la Ley 1421 de 2010”.

²⁹ **Artículo 8.** De la vigencia y derogatoria de la ley. La presente ley tiene una vigencia de cuatro (4) años a partir de la fecha de su promulgación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y el penúltimo inciso del artículo 6° de la Ley 1106 de 2006. // Párrafo. No estarán sometidos a la vigencia de la presente ley y tendrán una vigencia de carácter permanente los artículos 5° y 6° de la Ley 1106 de 2006, y los artículos 6° y 7° de la Ley 1421 de 2010”.



6 de la Ley 1106, en ella aludido, podía reputarse vigente al momento de expedirse la Ley 1738, merced a la prórroga de cuatro años dispuesta en la Ley 1421 de 2010.

Consideró que era “*discutible*” la afirmación de que el tributo ya comentado no se encontraba vigente para la fecha en que se promulgó la Ley 1738 de 2014 -18 de diciembre de ese año-, y agregó que ese carácter discutible “*y, por tanto, no definitivo*” de dicha inferencia se evidenciaba porque, a partir del estudio de las dos leyes en pugna -1421 y 1430 de 2010-, surgían tres alternativas de interpretación sobre la vigencia de la contribución de obra pública, siendo una de ellas que la Ley 1430 de 2010 derogó la 1421, por ser posterior a ésta.

Con todo, concluyó que la interpretación más adecuada para juzgar el asunto allí estudiado era la que se orientaba a dar prelación a la Ley 1421 de 2010, puesto que ese había sido el criterio sentado por la DIAN en el concepto N° 041622 de 2014, opinión que ostentaba la mayor vocación de aplicabilidad ya que, de conformidad con el Estatuto Tributario y otras normas del ordenamiento, la DIAN era “*la autoridad competente para determinar, mantener y velar por la unidad doctrinal en la interpretación y aplicación de las normas tributarias, en el proceso de determinación, recaudo y discusión administrativa de los impuestos de su competencia*”.

8. El caso concreto

8.1. Hechos probados

-. En virtud del contrato de encargo fiduciario N° 1469 del 21 de noviembre de 2001, celebrado entre el Distrito de Cartagena y Fiduprevisora S.A., ésta última asumió, entre otras obligaciones, las de recaudar determinados ingresos de la entidad territorial, administrarlos bajo las pautas establecidas en el negocio jurídico, realizar los giros para el pago de las obligaciones señaladas en el contrato y ordenadas por el fideicomitente, y reportarle a éste, después de haberlas efectuado, “*las deducciones tributarias*” generadas por concepto de pagos y/o desembolsos efectuados por la firma fiduciaria en nombre del Distrito (cláusula quinta) (fl. 219, c2).

El mencionado contrato fue objeto de varias prórrogas, de manera que se encontraba vigente para el año 2014, y aún después (fl. 232-263, c.2).



-. En concepto N° 041622 del 14 de julio de 2014 -emitido para absolver una consulta formulada por el representante legal de Distriseguridad-, la DIAN sostuvo la tesis de que *“la contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública, consagrada en el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, se encuentra vigente hasta el 21 de diciembre de 2014”*, puesto que así se desprendía de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1421 de 2010, que prorrogaba la vigencia de dicha contribución por cuatro años.

Señaló que, si bien la Ley 1421 de 2010 coexistía con la Ley 1430 del mismo año y esta última era posterior a aquella, no se perdía de vista que tal antinomia debía resolverse bajo el criterio de especialidad, bajo las pautas ofrecidas por la Ley 57 de 1887 y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de suerte que, revistiendo la Ley 1421 mayor especialidad, debía preferirse ésta sobre la Ley 1430.

Consideró que, para definir ese mayor grado de especialidad, era necesario examinar las ponencias de debate en el Congreso de la República, del proyecto que luego se convirtió en Ley 1421 de 2010; ponencias que fueron parcialmente transcritas en el concepto de la DIAN y que se refirieron a la necesidad de prorrogar la contribución por ser necesaria para seguir garantizando el orden público y consolidar el control territorial a los niveles, militar, policivo y civil. A continuación, expuso:

En este contexto, atendiendo al criterio de especialidad, este Despacho concluye que el artículo 1 de la Ley 1421 de 2010 (...) prevalece sobre el artículo 53 de la Ley 1430 de 2010. En consecuencia, la contribución de los contratos de obra pública (...) se entiende prorrogada hasta el 21 de diciembre de 2014.

-. En memorando de fecha 11 de noviembre de 2014, la Vicepresidencia Jurídica de Fiduprevisora S.A. emitió concepto sobre el asunto y señaló que la antinomia en cuestión sí debía resolverse acudiendo al criterio de especialidad de las normas en disputa, pero que en el caso concreto no era admisible la postura planteada por la DIAN en el concepto 041622, no sólo porque la misma no era uniforme -ya que en concepto anterior esa entidad había planteado que para diciembre de 2013 la contribución estaba expirada- sino porque en ella no fue idóneamente aplicado el aludido criterio de especialidad (fl. 269, c.2).

-. Como respuesta a una petición presentada por Distriseguridad, el 8 de enero de 2015, la sociedad Fiduprevisora S.A. informó que había acogido el criterio de sus



asesores tributarios, en el sentido de considerar que la contribución de obra pública “estuvo vigente hasta el 29 de diciembre de 2013”.

Expuso que la contribución había sido creada por el artículo 120 de la Ley 418 de 1997 por el término inicial de dos años, luego de lo cual su vigencia fue prorrogada por varias normas, hasta llegar al artículo 1 de la Ley 1421 de 2010, que fijó la prórroga por cuatro años, no obstante lo cual, esta última disposición hizo referencia al artículo 121 de la Ley 418 de 1997, que no regulaba propiamente la contribución de obra pública sino un descuento y una retención.

Agregó que el artículo 53 de la Ley 1430 vino a corregir el yerro “y estableció una prórroga de 3 años (...) contados a partir de su promulgación (...), es decir, el día 29 de diciembre de 2010”, de suerte que, en su sentir, debía tenerse por tácitamente derogado el artículo 1 de la Ley 1421 de 2010.

Señaló que si bien la DIAN había indicado en el concepto N° 41622 de 2014 que la Ley 1421 de 2010 prevalecía sobre la Ley 1430 de 2010 por ser “más especial” que ésta, lo cierto era que dicha conclusión se oponía a “toda razonabilidad jurídica”, teniendo en cuenta que el artículo 1 de la Ley 1421 de 2010 prorrogaba 74 artículos legales, mientras que la Ley 1430 se refirió a una sola disposición, a saber, el artículo 1 de la Ley 418 de 1997, razón por la cual debía preferirse la Ley 1430, siendo además posterior a la Ley 1421 de 2010.

Con base en estos planteamientos, concluyó (fl. 70, c1):

[B]asados en los conceptos de nuestros especialistas tributarios, esta Fiduciaria sustenta que la contribución de obra pública estuvo vigente hasta diciembre de 2013, por tanto no considera procedente la solicitud de aplicación de retención del 5% de obra pública (sic) a los contratos suscritos en la vigencia 2014, ordenados por el Distrito de Cartagena en virtud de los encargos fiduciarios administrados por esta sociedad (...).

-. El 5 de enero de 2015, Fiduprevisora informó a Distriseguridad sobre los pagos realizados entre enero y noviembre de 2014 “por concepto de impuesto de guerra”, y señaló la suma total de \$717'386.101,82. En oficio posterior, del 11 de mayo de 2015, señaló que en diciembre de 2014 pagó por ese mismo concepto la suma de \$5'901.551,24 (fls. 100-101, c1).

-. El 2 de febrero de 2015, Distriseguridad formuló una consulta ante el Ministerio del Interior, indagando sobre la forma en que operaba la prórroga de la vigencia de



la contribución especial de obra pública, *“teniendo en cuenta que el artículo 53 de la Ley 1430 de 2010 estableció una prórroga de 03 años”*, y sobre si era acertado concluir que el tributo había mantenido su exigibilidad hasta el 21 de diciembre de 2014 en virtud de la Ley 1421 de 2010, *“recientemente prorrogada por cuatro (4) años más en virtud de la Ley 1738 del 18 de diciembre de 2014”* (fl. 84, c1).

-. Como respuesta a esa petición de consulta, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior remitió un concepto en el que, luego de detallar la secuencia normativa que fue regulando en el tiempo la mencionada contribución y su vigencia, manifestó:

Así las cosas, si bien el artículo 53 de la Ley 1430 del 29 de diciembre de 2010 establecía de una prórroga de (sic) tres años, la vigencia de la contribución del 5% sobre el valor del contrato de obra pública, cabe indicar que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior, dado que la Ley 1421 del 21 de diciembre de 2010, como norma especial anterior, ya había prorrogado la vigencia del artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 por el término de cuatro años.

Expuso que el carácter especial de la Ley 1421 se evidenciaba porque sus artículos 1 y 23 no se limitaban a prorrogar la vigencia de la contribución antes mencionada, sino que comprendían *“el conjunto normativo completo, del cual la contribución es un elemento imprescindible”*, refiriéndose al objetivo de la Ley 418 de 1997, consistente en *“dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales (...)”*.

Refirió que tanto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público habían considerado que la Ley 418 de 1997 había sido prorrogada definitivamente por la Ley 1421 de 2010.

Con todo, precisó (fl.109, c1):

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por lo tanto no compromete la responsabilidad del Ministerio del Interior ni es de obligatorio cumplimiento o ejecución, es simplemente un criterio orientador.

-. El 8 de marzo de 2016, Distriseguridad solicitó a la Alcaldía Mayor de Cartagena que adelantara gestiones para recaudar la contribución de obra pública correspondiente a la vigencia 2014, en vista de que Fiduprevisora S.A. se había abstenido de hacer las retenciones correspondientes (fl. 145, c.1). Entre 2014 y



2016, Distriseguridad presentó peticiones en ese sentido ante el Distrito y la firma fiduciaria, al tiempo que solicitó información sobre los contratos de obra celebrados en 2014 por la entidad territorial (c.1).

-. Las relaciones de contratos de obra pública celebrados por el Distrito de Cartagena y sus distintas Secretarías durante 2014, así como los informes y documentos de los egresos relativos a tales contratos, evidenciaron que, en efecto, en dicha anualidad no se efectuaron descuentos, retenciones ni cobros por concepto de la contribución especial de obra pública (cuaderno N° 2).

8.2. Análisis de la Sala

En el presente asunto se confirmará la sentencia apelada, por no evidenciarse la vulneración a los derechos colectivos invocados, pues en efecto, no se configuró ninguno de los criterios -objetivo y subjetivo- que debían concurrir para establecer la lesión o amenaza a la moralidad administrativa, ni se probó que el no recaudo de la contribución especial por obra pública durante 2014 hubiera entrañado un manejo irresponsable, negligente, indebido o fraudulento de los recursos del Distrito de Cartagena o de otra entidad del Estado, como tampoco se acreditó nexo causal alguno entre el no cobro de dicho tributo y la alteración del orden público, el aumento de riesgos para la población o la puesta en peligro de los habitantes de Cartagena.

En cuanto a la moralidad administrativa, es palmario que no se cumple el criterio objetivo consistente en la transgresión del ordenamiento jurídico aplicable, pues como lo analizó el Tribunal de primera instancia, las entidades responsables del recaudo de la contribución, al abstenerse de cobrarlo durante 2014, no obraron de espaldas a ninguna norma vigente, sino precisamente amparadas en una disposición en vigor, contenida en la Ley 1430 de 2010.

En lo que atañe al alcance de los conceptos emitidos por la DIAN se tiene que, para la época de los hechos, se encontraba vigente el Decreto 1643 de 1991³⁰, que en sus artículos 60 y 61, estableció:

ARTÍCULO 60. SUBDIRECCIÓN JURÍDICA. De acuerdo con las políticas e instrucciones del Subdirector General, son funciones de la Subdirección Jurídica, para ejercerlas directamente o a través de sus divisiones, la siguientes:

³⁰ "Por el cual se organiza la Dirección de Impuestos Nacionales como Unidad Administrativa Especial, se Establecen su Estructura y Funciones sus Regímenes Presupuestal y de Contratación Administrativa y se Dictan otras disposiciones".



a) *Determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación y aplicación de las normas tributarias, concernientes a los impuestos de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales (...).*

ARTÍCULO 61. DIVISIÓN DE DOCTRINA TRIBUTARIA. De acuerdo con las políticas e instrucciones del Subdirector, son funciones de la División de Doctrina Tributaria:

- a) Interpretar y mantener la unidad doctrinal en la aplicación de las normas que regulan los tributos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales;*
- b) Absolver las consultas escritas que formulen tanto los funcionarios como los particulares, sobre la interpretación y aplicación general de las normas que regulan los tributos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales (...).*

A su vez, el artículo 264 de la Ley 223 de 1995³¹, señaló:

Los contribuyentes que actúen con base en conceptos escritos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en los mismos. Durante el tiempo en que tales conceptos se encuentren vigentes, las actuaciones tributarias realizadas a su amparo no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias. Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cambie la posición asumida en un concepto previamente emitido por ella deberá publicarlo.

Por su parte, el Decreto 4048 de 2008³² dispuso en el artículo 20:

Son funciones de la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina, además de las dispuestas en el artículo 38 del presente decreto las siguientes:

- 1. Actuar como autoridad doctrinaria nacional en materia aduanera, tributaria, de control cambiario, de derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional, disciplinaria, de personal, de presupuesto y de contratación administrativa, en lo de competencia de la Entidad.*
- 2. Determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación de normas tributarias, en materia aduanera, de control cambiario y de derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional, en lo de competencia de la DIAN.*
- 3. Absolver las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, en materia aduanera o de comercio exterior, en lo de competencia de la DIAN, en materia de control cambiario por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones, así como aquellas en materia de derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional y las de carácter administrativo (...).*

PARÁGRAFO. Los conceptos emitidos por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Gestión Jurídica sobre la interpretación y aplicación de las leyes tributarias, de la legislación aduanera, en materia cambiaria o de derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional en asuntos de competencia de la Entidad, que sean publicados, constituyen interpretación oficial para los empleados públicos de la DIAN y por ende de su obligatoria observancia.

³¹ *"Por la cual se expiden normas sobre Racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones".*

³² Modificado por el art. 10, Decreto 1321 de 2011.



Así, de las indicadas normas no se desprende que los conceptos rendidos por la DIAN en materia tributaria sean vinculantes o de estricta, obligatoria y terminante observancia para las entidades territoriales y para los órganos del Estado que obran como agentes retenedores; pues tal obligatoriedad solo se prevé expresamente para los funcionarios de esa unidad administrativa, lo que implica que para los demás estamentos públicos hay un margen de discrecionalidad o una posibilidad de discrepancia, sin que ello implique violación de normas ni afectación del orden jurídico; y si bien es palmario que el ordenamiento le asigna a la DIAN atribuciones como autoridad doctrinaria en tales asuntos y, en ese marco, le impone procurar la unidad interpretativa, lo cierto es que por esa vía no es dable concluir indefectiblemente que tales conceptos eran de forzosa aplicación para el Distrito de Cartagena y Fiduprevisora S.A., menos cuando la propia DIAN había concluido, en el Oficio N° 21548 del 3 de abril de 2014, que por virtud de la Ley 1430 de 2010 la contribución especial en mención había perdido vigencia en diciembre de 2013.

En todo caso, la Sala reitera que las entidades demandadas no obraron con infracción de normas imperativas ni desconociendo el ordenamiento, formal ni materialmente, y menos puede llegarse a esa conclusión cuando no era claro ni estaba despejado con certeza, por autoridad alguna que fungiera como instancia última en el debate, lo concerniente a la antinomia surgida entre las Leyes 1421 y 1430 de 2010.

Por ello, el hecho de que el Distrito de Cartagena y Fiduprevisora hubieran obrado bajo un criterio interpretativo distinto al plasmado por la DIAN en el concepto N° 41622 de 2014 no entraña la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, máxime cuando tampoco se evidencia que tales entidades hubieran procedido bajo móviles indebidos, en forma dolosa o con fines distintos a los establecidos en la Constitución y la ley en el marco del pago de los contratos de obra y el recaudo del concepto tributario mencionado.

En todo caso, más allá de que la solución de la antinomia hubiera sido consecuente o no con lo dicho por la DIAN, o se hubiera ajustado o no a una técnica y hermenéutica adecuadas, lo que reviste relevancia en el presente asunto es que no se puede tener por ilegal la omisión en el recaudo echado de menos por el accionante, pues al abstenerse de hacer las retenciones, las entidades obraron con el convencimiento de que se estaba acatando la Ley 1430 de 2010, es decir, que tal abstención estaba amparada por el ordenamiento vigente, y no es posible



siquiera señalar que ese convencimiento fuera inexcusable o equivocado, toda vez que incluso la Corte Constitucional reconoció la circunstancia de que no era palmaria ni manifiesta la procedencia exclusiva de uno u otro sendero jurídico.

En lo que atañe al patrimonio público, reitera la Sala que no se demostró en el proceso la ocurrencia de un manejo indebido de los recursos del Distrito de Cartagena, pues no hubo evidencia de descuido, negligencia, desviación ni vicio alguno en la administración y disposición de los recursos correspondientes a los contratos celebrados por el ente territorial durante de 2014, de los cuales, en sentir del accionante, debía deducirse el porcentaje de contribución especial por obra pública.

Por último, en lo que concierne al derecho colectivo a la seguridad pública, obra en el proceso copia del Decreto distrital N° 0040 de 2003, por el cual se creó Distriseguridad y se indicó en el artículo 4 que su objeto consistiría, entre otros, en “1) [e]l aprovechamiento de los proyectos tecnológicos aplicados al servicio de la vigilancia y seguridad; 2) La consecución, aplicación y control de los bienes y servicios destinados al apoyo integral de los órganos de seguridad y la fuerza pública que opera en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias” y “3) La participación en planes, programas y proyectos que sean diseñados por los organismos y por la Alcaldía Distrital para la prestación eficiente de servicios que garanticen la seguridad integral y fomenten la convivencia ciudadana (...)”.

En el presente juicio no se evidencia nexo causal alguno entre la falta de recaudo de la contribución especial por obra pública en 2014 y amenazas a la seguridad pública de la comunidad de Cartagena, pues no se cuenta en esta causa con ningún índice, informe ni estudio oficial o autorizado que evidencie que el no ingreso de tales recursos a las arcas de dicho establecimiento hubiera incidido en la alteración del orden público o en el aumento de riesgos para los habitantes de la ciudad. Por otra parte, se tiene que, de conformidad con el Acuerdo 001 del 20 de febrero de 2004 (fls. 72-74, c1), Distriseguridad cuenta con siete fuentes de financiación, entre éstas las rentas nacionales cedidas o transferidas con destinación específica para la prestación de servicios de vigilancia en el Distrito de Cartagena, además de las que “en el futuro asignen las leyes, acuerdos o decretos”, por lo que no existen elementos para inferir o establecer que el no recaudo de la contribución por obra pública durante 2014 generó un impacto anormal, excesivo o desproporcionado en la adecuada prestación de los servicios a cargo de la entidad, y menos que ello, a



su vez, hubiera redundado en la afectación del derecho colectivo a la seguridad pública.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada, por no encontrar mérito para concluir que en el *sub judice* resultaron vulnerados o amenazados los derechos colectivos aducidos por el demandante, de suerte que no hay lugar a imponer medidas de amparo a cargo del Distrito de Cartagena ni de las demás entidades demandadas.

9. Costas

En relación con la procedencia y reconocimiento de condena en costas en acciones populares, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación unificó su jurisprudencia en sentencia del 6 de agosto de 2019, en la que estableció, entre otras, la siguiente regla³³: *“165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código General del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia”*.

En el asunto que se analiza no se evidencia que el actor hubiera procedido con temeridad ni mala fe, durante el curso del proceso, por lo que la Sala se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia apelada, proferida el 29 de octubre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

SEGUNDO. Sin condena en costas.

³³ Exp. 2017-00036-01(AP)REV-SU, M.P. Rocío Araújo Oñate.



Radicación N° 13001233300020180050101 (65711)
Actor: Juan Vicente Villaroya López
Demandado: Distrito de Cartagena y otros
Clase de proceso: Acción popular.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF