

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCIÓN “A”

Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación : 730012331000200501441-02
Expediente : 34.322
Demandante: Didier Antonio Montoya Castaño y otro.
Demandado: Departamento del Tolima.
Naturaleza: Contratos.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de mayo de 2007 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuya parte resolutive dispuso negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 22 de junio de 2005 en el Tribunal Administrativo del Tolima, el señor Didier Antonio Montoya Castaño formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el departamento del Tolima, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como aparecen en la demanda, fols. 130 a 132 C. 1):

“1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 259 de Mayo 27 de 2002 ‘Por medio de la cual se adopta la liquidación unilateral de la Orden de Prestación de Servicios Profesionales No. 090 del 7 de Junio de 2002’ y 322 de Junio 26 de 2002, ‘por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 259 de Mayo 27 de 2003’.

“2. Que se declare que entre el Departamento del Tolima y el Doctor DIDIER ANTONIO MONTOYA CASTAÑO, se suscribió la Orden de Prestación de Servicios No. 090 de Junio 7 de 2002 y su Acta Modificatoria 01 del 13 de agosto de 2002, cuyo objeto fue ‘Ejercer la fiscalización, liquidación y cobro por concepto de Impuestos de cigarrillos

nacionales extranjeros y tabaco elaborado, vehículos automotores, Timbre Nacional, Cervezas, sifones y refajos de origen nacional y la verificación de los recursos del fondo cuenta'.

"3. Qué se declare que el Departamento del Tolima incumplió la Orden de Prestación de Servicios No. 090 de Junio 7 de 2002 y su acta modificatoria No. 01 del 13 de agosto del mismo año, por no haber permitido al contratista cumplir el objeto del contrato mediante la realización de las actividades contratadas, a pesar de haber sido debidamente suscrito y formalizado el contrato.

"4. Que en virtud de las anteriores declaraciones anteriores se condene a la entidad demandada a pagar a favor de mi representado el valor de los perjuicios materiales ocasionados por el incumplimiento de la orden 090 de 2002 por una suma de Mil Cuatrocientos Treinta y Tres Millones Seiscientos Noventa y Cinco Mil Doscientos Cincuenta y Ocho Pesos con Treinta Centavos, más los honorarios adicionales que se determinen en la prueba pericial solicitada conforme al siguiente raciocinio:

" ...

"5. Que se condene al Departamento del Tolima, a cancelar a mi representado el valor de la actualización de las cantidades anteriores, que se puede obtener mediante el sistema, criterios y procedimientos adoptados por la Sección Tercera del Honorable Consejo de estado, mediante los cuales se intenta obtener la corrección monetaria a fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda Colombiana por el tiempo transcurrido entre la fecha de incumplimiento contractual y la producción de los daños y la fecha probable en que se haga efectivo el pago de los perjuicios o, en su defecto, mediante la aplicación de cualquier otro procedimiento técnico que conduzca al mismo fin.

"6. Que se condene al Departamento del Tolima a pagar a mi representado el valor del lucro cesante de la suma actualizada conforme al numeral anterior, para el período comprendido entre la fecha en que efectivamente se pague los perjuicios. En caso de que el monto del lucro cesante no pudiere ser establecido durante el término probatorio del proceso, se compensará con el reconocimiento de intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual; proporcionalmente por meses, cálculo que se hará aplicando la mencionada tasa de interés a la suma debidamente actualizada para el periodo comprendido entre la fecha en que debieron cancelarse los honorarios y la fecha en que finalmente se haga.

"7. Que se condene al Departamento del Tolima a cancelar a mi representado, cualquier otra suma que resulte probada dentro del proceso a favor del Contratista.

"8. Que se condene a la entidad accionada a pagar las anteriores sumas de dinero a favor del Contratista, con la advertencia de que a partir de la ejecutoria del correspondiente fallo se causaran intereses moratorios a la tasa más alta permitida por las autoridades competentes.

"9. Condenar en Costas procesales a la parte demandada".

2.- Como fundamento fáctico de las pretensiones, en la demanda se relató, en síntesis, lo siguiente (fol. 115 a 153 C.1):

a.- Entre el departamento del Tolima y el señor Didier Antonio Montoya Castaño fue suscrito el contrato de prestación de servicios 090 del 7 de junio de 2002, cuyo objeto era "Ejercer la fiscalización, liquidación y cobro por concepto de Impuestos de cigarrillos y vehículos automotores, por parte de los contribuyentes, a favor de la Secretaría de hacienda Departamental".

De manera más precisa, la cláusula primera de la orden de prestación de servicios 090 de 2002 fijó como objeto de ésta: "a) Implementar un Sistema de información (base de

datos) que deberá contener la información registrada en la declaración de Impuesto de Vehículos con el fin de verificar y actualizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes de los impuestos sobre vehículos automotores. b) Diseñar y poner en marcha un plan de fiscalización, liquidación, cobro y de visitas con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes de los impuestos de timbre nacional, (Se excluye el impuesto de timbre nacional cancelado voluntariamente por los contribuyentes), sobre vehículos automotores, impuesto al consumo de cerveza, sifones y refajos y la verificación de los recursos del fondo cuenta correspondiente a las vigencias fiscales aun verificables y obligaciones no prescritas, sobre cervezas, cigarrillos y licores nacionales y extranjeros, hasta el primer (1) trimestre de 2002. c) Detectar omisos de los impuestos objeto de la orden, conforme a los términos de ley. d) Proyectar las liquidaciones oficiales producto del no cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes mencionados en el objeto de la presente orden, así como proyectar el cobro, hasta obtener el efectivo recaudo de los mismos" (fol. 116 C.1).

b.- En la demanda se destacó la expresión "hasta obtener el efectivo recaudo de los mismos" porque, en buena parte, los argumentos en los que se funda la solicitud de nulidad del acta de liquidación y de la resolución que resolvió no reponerla están determinados por el hecho de que el departamento asumió -en criterio del demandante- la postura ilegal y errada de no permitir que se siguieran adelantando las gestiones que condujesen al efectivo recaudo de las obligaciones tributarias a cargo de los contribuyentes, pese a que se encontraban proyectados requerimientos especiales, pliegos de cargos, autos declarativos y emplazamientos, entre otras cosas.

c.- Como honorarios se pactó, en la orden de prestación de servicios, que equivaldrían al 10% de los mayores valores recaudados al contribuyente por concepto de impuestos, participación porcentual, sanciones o intereses que fueran corregidos voluntariamente por éste, a través de requerimiento persuasivo o provocados por la Secretaría de Hacienda, de conformidad con los artículos 193, 199 y 221 de la ley 223 de 1995, libro V del estatuto Tributario y Estatuto de Rentas del Tolima.

El término inicial pactado como plazo de ejecución fue de seis (6) meses a partir del 2 de julio de 2002, fecha en que se suscribió el acta de inicio.

d.- Mediante oficio 003 de 7 de enero de 2003, el departamento del Tolima informó al demandante que la orden de prestación de servicios 090 de 7 de junio de 2002 no sería prorrogada y, posteriormente, mediante oficio de 7 de abril de 2003, la supervisora del contrato solicitó un informe final sobre la ejecución del mismo y requirió la entrega de los procesos tributarios en el estado en que se encontraran.

e.- Ante la imposibilidad de que las partes lograsen de común acuerdo una liquidación bilateral del contrato, el departamento lo liquidó unilateralmente mediante la resolución 259 de 27 de mayo de 2003, que reconoció las cifras que a continuación se relacionan:

RENTA	INGRESO BASE	HONORARIOS
Vehículos automotores	\$185.972.532.80	\$18.597.253.00
Consumo de cigarrillos	\$918.545.00	\$91.855.00
Fondo cuenta IMPROEX	\$100.135.000.00	\$10.013.500.00
Total:	\$287.026.077.8	\$28.702.607.00

f.- Los valores reconocidos al contratista fueron calculados con base en el 80% del monto que el departamento aceptó haber recaudado. En relación con el 20% restante no se reconocieron honorarios, porque adujo el departamento que ese porcentaje de impuesto correspondía al municipio, sin especificar cuál.

g.- El contratista interpuso recurso de reposición contra la resolución 259 de 27 de mayo de 2003, que liquidó unilateralmente el contrato, argumentando:

“a) El Departamento del Tolima, (sic) se abstuvo de notificar los actos tributarios proyectados por el contratista, argumentando elevados costos. b) Consecuencia de lo anterior como contratista se optó por recurrir a otros medios masivos de comunicación, generando así un efecto persuasivo, (sic) que trajo consigo importantes resultados que arrojan ingresos por encima de Mil Millones de Pesos, (sic) suma esta que hubiese sido muy superior incluso, si se hubiese remitido el correo planteado. c) Que ante la solicitud y entrega de los expedientes relacionados con el impuesto al consumo y la participación porcentual, el Departamento no permitió seguir impulsando los correspondientes procesos por parte del contratista, y más grave aún, al parecer tampoco hizo lo propio en su condición de contratante titular de la renta. d) Que al consignar lo que se expresa en la cláusula segunda de la resolución 259 de mayo 27 de 2003, se está (sic) modificando también de manera unilateral, (sic) las cláusulas individuales de la Orden de Prestación de Servicios 090 de 2002, básicamente al disponerse que se cancelará un porcentaje proporcional a lo actuado en cada proceso. e) Que el Contratista (sic) hasta donde le fue permitido cumplió con la gestión contractual estando dadas las condiciones para que sobrevenga el recaudo, situación esta que no es dable si el Departamento impide al contratista seguir con el trámite y tampoco decide continuar con la gestión correspondiente. f) Finalmente se deprecó el reconocimiento de intereses conforme al ordinal 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993 y al artículo 1º del Decreto 679 de 1994”.

h) Mediante resolución 322 de 26 de junio de 2003 se confirmó la resolución 259 de 27 de mayo del mismo año, que dispuso la liquidación unilateral del contrato 090 de 7 de junio de 2002.

3.- Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.-

Las pretensiones de la demanda fueron formuladas con fundamento en los artículos 83 y 90 de la Constitución Política, 3, 4, 5, 7, 13, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 40, 50, y 60 de la Ley 80 de 1993, 16 de la ley 446 de 1998, 30, 1949, 1551, 1602, 1603, 1613, 1614, 1620, 1621, 1624 y demás normas concordantes del Código Civil, 87, 206 y 214 del C.C.A.

Pese a que en la demanda aparece un extenso acápite denominado “CONSIDERACIONES DE ORDEN JURIDICO Y JUSTIFICACIÓN DE LA DEMANDA”¹, allí no se formulan cargos contra los actos administrativos ni de su lectura se infieren tales, pues sólo hay una serie de comentarios en torno a la forma como se generó el contrato, su objeto, el plazo y la manera en que la gestión encomendada fue perturbada por la entidad, y solamente en la parte final del texto se encuentra una especie de síntesis, así:

“...la actuación administrativa irregular del Departamento en el sentido de impedir que mi representado en su calidad de Contratista (sic) siguiera ejecutando el contrato hasta obtener el recaudo efectivo, en relación con los procesos iniciados dentro del periodo (sic) del contrato, es constitutiva no solo de incumplimiento, sino también de la lesión patrimonial, por cuanto ya fuese administrativa o judicialmente, los recaudos de los valores detectados como objeto de evasión o elusión ya se hubiese (sic) recuperado.

“Además, la liquidación unilateral de la orden, (sic) y la decisión de no reponer dicha actuación, (sic) están impregnados de vicios que cuestionan seriamente su presunción de legalidad, (sic) y que (sic) por el contrario (sic) sugieren e imponen su declaratoria de nulidad”.

Sin embargo, no es posible de lo anterior inferir que se haya planteado con claridad cargo alguno contra los actos administrativos demandados, en la medida en que el libelista se circunscribe a efectuar un recuento fáctico de: i) la forma como se celebró el contrato, ii) en qué consistió su objeto, iii) cómo debía entenderse el plazo de 6 meses establecido en el contrato como término para iniciar las labores encomendadas y no como plazo extintivo del contrato, iv) la gestión que se realizó con miras a obtener el recaudo de impuestos y v) las fórmulas que se utilizaron para el pago de los honorarios pactados, pero de ninguna forma se esboza lo que -en su criterio- hizo que con la expedición de esos actos administrativos se violaran las normas constitucionales y

¹folios. 132 a 139 C.1.

legales en las que debió fundarse, ni explica por qué de su contenido se pueden advertir situaciones que impliquen una falsa motivación o una desviación de poder u otra causal de nulidad de aquellos actos.

Lo anterior significa que, en estricto sentido, dentro de la demanda no se presentaron las normas que se consideran violadas por el actor ni el concepto de esa violación, o por lo menos no esto último.

4.- La actuación en primera instancia.

Por auto del 15 de marzo de 2006, el Consejo de Estado, en sede de apelación, revocó el auto de 9 de agosto de 2005 proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima que rechazó la demanda y, en su lugar, dispuso admitirla, ordenó notificar personalmente la providencia al Gobernador del departamento del Tolima y al agente del Ministerio Público, dispuso la fijación del negocio en lista y reconoció personería al apoderado de la parte demandante (fol. 204 C. 1).

Dentro del término de fijación en lista y actuando por conducto de apoderada judicial, el departamento del Tolima contestó la demanda (fol. 276 a 283 C.1) oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó algunos de ellos como ciertos, negó otros y pidió la prueba de los demás.

Hizo especial énfasis en que la terminación del contrato se presentó por el cumplimiento del plazo pactado de seis (6) meses, al cabo del cual la administración decidió no prorrogarlo.

Formuló la excepción que denominó "ABSOLUTA LEGALIDAD DE LOS ACTOS DEMANDADOS", aduciendo, para el efecto, lo siguiente:

"Ha quedado claramente establecido, que los actos administrativos atacados, (sic) fueron proferidos teniendo en cuenta la realidad que reflejaba para ese momento la ejecución del contrato y señalando de manera clara los valores efectivamente recaudados por el ente Departamental, valores sobre los cuales se aplicó (sic) el porcentaje que correspondía a la labor ejercida por el contratista; (sic) actos administrativos que entre otras cosas fueron proferidos después de señalar al contratista la intención de no prorrogar el plazo de la Orden de Prestación de Servicios, lo que garantiza su absoluta legalidad y le dan fuerza ejecutoria, razón por la cual el demandante carece de todo fundamento, siendo viable que se declare probada la presente excepción" (fol. 282 y 283 C.1) .

Mediante auto del 11 de agosto de 2006, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas tanto en la demanda como en su contestación; posteriormente, por auto de 16 de

marzo de 2007, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al agente del Ministerio Público para que emitiera su concepto.

El apoderado del demandante presentó alegatos de conclusión manifestando que había cumplido con la carga de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos.

Dijo que había quedado debidamente probada la existencia del contrato 090 de 2002, el incumplimiento del mismo por parte de la entidad demandada y los perjuicios que con ello se le ocasionaron al demandante.

En relación con el incumplimiento del contrato por parte del departamento del Tolima, señaló que éste se materializó con la interpretación unilateral del contrato que se reflejó en el acta de liquidación al modificar las condiciones de pago y asumir que el plazo de seis meses pactado impedía al contratista, una vez expirado dicho término, continuar proyectando los actos administrativos propios del procedimiento tributario en relación con los procesos iniciados dentro del plazo, al exigirle la entrega de los expedientes y actuaciones (fol. 341 a 357 C.1).

La apoderada del departamento del Tolima presentó alegatos de conclusión en los que reiteró que la expedición de los actos administrativos demandados se ciñó a la ley y al contrato y sostuvo que ninguna de las pruebas que reposan en el expediente evidencia que el departamento lo haya incumplido, en la medida en que su terminación ocurrió por vencimiento del plazo pactado (6 meses) (fol. 358 a 359 C.1).

5.- La sentencia apelada.

Mediante sentencia del 18 de mayo de 2007, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda. En esa oportunidad, sostuvo (se transcribe como aparece en el original visible de folios 360 a 385 C. principal):

“En ese orden de ideas, y de acuerdo con lo establecido en la cláusula quinta de la Orden de Prestación de Servicios No. 090 del 7 de junio de 2002, aclarada mediante la cláusula tercera del acta modificatoria No.001 del 13 de agosto del mismo año, las partes convinieron que el valor de la orden de prestación de servicios se determinara **por el resultado** que obtuviera el programa de fiscalización, liquidación, y cobro de los impuestos objeto de la orden, equivalente al diez por ciento (10%) **de los mayores valores recaudados** al contribuyente y que correspondan al Departamento, por concepto de impuestos, participación porcentual, sanciones o intereses que sean corregidos voluntariamente una vez notificado a través de requerimiento persuasivo proyectado por el contratista. En el caso del impuesto de Vehículos Automotores, se acordó que los honorarios se liquidarían sobre el valor

neto que le corresponde al departamento; para el caso del Impuesto al consumo de cervezas, sifones y refajos de origen nacional, el valor se liquidaría sobre los mayores valores determinados por el contratista y que **ingresen efectivamente al Departamento**, como producto de las investigaciones previas que originen el proceso tributario respectivo por parte de la DIAN conforme al Artículo 016 de la ley 488 de 1998.

“Si bien es cierto que el objeto contractual comprendía la realización de una amplia gama de actividades por parte del contratista, tendientes a implementar el programa de fiscalización, liquidación y cobro de impuestos, el monto de sus honorarios, sin embargo, estaba condicionado a un resultado concreto, en términos de recaudo efectivo en un periodo determinado, y no a las proyecciones puramente instrumentales diseñadas para garantizar a futuro el recaudo de los tributos (fol. 380 C. principal).

“...

“Pero además, la actividad relacionada con el recudo de tributos por particulares, a través de un contrato u orden de prestación de servicios, en manera alguna puede implicar el ejercicio intemporal de esa función pública, como aparece entenderlo el apoderado accionante, pues la sola suscripción del contrato u orden de prestación de servicios no traslada al campo contractual del Estado ni la función de recaudo ni las consecuencias por el incumplimiento de las normas legales que la rigen. He ahí otra consideración de mayor peso que ha debido tener en cuenta el contratista al momento de formular la oferta de servicios.

“La orden de prestación de servicios *sub examen* precisó que el término de duración de la misma no podía prolongarse más allá de 6 meses, salvo acuerdo expreso y previa autorización de la entidad contratante, oficializada dentro de los treinta días anteriores a su vencimiento, según reza a cláusula 7ª de la relación negocial, el cual, obviamente debía contarse a partir de la firma del acta de iniciación de labores, que se suscribió el día 2 de julio del año 2002 (fl. 9 c. ppal), lo que equivale a predicar que su vencimiento no podía superar el día 2 de enero de 2003 (fol. 381 C. ppal).

“Para la Sala no es aceptable en este sentido cuestionar una supuesta ilegalidad en la postura asumida por el Departamento, en cuanto a que presuntamente impidió al contratista que prosiguiera adelantando las gestiones del caso, que condujesen al efectivo recaudo de las obligaciones tributarias a cargo de los contribuyentes, pues es evidente que la orden de prestación de servicios que originó el conflicto contractual no puede tener vigencia indeterminada ni prorrogarse tácitamente, ni permanecer indefinida en el tiempo” (fol. 382 C. principal).

6.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Según el recurrente, el Tribunal no recabó (se transcribe como aparece en el original):

"...sobre la verdadera intención que tuvieron las partes para concretar la modalidad de las obligaciones, que por sana lógica se circunscriben a la consecución de los fines perseguidos por los contratantes y que de alguna forma motivaron el verdadero interés de celebrar dicho negocio. No tuvo en cuenta, que a pesar de que se estableció un término de duración de la orden, el cual fue de seis (6) meses contados a partir de la suscripción de la misma, pues parte de las obligaciones pactadas, las que dependían exclusivamente del contratista, se cumplieron en dicho periodo tales como:

"...

"No cabe duda que en el plazo determinado de seis (6) meses, el actor cumplió a cabalidad con sus obligaciones, procurando una mayor diligencia y cuidado en el desarrollo del objeto de la orden, en los que inicio procesos de fiscalización, liquidación, y cobro, con el fin de conseguir ingresos efectivos a favor del departamento.

"Sin embargo, al estudiarse claramente los procedimientos adelantados por el accionante durante los seis (6) meses, se tiene de presente que los resultados esperados de dicha orden, claramente se verificarían una vez se haya logrado el ingreso efectivo, o su efectivo recaudo, pudiendo ser en el momento en que aquellos valores determinados de consumo e impuesto de vehículos se recaudaran e ingresaran al tesoro departamental una vez agotada la etapa de fiscalización y liquidación, naciendo a su vez, a partir de ese momento, el derecho para el demandante y correlativamente la obligación para el Departamento del Tolima, de reconocerle y pagarle al actor sus honorarios, según consta en las cláusulas segunda, literal 5º y quinta de la Orden de Prestación de Servicios ..." (fol. 396, 398 y 399 C. principal).

También señaló en el recurso que:

"El Departamento al terminar de forma unilateral la orden de prestación de servicios, le impidió al contratista seguir adelantando su obligación de continuar la labor de recaudo de los impuestos, una vez agotada la etapa de fiscalización y liquidación durante el término de duración de la orden de prestación de servicios, en la que se pudo depurar la información y luego identificarlas las inconsistencias sobre lo que realmente se debía recaudar por concepto de impuestos de consumo y vehículos automotores, El contratista, en principio, estaba obligado a cumplir con su

obligación, en los términos pactados, teniendo en cuenta que por el incumplimiento de la administración departamental, se le generó una razonable imposibilidad de cumplir ... un principio universal del derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.

“La razón de inconformidad del CONTRATISTA y que motivo la presente acción contractual radica, en que la resolución 259 contentiva de la liquidación del contrato modifica unilateralmente el porcentaje de honorarios pactados de común acuerdo entre el departamento y el contratista y la otra razón es no haberse incluido dentro de tal liquidación el trabajo realizado por el contratista en relación con el impuesto sobre vehículos automotores, desconociendo que el CONTRATISTA, a través de un programa especializado en sistemas contrato unos ingenieros, mediante cruces de información con las sedes operativas de tránsito y demás secretarías de tránsito del departamento logro conformar una base de datos y suministrarle al departamento del Tolima el número de 42.800 placas de vehículos que no habían pagado el impuesto en referencia durante los últimos cinco (5) años” (fol. 405 C. principal).

Finalizó el recurrente cuestionando que el Tribunal no decidió sobre las objeciones por error grave formuladas al dictamen pericial rendido en el proceso.

7.- El trámite de la segunda instancia.-

Por auto del primero de octubre de 2007, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto y sustentado (fol. 413 C. principal), y por auto del 25 de octubre del mismo año ordenó correr traslado a las partes, para que presentaran alegatos de conclusión.

Se ordenó, también, que previa solicitud del Ministerio Público se surtiera el traslado especial para que rindiera concepto, conforme al inciso segundo del artículo 59 de la 446 de 1998.

Los sujetos procesales guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

I. La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 18 de mayo de 2007, en atención a que la cuantía del proceso, determinada por la

pretensión de mayor valor, asciende a la suma de \$1.433'695.258.00². Para la época de interposición de la demanda³, eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción contractual cuya cuantía excediera el equivalente a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$190'750.000.00), monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Nulidad absoluta del contrato.

Previo a resolver sobre el *petitum* de la demanda, resulta necesario abordar el tema relativo a la legalidad del contrato 090 del 7 de junio de 2002, por cuya expiración del plazo pactado -6 meses- fueron expedidas la resolución de liquidación unilateral y la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra ésta, ambas demandadas.

También se dijo, sobre el contrato, que fue incumplido por parte del departamento del Tolima en la medida en que el demandante consideró que el plazo que se pactó para su ejecución no era extintivo, atendiendo la naturaleza de las obligaciones contraídas, lógica bajo la que formuló una pretensión de incumplimiento debido a que al finalizar los seis meses pactados como plazo contractual se procedió a su liquidación.

La ley 80 de 1993, vigente para la época en que fue celebrado el contrato, consagró en su artículo 44 las causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado, así:

“De las causales de nulidad absoluta – Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

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

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

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

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

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

² Pretensión 4 de condena.

³ 22 de junio de 2005.

Existen, pues, varios supuestos bajo los que puede válidamente declararse la nulidad absoluta de un contrato; sin embargo, nada se indica allí en relación con la autoridad que resulta ser competente para realizar este tipo de declaraciones. Las normas del Código Civil Colombiano, aplicables a los contratos estatales en virtud del artículo 13 de la misma ley 80 de 1993⁴, señalan claramente a quién se ha deferido la facultad de declarar la nulidad de un acto o contrato.

En efecto, el artículo 1742 del Código Civil (subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936), al abordar el tema de la nulidad absoluta de los contratos, prescribe que, en caso de existir nulidad absoluta, ésta "...debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley..." (subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo anterior, examinado sistemáticamente con las previsiones del estatuto de contratación estatal, conduce a afirmar que dicha facultad se reserva al juez del contrato; sin embargo, no debe olvidarse que el artículo 45 de la ley 80 de 1993 dispone que:

"La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

"En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre".

Como se observa, el artículo 1742 del C.C. contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos, cuando éstas aparezcan de manifiesto en ellos, con el fin de garantizar la prevalencia del orden público que debe regir las relaciones jurídicas y, por su parte, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 consagra la facultad de poner fin oficiosamente a los contratos estatales, por parte del "jefe o representante legal" de la entidad contratante, cuando se de alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato consagrado en los ordinales 1º, 2º y 4º del artículo 44 atrás transcrito.

Mencionado lo anterior, la Sala debe señalar que se avizora respecto del contrato 090 del 7 de junio de 2002 una causal de nulidad absoluta derivada de la naturaleza de las

⁴ "ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley".

obligaciones pactadas, la cual puede ser declarada de oficio, conforme a lo anterior, no obstante que su legalidad no fue cuestionada en el proceso.

En efecto, en el cuerpo del contrato 090 de junio 7 de 2002 y de su acta modificatoria 001 de agosto 13 de 2002 se lee lo siguiente, en relación con el objeto de las obligaciones (se transcribe idéntico al original):

“Ejercer la fiscalización, liquidación y cobro por concepto de Impuestos de Timbre Nacional (se excluye el Impuesto de Timbre Nacional cancelado voluntariamente por los contribuyentes), sobre vehículos automotores, impuesto al consumo de cervezas, sifones, y refajos de origen nacional y la verificación de los recursos del fondo cuenta, correspondiente a las vigencias fiscales aún verificables y obligaciones no prescritas, sobre cervezas, cigarrillos y licores extranjeros por parte de los contribuyentes, a favor de la Secretaría de Hacienda Departamental: a) Implementar un Sistema de Información (Base de Datos) que deberá contener la información registrada en la declaración de Impuesto de Vehículos con el fin de verificar y actualizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes de los impuestos sobre vehículos automotores. b) Diseñar y poner en marcha un plan de fiscalización, liquidación, cobro, y de visitas con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes de los impuestos de timbre nacional, (se excluye el impuesto de timbre nacional cancelado voluntariamente por los contribuyentes), sobre vehículos automotores, impuesto al consumo de cerveza, sifones y refajos y la verificación de los recursos del fondo cuenta correspondiente a las vigencias fiscales aun verificables y obligaciones no prescritas, sobre cervezas, cigarrillos y licores nacionales y extranjeros, hasta el primer (1) trimestre de 2002. c) Detectar omisos de los impuestos objeto de la orden, conforme a los términos de la ley. d) Proyectar las liquidaciones oficiales producto del no cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes mencionados en el objeto de la presente orden, así como proyectar el cobre, hasta obtener el efectivo recaudo de los mismos” (fol. 11 C. 1).

Luego, dice el mismo contrato:

“ ... En general, efectuar el proceso de fiscalización, liquidación, aplicación de sanciones y cobro de impuestos objeto de la orden hasta obtener su recaudo” (fol.12 C.1)

Al respecto, la Constitución Política ha previsto la posibilidad de que los particulares desarrollen funciones administrativas (artículos 123 y 210); sin embargo, el tema no puede abordarse desprevenidamente, debido a que las funciones transferidas encuentran un límite relacionado con el ejercicio de autoridad y competencias que le resulta inherente al Estado y que, de forma privativa, exterioriza a través de sus funcionarios.

La Corte Constitucional precisó que "...no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares"⁵. Básicamente, señaló que las funciones que pueden serlo son aquellas propiamente administrativas y no las de contenido político, gubernamental, legislativo o jurisdiccional.

Pero, la atribución de funciones a particulares no puede llegar al punto de **vaciar de contenido la competencia que se ha otorgado al funcionario**, de modo tal que este último sea **reemplazado totalmente en sus funciones por un particular**, y menos a través de un contrato.

En efecto, una de las maneras como el Estado puede confiar en un particular funciones administrativas está dada por la figura del contrato estatal, particularmente, a través del contrato de prestación de servicios, cuya propia noción legal rechaza que por esa vía se transmitan de forma irrestricta a un contratista las funciones administrativas propias de la entidad estatal, o la representación de la misma frente a terceros; al respecto, recuérdese que el artículo 32 de la ley 80 de 1993 dispone que:

"Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

"...

"3o. Contrato de Prestación de Servicios.

"Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades requieran conocimientos especializados.

"Estos contratos se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

Como se observa, la celebración del contrato estatal de prestación de servicios se admite cuando se busca "...desarrollar actividades **relacionadas con la administración o funcionamiento** de la entidad..." (se resalta), mas no para entregar la administración o el funcionamiento mismo de ésta.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-866/99, M.P. Vladimiro Naranjo; sentencia C-776/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; sentencia C-866/99, M.P. Vladimiro Naranjo; y sentencia C-702/99, M.P. Fabio Morón Díaz.

El numeral 11 del artículo 305 de la Constitución Política consagra que una de las atribuciones de los gobernadores es “Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias por la Nación” (subraya fuera del texto). Dicha función, que se halla radicada en el representante legal de la entidad territorial y jefe de la administración seccional, 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 administrativa⁶, por cuanto está directamente relacionada con el funcionamiento de la administración seccional; además, constituye una función que envuelve una típica gestión fiscal⁷, por cuanto, los dineros de los impuestos, una vez son objeto de recaudo, se consideran dineros públicos; por tal razón, la función de recaudo de rentas departamentales debe ser ejercida por los respectivos servidores públicos del departamento y, excepcionalmente, puede ser encomendada a los particulares, siempre y cuando la ley lo autorice y se cumplan los requisitos contemplados por la misma.

En efecto, el artículo 210 de la Constitución Política contempla que “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley” y, a su turno, el inciso tercero del artículo 123 ibídem dice que “La Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

Como evidentemente, en el presente caso, el departamento del Tolima contrató al demandante para que cumpliera funciones que implicaban función administrativa, típica de gestión fiscal, y en la medida en que estas son funciones que no pueden encomendarse a un tercero contratista, se configura una causal de nulidad por objeto ilícito del precitado contrato de prestación de servicios 090, que debe ser declarada de oficio.

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 un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad⁸.

La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento

⁶ Así lo ha sostenido también la Sección Cuarta de esta Corporación, sentencia del 2 de agosto de 2006, expediente. 14.197.

⁷ Ibídem.

⁸ BRUGI, Biagio: “Instituciones de Derecho Civil”, Ed. Utethea, 1946, Págs. 122 y s.s.

jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque 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 la vía de acción, 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, pues, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria, a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios⁹, 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 patente¹⁰.

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.C.¹¹, norma de carácter sustancial que se hallaba vigente¹² para la fecha en que comenzó a correr el término¹³, el cual resulta aplicable a términos del artículo 41 de la Ley 153 de 1887¹⁴.

En el *sub – lite*, la Sala encuentra reunidos los presupuestos para declarar, de manera oficiosa, la nulidad absoluta de la orden de prestación de servicios 090 de 2002.

En efecto, no han transcurrido los veinte años (20) años de la prescripción extraordinaria contemplada por el artículo 2532 del C.C., pues la orden de prestación de servicios fue expedida el 7 de junio de 2002 (fol. 4 a 8 y 10 a 12 C.1), las partes intervinientes en el negocio jurídico son las mismas que obran como demandante y demandado en el presente proceso y el vicio que afecta la validez surge de manera ostensible, como se verá:

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente. 13.414

¹¹ Art. 2532.- Tiempo necesario para la prescripción extraordinaria. El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de [veinte] años contra toda persona, y no se suspende a favor de las 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 1º de la Ley 50 de 1936.

¹² Para la fecha en que comenzó a correr dicho término no se hallaba vigente el artículo 6º de la Ley 791 de 2002, en virtud del cual se redujo el término de prescripción extraordinaria a 10 años.

¹³ Debe entenderse que el término comenzó a correr a partir de la fecha de suscripción del contrato sin formalidades plenas, esto es, 7 de junio de 2002.

¹⁴ Art. 41.- 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.

La ejecución y el cumplimiento de la función de recaudo de rentas en el orden departamental están supeditados, en principio, a lo normado por las Asambleas Departamentales, pues, conforme a lo dispuesto por el artículo 62 (numeral 15) del Decreto - Ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), a tales corporaciones corresponde “Arreglar todo lo relativo a la organización, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Departamento”; empero, si bien el artículo 287 de la Constitución Política les otorga autonomía a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, dichas atribuciones, en materia tributaria y fiscal, no son absolutas, pues están limitadas por las normas de orden Constitucional y legal pertinentes¹⁵, de suerte que las corporaciones públicas del orden territorial (asambleas y concejos) deben ejercer sus competencias, en tales materias, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley¹⁶.

Precisamente, una de aquellas limitaciones está constituida por la regulación del procedimiento en la administración de los tributos, que comprende la recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro y devolución de los mismos, lo cual implica que las entidades territoriales no tienen autonomía para fijar las reglas tendientes a obtener el cumplimiento de las obligaciones tributarias en los aspectos referidos y, por el contrario, deben sujetarse a los lineamientos establecidos por la ley. Así se desprende de lo dispuesto por los artículos: i) 287 de la Constitución Política, según el cual las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites previstos por la propia Constitución y la ley y, en tal virtud, tienen derecho a administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (numeral 3 del mismo artículo), ii) 288 (inciso segundo) ibídem, según el cual las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad y iii) 298 de la misma Constitución, el cual dice que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y que la ley reglamentará lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución les otorga.

Pues bien, los mandatos constitucionales antes referidos concretan el principio, también constitucional, según el cual Colombia se organiza en forma de República unitaria (preámbulo y artículo 1º de la Constitución), es decir, políticamente centralizada y administrativamente descentralizada, de modo que, en materia de los procedimientos para la administración de tributos (fiscalización, liquidación, discusión, cobro, recaudo y devolución, entre otros), es la misma Constitución Política la que limita a las entidades territoriales en cuanto a la regulación en tales aspectos y les ordena a los departamentos y municipios que adopten su propia normatividad dentro de los límites o con sujeción a lo dispuesto por la Constitución y la ley, como

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-232 de 1998.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-335 de 1996.

manifestación de la unidad que debe existir entre los intereses del orden nacional y los de las entidades territoriales.

Con lo anterior, la Sala quiere significar que, a pesar de que dentro del expediente no existe prueba de alguna ordenanza proferida por la Asamblea del Tolima en la cual se regule el tema atinente a la organización y recaudo de los tributos administrados por el departamento, lo cierto es que, de llegar a existir, tal disposición debería ser armónica con lo dispuesto por la Constitución y la ley, de modo que no podría, por ejemplo, autorizar al Gobernador para que contratara con personas naturales la función administrativa de recaudación de rentas departamentales (numeral 11, artículo 305 de la Constitución), porque no existía ni existe norma Constitucional o legal que así lo permita.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con la autonomía de las entidades territoriales en materia tributaria y la sujeción de sus procedimientos de orden tributario y fiscal, así¹⁷:

“En efecto, ... es del caso reafirmar que corresponde al legislador fijar las reglas fundamentales a las que están sujetas las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales cuando establecen tributos, lo cual significa que según el ordenamiento superior, a aquél le compete señalar las actividades y materias que pueden ser gravadas, así como los procedimientos de orden fiscal y tributario, sin que sea válido sostener que cuando así actúa, (sic) esté desconociendo o cercenando la autonomía que constitucionalmente se le confiere a las entidades territoriales.

“Ahora bien, con fundamento en lo dispuesto en el preámbulo y en los artículos 1o., 287, 294, 300-4, 313-4, 317 y 338 de la Carta Política, y teniendo en cuenta que el Estado colombiano está organizado en forma de República unitaria, la autonomía que se concede por estos preceptos a los entes territoriales, no es absoluta, pues está supeditada en cuanto a la gestión de sus propios intereses, como los del orden fiscal y tributario, a los límites que le (sic) señalen la Constitución y la ley, lo cual significa que la potestad impositiva regional y local es relativa y, en tal virtud, el legislador puede señalar ciertas pautas, orientaciones y regulaciones o limitaciones generales para su ejercicio, siempre que se respete el núcleo esencial de la autonomía, es decir, que no se desnaturalice la esencia de ésta de modo que se la desvirtúe o desconozca.

(...)

“...la aplicación de las normas procedimentales establecidas en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional a las entidades territoriales, (sic) tiene como finalidad la unificación a nivel nacional del régimen procedimental, lo cual no excluye las reglamentaciones expedidas por las Asambleas Departamentales y por los Concejos Distritales y Municipales en relación con los tributos y contribuciones que ellos administran, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 300 y 313 de la Carta.

(...)

“Por ende, de conformidad con el ordenamiento superior, en caso de oposición o contradicción entre normas procedimentales fijadas por los entes territoriales con aquellas dispuestas por el legislador, prevalecen estas últimas, por lo que (sic) en consecuencia, los órganos competentes de las entidades territoriales deberán ajustar y modificar su normatividad para hacerla concordante con la señalada por la ley.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-232 de 1998. En el mismo sentido, ver las siguientes sentencias también proferidas por la Corte Constitucional: C-521 de 1997, C-177 de 1996, C-004 de 1993, C-517 de 1992, C-070 de 1994, C-084 de 1995 y C-222 de 1995.

(...)

“Ahora bien, en cuanto hace a la autonomía fiscal y tributaria de las entidades territoriales, conviene recordar que de acuerdo con lo estipulado (sic) en los artículos 287, 300-4 y 313-4, respectivamente, estas gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley; y además, las Asambleas decretarán los tributos y contribuciones, y los Concejos los tributos y los gastos locales, de conformidad con la ley. En consecuencia, como se ha dejado expuesto, no puede aceptarse la tesis de la soberanía fiscal, ya que la autonomía de que gozan las entidades territoriales está supeditada a la ley”.

En virtud de las normas constitucionales antes señaladas, las entidades territoriales podían regular los procedimientos tributarios con sujeción a lo dispuesto por la ley, con el fin de darle seguridad, transparencia y efectividad al recaudo y de asegurar una correcta administración y manejo de los impuestos y contribuciones.

Ahora, en desarrollo de las disposiciones constitucionales analizados en precedencia, la ley ordenó expresamente a los municipios y a los departamentos aplicar los procedimientos previstos en el Estatuto Tributario Nacional para la administración de los impuestos y rentas por ellas administrados, en relación con los municipios, a través del artículo 66 de la Ley 383 de 1997 y, con los departamentos, mediante el artículo 59 de Ley 788 de 2002.

A través de la Ley 1386 de 2010, se prohibió expresamente a las entidades territoriales y a sus entidades descentralizadas celebrar contrato o convenio alguno que tenga por objeto la administración de los tributos a su cargo y se dispuso que la recepción de las declaraciones y el recaudo de los impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podía realizarse a través de las entidades autorizadas por el Estatuto Tributario Nacional¹⁸, las cuales, previo el cumplimiento de los requisitos previstos por los artículos 800 y 801 Estatuto Tributario (Decreto - Ley 624 de 1989), son los únicos particulares autorizados para recaudar, total o parcialmente, impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses. Así reguló el legislador el ejercicio de esta función administrativa.

Si bien las Leyes 383 de 1997, 788 de 2002 y 1386 de 2010 no se hallaban vigentes para la fecha en que fue celebrado el contrato sin formalidades plenas objeto de análisis, tal circunstancia no significa que, antes de su expedición, estuviera permitido que los gobernadores y alcaldes encomendaran a las personas naturales recaudar los tributos, pues, se insiste, se trata del ejercicio de una función administrativa cuya regulación es de exclusiva reserva legal y, para la época en que fue celebrado el contrato, no existía ninguna disposición legal que permitiera contratar o delegar en forma alguna en los particulares el cumplimiento de dicha función en el orden territorial.

¹⁸ Es de anotar que si bien el Estatuto Tributario en varias de sus disposiciones autoriza y en algunos casos impone la obligación a los particulares de servir de agentes retenedores de impuestos, tasas y contribuciones (ver artículos 368, 437, 516 y 876 del E.T, entre otras normas), los únicos particulares autorizados para recaudar tributos son los bancos o entidades financieras que cumplan las condiciones contempladas por el artículo 801 ibídem.

Por lo anterior, las Asambleas Departamentales no podían prever el otorgamiento de autorizaciones para el cumplimiento de la mencionada función a personas naturales y, por lo mismo, el Gobernador carecía de facultad para suscribir contratos, expedir órdenes de prestación de servicios, celebrar convenios o cualquier tipo de negocio jurídico con particulares para tal fin, pues las autoridades públicas se rigen por el principio de legalidad, que se hace radicar en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho y ello se traduce en que las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello que la Constitución y la ley les permite, de manera que son responsables por la omisión y por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones y, en este caso, no existía norma en el ordenamiento jurídico que les aprobara hacerlo.

A pesar de lo anterior, el Gobernador del Tolima encomendó a una persona natural ajena a la administración pública, el ejercicio de la función administrativa que, en los términos del numeral 11 del artículo 305 de la Constitución Política, se encuentra a su cargo, razón por la cual la orden de prestación de servicios 090 de 7 junio de 2002 se encuentra viciada de nulidad absoluta, por objeto ilícito, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 1519¹⁹ y 1523²⁰ del Código Civil, en la medida en que el objeto de las obligaciones del contrato²¹, esto es, aquello a lo que se obligó el deudor en virtud del contrato (el cumplimiento de la función administrativa por parte de un particular –persona natural específicamente–), no estaba permitido en aquella época por la ley y hoy en día se halla expresamente prohibido por ésta.

En consecuencia, la Sala declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato sin formalidades plenas que se concretó con la orden de prestación de servicios 090 del 7 de junio de 2002.

III.- Las restituciones mutuas.-

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato declarado nulo y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo

¹⁹ ARTICULO 1519. <OBJETO ILICITO>. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

²⁰ ARTICULO 1523. <OBJETO ILICITO POR CONTRATO PROHIBIDO>. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

²¹ El “objeto de las obligaciones” hace referencia a lo que se obliga el deudor en virtud del contrato o convención, según surge del artículo 1517 ibídem

1746 del C.C.; sin embargo, no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de la restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir, como cuando se convierte en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, como sucede en el sub lite.

En efecto, a pesar de que la orden de prestación de servicios adolece de nulidad absoluta, resulta imposible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato, pues ello implicaría deshacer lo ejecutado por el demandante para que, a su turno, éste -como contratista- devolviera los valores pagados por la ejecución del objeto contractual, lo cual deviene materialmente irrealizable; por consiguiente, las restituciones mutuas no proceden en este evento.

VI.- Costas.-

No se impondrá condena en costas, porque la conducta de las partes no se enmarca dentro de las previsiones contempladas por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A:

PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato sin formalidades plenas que surgió con ocasión de la orden de prestación de servicios 090 del 7 de junio de 2002, junto con su acta modificatoria 01 del 13 de agosto de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.-CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 18 de mayo de 2007, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA