

SÍNTESIS DEL CASO: Entre la Unión Temporal Fiscalizar Nariño y el Departamento de Nariño, se celebró un contrato de outsourcing para la fiscalización del impuesto sobre vehículos automotores, que consistía en el cobro coactivo de contribuyentes morosos. La base de datos entregada al contratista no se encontraba actualizada lo que generó que los ingresos del recaudo no compensaran la inversión y gastos del proyecto a pesar que la entidad contratante sí se benefició.

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OUTSOURCING / CONTRATO DE GESTION TRIBUTARIA / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - Controversias contractuales / Competencia - Factor cuantía

La Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Nariño, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en novecientos ochenta y tres millones setecientos treinta mil pesos (\$983'730.000), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación, 14 de septiembre de 2009, era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda, 15 de septiembre de 2005, ascendía a ciento noventa millones setecientos cincuenta mil pesos (\$190'750.000). (...) el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la contencioso administrativa y, como en este caso el contrato cuya declaración de rompimiento del equilibrio económico se pretende se celebró entre un particular y el departamento de Nariño, dable es concluir que esta jurisdicción es competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada en su contra.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 75

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE COTROVERSIAS CONTRACTUALES - Término. Cómputo / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Dado que se trata de una acción encaminada a que se declare el rompimiento del equilibrio económico de un contrato sujeto a liquidación por disposición legal y contractual, la caducidad deberá contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 (...) el contrato terminó el 21 mayo de 2003 y el plazo de seis meses para liquidarlo feneció el 22 de noviembre de esa misma anualidad, por lo cual el término para interponer la demanda corrió entre el 23 de noviembre de 2003 y el 23 de noviembre de 2005. Como el libelo se presentó el 15 de septiembre de 2005, se concluye que el ejercicio de la acción fue oportuno.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136.10

DELEGACIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS EN PARTÍCULARES - Límites / FUNCIONES DE DETERMINACIÓN Y FISCALIZACIÓN TRIBUTARIA - Son indelegables en particulares

[E]l objeto del contrato tiene relación directa con funciones administrativas de cobro coactivo, cuya delegación, para la fecha de celebración de aquél, se entendía permitida respecto de algunas actividades, siempre y cuando se hiciera bajo los términos y condiciones de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, esto es, siempre que la administración conservara en todo momento su regulación, control, vigilancia y orientación, que estuviera precedida de un acto administrativo de delegación expedido por el órgano competente y, para su ejecución, de la celebración de un contrato al que se llegara por convocatoria pública. (...) la atribución de funciones administrativas para el cobro coactivo no es posible si la administración es reemplazada totalmente en su función por el particular delegatario, lo que ocurre cuando se le entregan funciones propias del cobro coactivo. Asimismo, indicó que las funciones relacionadas con la determinación y fiscalización tributaria son indelegables, en tanto que versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, pero que las actividades de instrumentalización del proceso y proyección de documentos lo pueden ser, siempre que la administración conserve la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la prohibición en la delegación de determinadas funciones administrativas a particulares, consultar sentencia de la Sección Tercera, exp. AP2004-00369 del 17 de mayo de 2007

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / FACULTAD DEL JUEZ DE OFICIO SOBRE NULIDADES ABSOLUTAS QUE SEAN MANIFIESTAS / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ - Límites. Alcance

Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o de un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad. La facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos puede ser ejercida siempre que la demanda se hubiere presentado en tiempo, sin que ello signifique que la declaratoria de nulidad esté sometida al régimen de caducidad de la acción, por cuanto la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por aquella vía, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos. Sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada; en efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, éste debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del Código Civil, pues, ocurrida ésta, se produce el saneamiento de los vicios, ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta de un contrato, consultar sentencia de la Sección Tercera, exp. 13414 del 16 de febrero de 2006 y de la Corte Constitucional la sentencia C - 597 de 1998.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTÍCULO 1742

PROHIBICIÓN DE SOBREPASAR LOS LÍMITES DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES PARA CONTRATAR / COMPETENCIAS DEL ENTE TERRITORIAL RELACIONADAS CON LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DEL IMPUESTO SOBRE VEHÍCULOS – Indelegables / RECAUDO DE TRIBUTOS /

**COMPETENCIA ADMINISTRATIVA DELEGADA A UN PARTICULAR –
Improcedencia / FUNCIONES INDELEGABLES / DECLARATORIA OFICIOSA
DE UN CONTRATO ESTATAL POR OBJETO ILÍCITO**

“[E]n la celebración del contrato 202-02, las partes sobrepasaron los límites de la delegación, en la medida en que a través del negocio jurídico la entidad territorial vació completamente su competencia en relación con la administración y el control del impuesto vehicular en un particular. (...) en este caso, con la celebración del contrato 202-02 y del otrosí 016-2003 el departamento de Nariño fue mucho más allá de lo que legalmente le era permitido, pues no solo se apartó del ejercicio de competencias que únicamente eran delegables si conservaba su regulación, control, vigilancia y orientación, sino que, además, se despojó de funciones que eran indelegables, con lo cual se produjo un total vaciamiento de las competencias del ente territorial relacionadas con la administración y control del impuesto sobre vehículos en la unión temporal Fiscalizar Nariño, lo que, a todos luces, evidencia una usurpación de las funciones propias del departamento, límite máximo para que se otorgara a un particular el ejercicio de una competencia administrativa. La mencionada circunstancia impone la obligación de declarar oficiosamente la nulidad del contrato 202-02 y del otrosí 016-2003, por objeto ilícito (...) toda vez que con su celebración se vulneraron normas de orden público.

**DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO ESTATAL POR
OBJETO ILÍCITO / PROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS
PRESTACIONES EJECUTADAS / RECONOCIMIENTO DERIVADO DE UN
PROVECHO PARA LA ADMINISTRACIÓN / RECAUDO DE TRIBUTOS
REALIZADO POR EL CONTRATISTA**

[L]a nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se produzca la declaratoria judicial de nulidad. (...) la declaración de nulidad tiene entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes. (...) de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, regla especial que (...) goza de plena aplicación en los eventos de declaratoria de nulidad de los contratos estatales y que, a diferencia de lo previsto en las normas civiles, no contempla una hipótesis de restitución mutua, sino de reconocimiento de prestación ejecutada, para los eventos en que se declare la nulidad de un contrato por objeto ilícito, tal como sucede en este caso, la procedencia de su reconocimiento debe estar condicionada a que la labor realizada por la contratista haya derivado un provecho para el departamento, lo cual, en este contexto, se traduce en recaudo tributario efectivo por razón de la gestión directa de la demandante.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 52001-23-31-000-2005-01433-01(37740)

Actor: COLOMBIANA DE INVERSIONES LTDA. COLIVEX Y OTRO

Demandado: DEPARTAMENTO DE NARIÑO

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Nariño, por medio de la cual se despacharon negativamente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 15 de septiembre de 2005, las sociedades Colombiana de Inversiones Ltda. y Soluciones Integrales Inteligentes Ltda., como integrantes de la unión temporal Fiscalizar Nariño, solicitaron que, previa citación de la parte demandada y del Ministerio Público, se declarara que, por causas no imputables a ellas, se rompió la ecuación económica del contrato 202 – 02, celebrado el 21 de noviembre de 2002 con el departamento de Nariño.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condene al departamento de Nariño a pagar a las demandantes la suma de \$1.092'951.397, por concepto de los perjuicios que les habrían sido ocasionados

1.1. Hechos

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte actora narró que, el 21 de noviembre de 2002, celebró con el departamento de Nariño un contrato de prestación de servicios, en la modalidad de outsourcing, para la fiscalización del

impuesto sobre vehículos automotores, "entendido este como el proceso de cobro administrativo y coactivo a los contribuyentes omisos (deudores del impuesto) y con declaración incorrecta (inexactos) de este impuesto departamental".

Después de reseñar las obligaciones de ambas partes, se indicó que el departamento entregó a la contratista un listado de personas que, supuestamente, adeudaban el impuesto vehicular entre las vigencias fiscales 1999 a 2000, información con la que se inició el proceso de cobro; sin embargo, dado que el reporte entregado resultó ser inexacto, pues se encontró que algunas personas de las referenciadas por el ente territorial sí habían cancelado la obligación tributaria, se las citó telefónicamente para que se acercaran a las instalaciones de la unión temporal con el correspondiente comprobante de pago.

Se aseveró que, en razón de las diligencias adelantadas por la parte demandante, varios de los contribuyentes llegaron a las instalaciones de la unión temporal con el correspondiente recibo de pago, pero otros, que sí eran omisos, se acercaron directamente a la gobernación de Nariño y cancelaron su deuda ante Sistemas y Computadores Ltda., a quien se le había adjudicado el recaudo del impuesto de registro y de vehículos automotores de vigencias posteriores a las adjudicadas a la parte actora.

Según la demanda, en vista de que Sistemas y Computadores Ltda. estaba recibiendo el dinero proveniente del cobro realizado por la unión temporal Fiscalizar Nariño, se firmó el otrosí 016-03 con el objeto de aminorar las pérdidas ocasionadas por esa circunstancia, para lo cual se acordó el cobro de \$8.000 a los contribuyentes que pagaran su deuda sin emplazamiento.

Se relató que el listado inicialmente entregado por el departamento no contaba con todos los ítems requeridos para servir como una base de datos para efectuar emplazamientos y liquidaciones, por lo cual, el 11 de marzo de 2003, con ocasión de la suscripción del otrosí 016-03, el ente territorial entregó la base de datos correspondiente a las vigencias fiscales 1999 a 2000.

Se expresó que, una vez recibida la base de datos entregada con el otrosí, la cual también presentaba inconsistencias, la contratista continuó con el proceso administrativo de cobro, el cual, de acuerdo con lo regulado por el Estatuto Tributario, comprendía la elaboración de emplazamientos y su notificación, así

como la emisión de la liquidación final de aforo y su notificación, documento este último con el que se constituía el título ejecutivo para iniciar el proceso de cobro coactivo.

Manifestó la parte demandante que la base de datos entregada por el departamento contenía un total de 60.670 omisos, no contribuyentes, porque era posible que respecto de un vehículo se adeudara más de una vigencia fiscal.

Agregó que en desarrollo de la ejecución del contrato se expidieron 23.992 actos administrativos de emplazamiento y se realizó su notificación por correo, pero que, debido a las inconsistencias que presentaba la base de datos suministrada por el departamento, de las 23.992 vigencias fiscales emplazadas, 18.991 fueron descargadas al comprobarse que no se trataba de omisos, hecho que determinó que se recaudaran únicamente 5.000 ítems, cuyos ingresos no compensaron la inversión y gastos del proyecto, mientras que el recaudo que se logró a favor de la entidad pública contratante ascendió a la suma de \$1.016'605.884, sin contar con los acuerdos de pago que algunos deudores suscribieron con Fiscalizar Nariño y que fueron cancelados al departamento después de terminado el contrato de prestación de servicios.

Dijo la parte actora que a pesar de que en la propuesta que presentó tuvo en cuenta un margen de error del 10%, la realidad superó la proyección, toda vez que, al final, más del 78% de los ítems considerados como omisos en realidad no lo eran. Agregó que, en todo caso, para adelantar el cobro de 60.670 ítems omisos y más de 5.000 inexactos, dispuso una infraestructura técnica, logística y profesional e incurrió en gastos que no pudieron recuperarse por el envío de emplazamientos a contribuyentes que no eran omisos y que, por tanto, tuvieron que ser descargados de la base de datos, actividad que para ser atendida demandó incrementar el personal debido a la gran afluencia de público.

Indicó que, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato, el departamento no asumió ningún pago, pues los ingresos de la contratista dependían exclusivamente de la etapa en la que se lograra realizar el recaudo del impuesto.

Adicionalmente, manifestó la parte actora que en el objeto contractual también se estableció que la unión temporal realizara el cobro a los contribuyentes que hubieran declarado y pagado de manera inexacta su impuesto vehicular, labor que no pudo cumplirse porque los datos de la vigencia 2002 no se entregaron,

mientras que los de la vigencia 2001 se entregaron en junio 2003, cuando quedaba un tiempo insuficiente para emitir los actos de requerimiento especial y surtir las notificaciones respectivas.

Según la demanda, la unión temporal desarrolló laborales hasta el 30 de septiembre de 2003, cuando se vio en la obligación de suspender la prestación del servicio por el problema económico que atravesaba, a pesar de haber solicitado en varias oportunidades al departamento que brindara una solución.

Indicó la parte actora que el 20 de octubre de 2003 entregó al Secretario de Hacienda departamental la base de datos contentiva de toda la información recaudada en desarrollo del contrato de prestación de servicios.

Se relató en el libelo que, a partir de enero de 2004, la unión temporal le solicitó al departamento de Nariño que reconociera y pagara las sumas de dinero que fueran suficientes para reestablecer el equilibrio económico del contrato, sin obtener respuesta alguna al respecto.

Posteriormente, la unión temporal le solicitó al departamento que procediera a liquidar el contrato, para que, por ese medio, se entrara a determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones, el beneficio obtenido por el ente territorial, así como la inversión y perjuicios sufridos por la contratista en relación con el trabajo perdido respecto de los contribuyentes que, a pesar de estar relacionados en la lista entregada por la entidad contratante, no eran deudores del impuesto, petición que habría sido resuelta negativamente con fundamento en que el contrato no requería liquidación y, además, con sustento en que la demandante había asumido el riesgo de las pérdidas por cuyo pago reclamaba¹.

2. Actuación procesal

La demanda así presentada fue admitida por auto del 10 de octubre de 2005², notificada al Ministerio Público el 20 de esos mismos mes y año³ y a la parte demandada el 25 de septiembre de 2006⁴.

3. La contestación de la demanda

¹ Folios 1 a 17 del expediente.

² Folios 177 y 178 del expediente.

³ Reverso folio 178 del expediente.

⁴ Folio 181 del expediente.

El departamento de Nariño contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó unos y negó otros. En general, dijo que la oferta de servicios presentada por la unión temporal no tuvo en cuenta ningún número de omisos ni de inexactos, toda vez que esa información no fue suministrada en los términos de referencia, razón por la cual el valor pactado no tuvo relación con ese aspecto.

Señaló que, si bien la base de datos suministrada por la entidad territorial presentaba algunas inconsistencias, la contratista, a través del otrosí 016-03, se obligó a depurar la información.

Propuso las excepciones de "INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO", "INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA", "INCONGRUENCIA DEL PETITUM DE LA DEMANDA" y "CADUCIDAD DE LA ACCIÓN"⁵.

4. La sentencia impugnada

Mediante providencia del 28 de agosto de 2009, el Tribunal Administrativo de Nariño negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión, expresó que, dado que el contrato cuyo rompimiento del equilibrio económico se pretende fue aportado en copia simple, no era posible tener por acreditada la relación comercial en la que se sustentó la controversia, supuesto imprescindible para pronunciarse en relación con las pretensiones de la demanda⁶.

5. El recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, en el que solicitó que se revocara íntegramente la decisión y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su oposición expresó, básicamente, que, a diferencia de lo señalado en la providencia impugnada, el documento aportado con la demanda sí obra en original y corresponde al que fue entregado al representante de la unión temporal una vez suscrito el contrato, razón por la cual afirmó que se

⁵ Folios 184 a 203 del expediente.

⁶ Folios 625 a 643 del expediente.

cuenta con los instrumentos procesales necesarios para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda en forma favorable⁷.

6. Actuación en segunda instancia

Mediante auto del 9 de marzo de 2010 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Nariño⁸. A través de proveído del 28 de abril de 2010 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo⁹.

En esta oportunidad procesal, la parte demandada se pronunció para insistir en los argumentos de su defensa¹⁰, mientras que la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Nariño, en un proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en novecientos ochenta y tres millones setecientos treinta mil pesos (\$983'730.000), mientras que el monto exigido al momento de la interposición del recurso de apelación, 14 de septiembre de 2009¹¹, era de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que, según el salario mínimo mensual vigente para la fecha de presentación de la demanda, 15 de septiembre de 2005¹²,

⁷ Folios 653 a 657 del expediente.

⁸ Folio 659 del expediente.

⁹ Folio 661 del expediente.

¹⁰ Folios 662 a 664 del expediente.

¹¹ Folio 645 del expediente.

¹² El salario mínimo legal mensual vigente para el año 2005 era de \$381.500.

ascendía a ciento noventa millones setecientos cincuenta mil pesos (\$190'750.000).

Se suma a lo anterior que el artículo 75 de la Ley 80 de 1993¹³ prescribe, expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la contencioso administrativa y, como en este caso el contrato cuya declaración de rompimiento del equilibrio económico se pretende se celebró entre un particular y el departamento de Nariño, dable es concluir que esta jurisdicción es competente para asumir el conocimiento de la demanda instaurada en su contra.

2. Oportunidad de la acción

Dado que se trata de una acción encaminada a que se declare el rompimiento del equilibrio económico de un contrato sujeto a liquidación por disposición legal¹⁴ y contractual¹⁵, la caducidad deberá contarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984 - que textualmente señala:

“d. En los que requieran de liquidación [se refiere a los contratos] y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

¹³ Art. 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.

¹⁴ El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha de celebración del contrato 2002-02, disponía: “De Su Ocurrencia y Contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes...”.

¹⁵ Contrato 2002-02 del 21 de noviembre de 2002. “**CLAÚSULA DÉCIMA TERCERA: LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.**- Concluida la ejecución del contrato se procederá a su liquidación, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de terminación, conforme a los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993”.

De conformidad con lo estipulado en la cláusula quinta¹⁶, el contrato terminó el 21 mayo de 2003 y el plazo de seis meses para liquidarlo (4 pactados en el contrato – cláusula tercera – y 2 de la norma acabada de transcribir) feneció el 22 de noviembre de esa misma anualidad, por lo cual el término para interponer la demanda corrió entre el 23 de noviembre de 2003 y el 23 de noviembre de 2005. Como el libelo se presentó el 15 de septiembre de 2005, se concluye que el ejercicio de la acción fue oportuno.

4. El caso concreto

Según lo relatado en el acápite de antecedentes de la presente providencia, el Tribunal Administrativo de Nariño resolvió negativamente las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se acreditó la existencia del contrato en el que éstas se sustentaron.

En ese contexto y en consideración a que, como en reiteradas oportunidades lo ha señalado esta Corporación sobre la base de lo dispuesto por el legislador en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo¹⁷, la existencia del contrato constituye presupuesto *sine qua non* para la prosperidad de las pretensiones que se incoen por vía de la acción contractual, corresponde a la Sala establecer si, efectivamente, la relación comercial en la que se sustentó la demanda se encuentra acreditada.

4.1. La prueba de la existencia del contrato 202-02 del 21 de noviembre de 2002

La jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación¹⁸ ha sostenido, en relación con la prueba de la existencia de los contratos celebrados por el Estado, que en la generalidad de los casos su existencia depende y se acredita mediante el documento escrito, pues se trata de contratos que se reputan solemnes, tal como lo han dispuesto las distintas regulaciones contractuales, así: artículo 18 del

¹⁶ Contrato 202-02 del 21 de noviembre de 2002, "**CLÁUSULA QUINTA: DURACION DEL CONTRATO.**- El término de duración del presente contrato será de seis (6) meses contados a partir de su perfeccionamiento y en todo caso hasta la culminación de los procesos coactivos de cobro del impuesto que se haya iniciado, de lo cual se dejará constancia escrita". No obra constancia de que se hubieren iniciado procesos de cobro coactivo.

¹⁷ Al respecto, ver sentencia del 20 de enero de 2007, exp. 16852.

¹⁸ Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (exp. 16855), reiterada por esta Subsección, entre otras, en sentencia del diez 10 de julio de 2013 (exp. 20013) y en sentencia del 26 de noviembre de 2014 (exp. 29432).

Decreto 150 de 1976, artículo 26 del Decreto-ley 222 de 1983 y artículo 39 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, tratándose de un contrato estatal, el documento que lo contenga se constituye no sólo en requisito *ad substantiam actus*, sino también en requisito *ad probationem*, razón que imposibilita probar el contrato con cualquier otro medio previsto en la ley procesal¹⁹.

Revisado el expediente, se encuentra que la parte actora acreditó debidamente la existencia del contrato cuya declaratoria de rompimiento del equilibrio económico pretende, puesto que allegó, junto con la demanda, el documento escrito que lo contiene, el cual, contrario a lo dicho en la sentencia impugnada, obra en original y no en copia simple²⁰.

En todo caso, vale la pena mencionar que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió sentencia a través de la cual unificó su posición frente al valor probatorio de las copias simples, para concluir que los documentos aportados en tal condición tienen validez probatoria cuando las partes han tenido la oportunidad de debatir su contenido, de conformidad con los principios de contradicción y de defensa, así como también con base en el principio constitucional de buena fe, el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia y el deber de lealtad procesal²¹.

En consecuencia, queda establecida la existencia del contrato en el que se sustentaron las pretensiones de la demanda y, por ello, resulta procedente abordar el estudio de la relación negocial.

¹⁹ Excepcionalmente, la Subsección A de la Corporación ha admitido que, tratándose de demandas en contra actos contractuales, la existencia del contrato estatal en virtud del cual éstos se expiden puede ser acreditada a partir de lo manifestado por la entidad accionada en el texto mismo de los actos administrativos demandados, siempre y cuando lo que se discuta no sea la existencia misma del contrato estatal o aspectos que sólo puedan ser acreditados a través del documento que lo contenga, es decir, siempre y cuando las condiciones de la controversia lo permitan y, además, únicamente en aquellos eventos en los cuales la ausencia del contrato en el proceso se deba a la conducta asumida por la entidad demandada que lo tenga en su poder (al respecto, ver sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera de la Corporación el 27 de junio de 2013, dentro del proceso radicado bajo el número interno 24559).

²⁰ Folios 45 a 48 del expediente.

²¹ Sentencia de 28 de agosto de 2013, proceso 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022).

4.2. El objeto del contrato 202- 02: delegación de las funciones administrativas de fiscalización y cobro coactivo del impuesto sobre vehículos automotores en cabeza de la unión temporal Fiscalizar Nariño

A través del contrato 202-02 del 21 de noviembre de 2002²², el departamento de Nariño contrató a la unión temporal Fiscalizar Nariño, para “prestar los servicios de fiscalización del impuesto sobre vehículos automotores, entendido este como el proceso de cobro administrativo y coactivo a los contribuyentes omisos y con declaración incorrecta del impuesto sobre vehículos automotores”, en relación con las vigencias fiscales anteriores al 31 de diciembre de 2002²³.

Como se observa, el objeto del contrato tiene relación directa con funciones administrativas de cobro coactivo, cuya delegación, para la fecha de celebración de aquél²⁴, se entendía permitida respecto de algunas actividades, siempre y cuando se hiciera bajo los términos y condiciones de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, esto es, siempre que la administración conservara en todo momento su regulación, control, vigilancia y orientación, que estuviera precedida de un acto administrativo de delegación expedido por el órgano competente y, para su ejecución, de la celebración de un contrato al que se llegara por convocatoria pública.

Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia del 17 de mayo de 2007²⁵, señaló que la atribución de funciones administrativas para el cobro coactivo no es posible si la administración es reemplazada totalmente en su función por el particular delegatario, lo que ocurre cuando se le entregan funciones propias del cobro coactivo. Asimismo, indicó que las funciones relacionadas con la determinación y fiscalización tributaria son indelegables, en tanto que versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, pero que las actividades de instrumentalización del proceso y proyección de documentos lo pueden ser, siempre que la administración conserve la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función. Dijo entonces la Sala (se transcribe como obra en el original):

²² Folios 45 a 48 del expediente.

²³ Otrosí 016-03 (Folios 55 a 57 del expediente).

²⁴ Con la expedición de la Ley 1386 de 2010 se prohibió a las entidades territoriales y descentralizadas la delegación en particulares de la administración de los tributos y cobro coactivo de los impuestos.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente AP2004-00369.

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

- La atribución de funciones administrativas **no será posible si la competencia del funcionario administrativo resulta vaciada de contenido por el particular**, es decir, si la administración es reemplazada totalmente en su función.
- Las funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo que consistan **en actividades de instrumentación del proceso y proyección de documentos, pueden ser atribuidas a particulares con la condición de que la administración conserve la regulación, control, vigilancia y orientación de la función**, lo cual no se satisface desde una perspectiva formal, sino con el cumplimiento material de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998.
- El particular a quien se le atribuyen funciones administrativas, **en la fase persuasiva del cobro coactivo, podrá contactar directamente al contribuyente para cobrarle las deudas tributarias, siempre y cuando la administración conserve la regulación, control, vigilancia y orientación de la función**, lo cual no se satisface desde una perspectiva formal, sino con el cumplimiento material de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998.
- En tratándose del cobro coactivo, en sus fases persuasiva y coactiva (propriadamente dicha), y habida cuenta de su naturaleza y de los efectos que tiene sobre los contribuyentes, se debe partir del principio de que las actividades correspondientes sólo podrán ser contratadas con particulares mediante la atribución parcial de funciones administrativas en los términos de la ley 489 de 1998, es decir, mediante acto administrativo y suscripción de convenio.
- **Las actividades en las cuales la administración ejerce el cobro coactivo propiadamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa.**
- **Bajo ninguna circunstancia la administración podrá atribuir a los particulares las atribuciones relacionadas con la investigación de los bienes de los deudores**, habida consideración de que el artículo 825-1 del Estatuto Tributario ha investido al funcionario de cobranzas para esa finalidad con las mismas facultades del funcionario de fiscalización, prescritas por el artículo 684 del Estatuto Tributario, y tales actividades son exclusivas de la administración; no se pueden considerar como instrumentales.
- **Las actividades correspondientes a la determinación y fiscalización tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Tributario respecto de la reserva de la información²⁶, y en consonancia con el pronunciamiento jurisprudencial de la corporación referido, son exclusivas de la administración y no pueden ser atribuidas a**

²⁶ Artículo 693:

“Reserva de los expedientes. Las informaciones tributarias respecto de la determinación oficial del impuesto tendrán el carácter de reservadas en los términos señalados en el artículo 583”.

Artículo 583:

“La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales solo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística.

En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva”.

particulares en cuanto versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, y, por ende, no representan actividades instrumentales. (habida cuenta que la determinación y fiscalización del tributo es una etapa anterior al cobro coactivo, y que lo que se ha discutido a lo largo de la sentencia es el ejercicio del cobro coactivo por particulares, la Sala se abstiene de hacer cualquier consideración adicional sobre la materia.)

- Teniendo en consideración la naturaleza de la información, y la circunstancia que dos puntos neurálgicos para adelantar la operación de cobro coactivo (determinación de las obligaciones tributarias e investigación de los bienes del deudor) serán provistos exclusivamente por la administración, la base de datos con la cual contará el contratista estará restringida a lo estrictamente necesario, se sujetará a la regulación, control, vigilancia y orientación de la entidad estatal, y será de la propiedad exclusiva de esta última" (destaca la Sala).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha admitido que es jurídicamente viable que los particulares desempeñen funciones administrativas, pero también ha advertido que no todo tipo de funciones pueden ser objeto de delegación, en tanto que existen límites constitucionales y legales que lo impiden. Así lo expresó (se transcribe como obra en el original):

"En la misma sentencia C-866/99 donde se examinó la constitucionalidad de los artículos 110 y 111 de la ley 489 que establecen el régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones administrativas, -las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución-, **la Corte precisó que no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares mediante este mecanismo, sino que la Constitución y en determinados casos la ley establecen límites que impiden la atribución a los particulares de funciones (i) de contenido político o gubernamental, (ii) de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, (iii) 'exclusivas' de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública, (iv) de aquellas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas y que por tanto requieren de norma constitucional o legal expresa y directa para ser atribuidas como el caso de determinadas funciones atribuidas a los notarios y a las Cámaras de Comercio (v) o que vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga.**

"Al respecto señaló:

'(...) La Corte entiende que en este campo de las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en aquellas otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de las mismas a particulares no se refieren las normas

constitucionales pertinentes. Este es pues, el primer criterio de delimitación. Empero, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deduce una serie más de limitaciones.

'7.2 En efecto, en primer término la propia Constitución prohíbe (sic) la asignación de ciertas funciones a particulares, al considerarlas 'exclusivas' de las autoridades administrativas.

...

'Así pues, el primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad.

'7.3 Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Así por ejemplo, la propia ley demandada en esta causa, en aparte no acusado, indica que si bien ciertas funciones administrativas son atribuibles a los particulares, 'el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función.'²⁷

'7.4 Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta, y que, según el conocido aforismo jurídico *nemo dat quod non habet*, indica que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios.

'Esta limitación indica, adicionalmente, que la atribución de funciones administrativas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas, requiere de norma constitucional o legal expresa y directa, distinta de aquella otra que, como la ley bajo examen, regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares. Un ejemplo de esta atribución directa se encuentra en la norma superior que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante, o en la disposición legal que atribuye a las cámaras de comercio el llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar y certificar las costumbres mercantiles, etc.

²⁷ Nota del original: " Ley 489 de 1998, artículo 10, inciso 2°".

'7.5 Por último, encuentra la Corte que la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: **la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.** Si, en los términos del artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, **el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura**, con lo cual ella -la investidura- perdería sustento jurídico.

'Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, **en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público.** Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones'.

"Así pues, la Corte encuentra que le asiste razón al demandante cuando afirma que no todo tipo de funciones administrativas pueden ser atribuidas a los particulares; empero, no acoge el criterio orgánico al cual él acude para fijar el límite, según el cual sólo cabe tal atribución en las funciones que son ejercidas actualmente por el sector descentralizado de la Administración (descentralización por servicios). **Entiende, en cambio, que los criterios de restricción son los anteriormente expuestos, que resultan de la interpretación sistemática de la Constitución y de principios de derecho público comúnmente admitidos en nuestra tradición jurídica'** ²⁸ ²⁹ (destaca la Sala).

Con base en lo que viene de expresarse y analizado el contenido del contrato celebrado entre las partes el 21 de noviembre de 2002 y del otrosí 016-2003, encuentra la Sala que el departamento de Nariño sobrepasó los límites de la delegación y, en consecuencia, el negocio jurídico quedó afectado de nulidad por objeto ilícito, puesto que con su celebración se vulneró el contenido de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, lo que impone la obligación de declarar

²⁸ Nota del original: "Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonnel, Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo"

²⁹ Corte Constitucional, sentencia del 28 de enero de 2003 (C-037-03), reiterada en sentencia del 1 de abril de 2003 (C-272-03).

de manera oficiosa su nulidad, de acuerdo con las consideraciones que a continuación se expresan:

4.3. Nulidad absoluta del contrato 202-02 y del otrosí 016-2003, por objeto ilícito

A pesar de que la legalidad del contrato no fue cuestionada en el presente proceso, el artículo 1742 del Código Civil³⁰ contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de la nulidad absoluta del acto jurídico y del contrato cuando ésta aparezca de manifiesto en el mismo, con el fin de garantizar la prevalencia del orden público que debe regir las relaciones jurídicas. Esa misma norma fue acogida por el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en cuanto consagra la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato estatal, cuando adolezca de vicios de tal raigambre.

Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o de un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad³¹.

La facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos puede ser ejercida siempre que la demanda se hubiere presentado en tiempo, sin que ello signifique que la declaratoria de nulidad esté sometida al régimen de caducidad de la acción, por cuanto la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por aquella vía, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos.

³⁰ Artículo 1742 subrogado por la Ley 50 de 1936, art. 2º: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

³¹ Ver: BRUGI, Biagio: "Instituciones de Derecho Civil", Editorial Hispano – América, México, págs. 122 y s.s.

Sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada; en efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, éste debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del Código Civil, pues, ocurrida ésta, se produce el saneamiento de los vicios³², ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente³³.

Por otra parte, se precisa que el término de prescripción extraordinaria que rige en el caso concreto es el de 20 años, según lo dispuesto por el artículo 2532 del C.C³⁴., con el texto que se hallaba vigente para la fecha en que comenzó a correr dicho término³⁵, pues para entonces no tenía aún vigencia el artículo 6° de la Ley 791 de 2002, en virtud del cual se redujo el término de prescripción extraordinaria a 10 años, ya que esta norma entró en regir a partir de su promulgación, esto es, a partir del 27 de diciembre de 2002, es decir, después de la celebración del contrato que ahora ocupa a la Sala.

Al respecto, debe recordarse que, conforme al artículo 41 de la Ley 153 de 1887, "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no comenzará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir".

Adicionalmente, se precisa que, si bien el otrosí 016-03 se suscribió en vigencia de la ley 791 de 2002, éste se rige por las normas vigentes al momento de la celebración del contrato 202-02, razón por la cual el término de prescripción extraordinaria que opera respecto del mismo también es el de 20 años.

En el sub - lite, la Sala encuentra reunidos los presupuestos para declarar, de manera oficiosa, la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios en el

³² Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414

³⁴ Conforme al artículo 2532 del Código Civil, el tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de veinte años y no se suspende a favor de las personas enumeradas por el artículo 2530. El artículo original disponía un término de 30 años para la prescripción extraordinaria, pero ésta fue reducida a 20 años por el artículo 1° de la Ley 50 de 1936.

³⁵ Debe entenderse que el término comenzó a correr cuando se generó la nulidad, esto es, a partir de la fecha de suscripción del contrato de concesión, el 21 de noviembre de 2002.

que se sustentaron las pretensiones de la demanda y, consecuentemente, del otrosí 016-03.

En efecto, no han transcurrido los veinte años (20) años de la prescripción extraordinaria contemplada por el artículo 2532 del C.C., pues el contrato de prestación de servicios fue suscrito el 21 de noviembre de 2002, el otrosí 016 se celebró el 27 de febrero de 2003, las partes intervinientes en el negocio jurídico fueron vinculadas al presente proceso y el vicio que afecta la validez surge de manera ostensible, tal como a continuación pasa a explicarse.

El numeral 2 del artículo 305 de la Constitución Política consagra que una de las atribuciones de los gobernadores consiste en “Dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes”. Dentro de estas funciones debe enmarcarse la relacionada con la administración, determinación, fiscalización, liquidación, discusión, devolución, imposición de sanciones y recaudo de los tributos departamentales, lo que constituye propiamente una función de carácter público, en la medida en que está concebida como un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado (criterio material) y más exactamente encarna el ejercicio de una función administrativa³⁶, por cuanto está directamente relacionada con el funcionamiento de la administración departamental y, además, constituye una función que envuelve una típica gestión fiscal³⁷, pues los dineros de los impuestos, una vez son objeto de recaudo, se consideran dineros públicos; por lo tanto, la función de administración y recaudación de rentas debe ser ejercida por los respectivos servidores públicos, en este caso, por los del departamento y solo excepcionalmente puede ser encomendada a los particulares, siempre y cuando la ley lo autorice y se cumplan los requisitos contemplados por ella.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 489 de 1998, además de otras entidades públicas los departamentos son los beneficiarios del impuesto sobre vehículos automotores³⁸ y a ellos compete, en lo que corresponda a su jurisdicción, su administración y control, lo que comporta su “recaudo, fiscalización, liquidación oficial, discusión, cobro y devolución”, según los artículos 146 y 147 de la mencionada ley.

³⁶ Así lo ha sostenido también la Sección Cuarta de esta Corporación (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 2 de agosto de 2006, exp. 14.197).

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Artículo 139.

Ahora bien, como antes se vio, a la fecha de la celebración del contrato 202-02 ya estaba vigente la Ley 489 de 1998 y aún no se expedía la Ley 1386 de 2010³⁹, lo que le permitía a la entidad territorial delegar algunas funciones relacionadas con el cobro coactivo del impuesto en cabeza de un particular, bajo la condición de que se tratara de actividades instrumentales respecto de las cuales aquélla conservara la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función y siempre que tal delegación no supusiera el vaciamiento total de las competencias del departamento.

No obstante, analizadas las pruebas que obran en el expediente resulta claro para la Sala que, en la celebración del contrato 202-02, las partes sobrepasaron los límites de la delegación, en la medida en que a través del negocio jurídico la entidad territorial vació completamente su competencia en relación con la administración y el control del impuesto vehicular en un particular.

De ello dan cuenta, además del objeto pactado, las obligaciones que de manera convencional fueron atribuidas en cabeza de la unión temporal contratista, que iban desde depurar y actualizar la base de datos que le fue entregada por el departamento con la información que recaudara al contactar directamente a los contribuyentes, hasta celebrar acuerdos de pago y expedir actos propios del cobro coactivo, tales como liquidaciones, emplazamientos, notificaciones, decreto de medidas cautelares, entre otros, sin que siquiera mediara control, vigilancia u orientación alguna por parte del ente territorial, tanto que, dentro de las obligaciones de éste, se pactó la de autorizar a la contratista el manejo de la firma digitalizada de los funcionarios que debían suscribir los actos administrativos en nombre del departamento.

En efecto, la cláusula segunda del contrato, sobre "**OBLIGACIONES DE LAS PARTES**", es del siguiente tenor (se transcribe tal como obra en el contrato):

"A.- OBLIGACIONES DE LA CONTRATISTA.- Para efectos del cumplimiento del objeto de este contrato, LA CONTRATISTA tendrá las siguientes obligaciones: 1) **Iniciar el procedimiento administrativo y coactivo a todos los contribuyentes omisos o con declaración incorrecta del impuesto sobre vehículos automotores incluidos en la base de datos que sea entregada por EL DEPARTAMENTO;** 2) **Emitir los actos administrativos propios del procedimiento**

³⁹ Con la expedición de la Ley 1386 de 2010 se prohibió a las entidades territoriales y descentralizadas la delegación en particulares de la administración de los tributos y cobro coactivo de los impuestos.

administrativo y coactivo tendientes al cobro del impuesto sobre vehículos automotores a los contribuyentes omisos o con declaración incorrecta, los cuales serán suscritos por el Subsecretario de Rentas del Departamento, Secretario de Hacienda y Tesorero del Departamento, según el caso; 3) Garantizar la seguridad de los diferentes actos administrativos emitidos, mediante la utilización de códigos de barras; 4) **Atender solicitudes de Acuerdo de Pago para la deuda tributaria, para lo cual se autoriza diferir el pago hasta en seis (6) cuotas mensuales;** 5) Realizar el seguimiento y control a todos los procedimientos administrativos y coactivos iniciados; 6) Disponer del personal necesario profesional y de apoyo para el cumplimiento de la labor, lo mismo que de los medios físicos y de sistematización necesarios para el cumplimiento del servicio; 7) Asumir todos los gastos que demande el cumplimiento de la actividad; 8) **Entregar semanalmente los informes sobre el estado de los procesos administrativos de cobro y en todo caso en el momento que lo requiera EL DEPARTAMENTO;** 9) Realizar operativos de campo, para lo cual dará aviso con la debida anticipación a la Subsecretaría de Rentas; 10) Conformar un expediente separado para cada proceso tramitado, donde se consignen los correspondientes actos administrativos y los soportes de gastos; 11) Entregar a la Subsecretaría de Rentas todos los expedientes abiertos con ocasión de la fiscalización, a la finalización del contrato. **B.- OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO.-** Por su parte el Departamento tendrá las siguientes obligaciones: 1) Entregar a la CONTRATISTA la base de datos de los contribuyentes omisos o con declaración incorrecta del impuesto sobre vehículos automotores; 2) **Autorizar el manejo de la firma digitalizada del Subsecretario de Rentas, Secretario de Hacienda y Tesorero del Departamento, en los actos administrativos de cobro administrativo y coactivo que deba proyectar LA CONTRATISTA;** 3) Autorizar un consecutivo numérico para para ser asignado a los diferentes actos administrativos dentro del proceso fiscal de cobro; 4) Realizar oportunamente las solicitudes a la Policía Nacional para apoyo en los operativos de campo" (destaca la Sala).

A través de otrosí 016-03 suscrito el 27 de febrero de 2003⁴⁰, cuya nulidad también deberá declararse como consecuencia de la nulidad del contrato 202-02, se adicionó la transcrita cláusula segunda, así (se transcribe como obra en el original):

"**A.- OBLIGACIONES DE LA CONTRATISTA.-** 12) Realizar el cobro y por ende la liquidación para el pago de los contribuyentes omisos que aún no se encuentren emplazados en todo el Departamento de Nariño. 13) Depurar y actualizar la base de datos, con la información recaudada de los contribuyentes que son emplazados y omisos y que resulten a paz y salvo, teniendo en cuenta la base de datos a ella suministrada por el Departamento. 14) Generar una base de datos, entregarla a la Gobernación cuando ésta lo requiera con una aplicación para la verificación de la información. **B.- OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO:** con la siguiente: 5) A la base de datos de pagos realizados de vigencias anteriores (1999 a 2002) del impuesto a vehículos automotores ya entregada por el Departamento, es necesario implementarla para que la misma sea compatible con las siguientes aplicaciones (...)" (destaca la Sala).

⁴⁰ Folios 55 a 57 del expediente.

Además, aunque en la cláusula sexta del contrato se pactó que el departamento debía supervisar y coordinar las labores encaminadas al cumplimiento de las obligaciones de la contratista a través de la Subsecretaría de Rentas, lo cierto es que las actividades que se alcanzaron a ejecutar fueron desarrolladas de manera autónoma por la unión temporal, mientras que las labores de la referida Subsecretaría se limitaron a adelantar la interventoría del contrato, para lo cual se realizaron algunas visitas, no con el propósito de guiar, vigilar o controlar las funciones de la contratista, sino para establecer el cumplimiento de las obligaciones estipuladas.

De hecho, obran en el expediente dos actas de visita de interventoría⁴¹, que se realizaron para “VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO Y DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES ESTIPULADAS EN LA CLÁUSULA SEGUNDA DEL CONTRATO”, en cuyo desarrollo se cuestionó a la unión temporal sobre la iniciación de los procesos de cobro administrativo y coactivo, el número de emplazamientos notificados, el procedimiento a seguir hasta llegar al cobro coactivo, el número de procesos culminados con pago efectivo de las obligaciones respecto de las liquidaciones de aforo realizadas, la seguridad de los actos administrativos, la cantidad de acuerdos de pago realizados, el control y seguimiento de los procesos de cobro administrativo, el control y seguimiento de expedientes, el número de informes entregados y periodicidad, los operativos de campo realizados, entre otros.

En este punto es importante advertir que no se desconoce que existen ciertos actos que quedaron comprendidos en el contrato y que podían ser objeto de delegación por tratarse de actividades de instrumentalización del proceso que se debían desarrollar en la fase persuasiva de la recaudación, como llamadas telefónicas a los contribuyentes omisos; sin embargo, lo que se evidencia es que, inclusive, respecto de éstas la administración se despojó por completo de su competencia, puesto que no vigiló, controló u orientó su ejecución y, por tanto, se apartó enteramente de su función.

Si bien obran en el expediente dos actas de procedimientos en las que funcionarios de la Subsecretaría de Rentas del departamento, en conjunto con miembros de la unión temporal, establecieron los trámites a seguir en unos casos

⁴¹ Folios 305 a 308 y 311 a 315 del expediente.

específicos⁴², lo cierto es que las instrucciones impartidas en aquellas oportunidades resultan insuficientes para concluir que la entidad no se desprendió de su competencia en relación con las actividades que habrían podido ser objeto de delegación, puesto que se trataron apenas unos asuntos tangenciales que no comprendían la totalidad de lo delegado y que, en todo caso, no daban cuenta del control y la vigilancia que debía ejercer el departamento sobre aquellas labores.

Adicionalmente, se delegaron funciones que, por su naturaleza, eran indelegables y que suponían el vaciamiento de la competencia de la administración en la contratista, como aquellas relacionadas con actos administrativos propios del cobro coactivo, que iban mucho más allá de la mera proyección, puesto que a la unión temporal le correspondía proferirlos sin que mediara ningún tipo de orientación o control por parte del ente territorial y su suscripción - que, supuestamente, debía darse por un funcionario designado por la entidad - no revestía o demandaba ni siquiera una revisión posterior por parte suya, pues, según lo pactado en el contrato, la contratista estaba autorizada para utilizar la firma digitalizada de quienes debían rubricar los actos, con lo cual se excluyó completamente cualquier tipo de injerencia de la entidad en su expedición.

Igualmente, se entregaron a la contratista las indelegables funciones de fiscalización y de determinación⁴³ del tributo, pues, según el objeto pactado, a la unión temporal le correspondía adelantar labores de fiscalización para el cobro de los impuestos y, según el otrosí 016-03, era de su cargo también liquidarlo en relación con los contribuyentes omisos, en desarrollo de lo cual se alcanzaron a expedir 200 liquidaciones de aforo⁴⁴.

⁴² Acta de procedimientos 001: matrículas iniciales, acuerdos de pago, compensaciones, exoneraciones y paz y salvos y entrega de informes (folios 62 y 63 del expediente).

Acta de procedimientos 002: liquidaciones, recepción de documentos, retención de recibos falsos, estado de cuenta e imágenes (folio 64 del expediente).

⁴³ "Determinación del tributo es la actividad tendiente a establecer, de conformidad con las prescripciones legales correspondientes, la obligación tributaria sustancial. Por su parte, 'fiscalización, consiste en la atribución que tiene la administración de impuestos de realizar todas aquellas diligencias e investigaciones, enumeradas en el artículo 684 del Estatuto Tributario, con el fin de precisar correctamente los tributos" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, exp. 2004-00369-01(AP)).

⁴⁴ Así quedó consignado en el acta de visita de interventoría del 15 de mayo de 2003 (folios 305 a 308 del expediente).

En relación con ese aspecto, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática en señalar que no es jurídicamente viable la delegación o atribución a favor de particulares de la facultad de fiscalizar y determinar los tributos, en tanto que dichas labores versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, y, por ende, no representan actividades instrumentales⁴⁵.

Se despojó también el departamento de la negociación de los acuerdos de pago, que, según el acta de visita de interventoría del 15 de mayo de 2003, fueron realizados directamente por la unión temporal, sin más lineamientos que el señalado en el contrato en el sentido de que el plazo máximo a conceder para la cancelación total de la obligación era de 6 meses.

Lo analizado hasta este momento resulta suficiente para establecer que, en este caso, con la celebración del contrato 202-02 y del otrosí 016-2003 el departamento de Nariño fue mucho más allá de lo que legalmente le era permitido, pues no solo se apartó del ejercicio de competencias que únicamente eran delegables si conservaba su regulación, control, vigilancia y orientación, sino que, además, se despojó de funciones que eran indelegables, con lo cual se produjo un total vaciamiento de las competencias del ente territorial relacionadas con la administración y control del impuesto sobre vehículos en la unión temporal Fiscalizar Nariño, lo que, a todos luces, evidencia una usurpación de las funciones propias del departamento, límite máximo para que se otorgara a un particular el ejercicio de una competencia administrativa.

La mencionada circunstancia impone la obligación de declarar oficiosamente la nulidad del contrato 202-02 y del otrosí 016-2003, por objeto ilícito, casual consagrada en los artículos 1519 y 1741 del Código Civil y 44 de la Ley 80 de 1993, toda vez que con su celebración se vulneraron normas de orden público, como lo son los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998.

4.4. Procedencia del reconocimiento de las prestaciones ejecutadas

Dado que el contrato en torno al cual gira la presente controversia se celebró el 21 de noviembre de 2002, es decir, en vigencia de la Ley 80 de 1993, resulta necesario examinar el alcance de esta última norma en cuanto tiene que ver con los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta de un contrato de ejecución sucesiva, como el que ocupa la atención de la Sala.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 22 de septiembre de 2004, expediente 13255.

Sobre el particular el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 prevé lo siguiente:

“Artículo 48.- De los Efectos de la Nulidad. 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.

Habrá 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” (destaca la Sala).

De conformidad con la norma en cita se tiene que la nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se produzca la declaratoria judicial de nulidad.

En ese orden de ideas, lo contenido en el artículo 48 de la Ley 80 constituye una regla especial y diferente frente a aquellos aspectos que, en punto a los efectos de la declaratoria de nulidad, establecen los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, por virtud de los cuales la declaración de nulidad tiene entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes.

Ese, precisamente, es el alcance de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 1746 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 hallarian si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita” y, en relación con esta última frase, el artículo 1525 C.C. establece que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

Así pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, regla especial que, como viene de explicarse, goza de plena aplicación en los eventos de declaratoria de nulidad de los contratos estatales y que, a diferencia de lo previsto en las normas civiles, no contempla una hipótesis de restitución mutua, sino de reconocimiento de prestación ejecutada, para los

eventos en que se declare la nulidad de un contrato por objeto ilícito, tal como sucede en este caso, la procedencia de su reconocimiento debe estar condicionada a que la labor realizada por la contratista haya derivado un provecho para el departamento, lo cual, en este contexto, se traduce en recaudo tributario efectivo por razón de la gestión directa de la demandante.

Ahora bien, dado que el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas debe hacerse de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado al respecto, para determinar si existen valores a reconocer por este concepto la Sala procederá al análisis de las cláusulas contractuales pertinentes, así (se transcribe como obra en el contrato):

"CLÁUSULA TERCERA: VALOR DEL CONTRATO.- Para los efectos tributarios a que haya lugar, el valor del presente contrato será el resultado de multiplicar el número de cobros coactivos iniciados por quince mil pesos (\$15.000,00) más los honorarios máximos autorizados, una vez realizados los descuentos tributarios ordenados por la Ley para este tipo de actividad y de los gastos que haya demandado el cobro, que inicialmente se calcula en CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000,00). **CLÁUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO.-** El pago del servicio contratado se hará por cada proceso tramitado, en cuantía de quince mil pesos (\$15.000,00), en la etapa administrativa del cobro, cuando el contribuyente omiso o incorrecto pague su deuda por impuestos, multas e intereses, desde el emplazamiento de la Resolución Oficial de Aforo. En la etapa del cobro coactivo se autoriza el cobro de honorarios en un 8% sobre las sumas recaudadas, hasta la diligencia de embargo y secuestro y de un 12% sobre las deudas que se recuperen en remate y subasta en martillo. Además se autoriza la recuperación de los gastos que haya implicado el cobro, tales como registro de embargos, parqueo de automotores, notificaciones y otros debidamente comprobados. Los pagos a que se refiere esta cláusula serán pagados directamente por los contribuyentes que han dado lugar al proceso de cobro, por así autorizarlo el artículo 836-1 del Estatuto Tributario Nacional, mediante recaudo que se hará por la entidad financiera con la que EL DEPARTAMENTO realice convenio, quien consignará dicho valor en la cuenta de LA CONTRATISTA. PARAGRAFO⁴⁶: Cuando el contribuyente omiso acuda a realizar el pago del impuesto adeudado, antes de haber sido emplazado, LA CONTRATISTA cobrará la suma de ocho mil pesos (\$8.000) correspondientes a la emisión del formulario de liquidación y el proceso de digitalización".

De acuerdo con lo anterior, la remuneración que recibiría la unión temporal por la prestación de sus servicios dependía de los valores que efectivamente recaudara y de la etapa en la que se lograra el pago de la obligación tributaria; además, la remuneración ingresaba directamente a su patrimonio, sin que mediara intervención de la entidad pública contratante, toda vez que la retribución que

⁴⁶ Parágrafo adicionado mediante otrosí 016 de 2003.

demandaba por sus labores se cargó a los contribuyentes y su recaudo se hacía de manera conjunta con el pago del impuesto a través de una entidad bancaria que debía consignar el monto que correspondía a la contratista en una cuenta de esta última.

En ese contexto, lo que se debe concluir es que, por las prestaciones que fueron ejecutadas en desarrollo del contrato 202-02 y que reportaron una utilidad a la entidad pública contratante consistente en la recaudación efectiva del impuesto vehicular, la unión temporal ya debió recibir la remuneración pactada de acuerdo con lo establecido en el contrato, respecto de lo cual, valga señalar, no existe discrepancia entre las partes, por lo cual no hay lugar a realizar reconocimiento alguno por este concepto.

5. No hay lugar a condena en costas.

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida el 28 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Nariño, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia y, en su lugar, se dispone:

1.- DECLÁRASE oficiosamente la nulidad absoluta del contrato 202-02, celebrado entre el departamento de Nariño y la unión temporal Fiscalizar Nariño, así como la nulidad del otrosí 016-2003.

2.- NIEGÁNSE las pretensiones de la demanda.

3.- Sin condena en costas.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA