**NULIDAD DEL CONTRATO – Nulidad del contrato – Declaración del Juez – No hay término de caducidad**

No se predica caducidad respecto a la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, cuando aparece acreditada en el proceso. (…) 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 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 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, se debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria, a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios, ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente.

**DICTAMEN PERICIAL – Valoración – Procedencia**

El juez, a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, debe valorar el dictamen pericial con el fin de acogerlo total o parcialmente o desechar sus resultados, siempre que no sea claro, preciso y detallado y no reúna las condiciones para adquirir eficacia probatoria, como son la conducencia en relación con el hecho por probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito, en síntesis, que otras pruebas no lo desvirtúen. (…) En los términos del artículo 264 del C.P.C., la prueba pericial procede en aquellos casos en que se necesiten especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos para verificar ciertos hechos que interesan al proceso. No basta con responder a los interrogantes planteados por las partes o el juez, sino hacerlo con suficiencia, infundiendo certeza sobre los hechos objeto de la experticia, para lo cual deben soportar sus conclusiones en pruebas que demuestren sus afirmaciones.

**ERROR GRAVE – Definición**

Se define el error grave como “una falla de entidad en el trabajo de los expertos”, de ahí que no cualquier equivocación admita tal connotación.

ERROR GRAVE – Objeción – Código de Procedimiento Civil – Acreditación

En cuanto a la objeción por error grave, cabe anotar que, de conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del C. de P.C., cualquiera de las partes puede manifestar su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales incurrieron en error grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo, es decir, con entidad suficiente para llegar a conclusiones igualmente equivocadas. (…) la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, a su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción.

ERROR GRAVE – Prosperidad de la objeción

Para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen se elabore sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones también erradas, que recaigan, necesariamente en el objeto de la prueba. Los errores bien pueden consistir en que se haya tomado como punto de referencia y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer la experticia o que se hayan modificado las características esenciales del objeto examinado por otras que no tiene, de una forma tal, que de no haberse presentado, los resultados hubieren sido distintos. Como lo ha expresado la jurisprudencia, el dictamen controvierte “la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones”.

**CONTRATO – Definición – Código civil**

En los términos del artículo 1495 del Código Civil, el contrato o convención es un acto en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 864 del Código de Comercio, el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Esto es, amen de la pluralidad de partes, la voluntad negocial habrá de concurrir al interés que autónomamente se convino en regular. (…) Para que resulte obligatorio lo pactado es necesario que quienes concurran sean legalmente capaces y expresen su consentimiento con libertad, libre de apremios, errores o engaños, sobre un objeto y causa lícitas, como lo dispone el artículo 1502 del Código Civil.

**CONTRATO – Efectos**

Para que un contrato produzca los efectos perseguidos por las partes con su celebración, tiene que cumplir con los elementos, requisitos y las formalidades constitutivas que prevén las normas jurídicas en orden a su formación o nacimiento, así como aquellos necesarios para su regularidad, de suerte que de verificarse la totalidad de los mismos, se reputa su existencia y validez, que le permite satisfacer la función social que está llamado a cumplir.

**CONTRATO – Invalidez**

La nulidad o invalidez se predican de un negocio que reunió los elementos establecidos en la ley para su existencia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica y condigna sanción, cual es, su destrucción.

**CONTRATO – Inexistencia**

El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno, ya fuere porque no reúne los elementos esenciales o las formalidades *ad substantiam actus*, en tanto inválido al margen de que cumplió con lo señalado, razones jurídicas de gran peso que no le reconocen efectos; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos.

**CONTRATO – Clasificación**

De conformidad con la teoría general, los contratos se pueden clasificar, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, en reales, solemnes y consensuales, según la definición que incorpora el artículo 1500 del Código Civil; dentro de estas categorías, la predominante y general es la de los consensuales, es decir, ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes, respecto de sus elementos esenciales para que se perfeccione.

**CONTRATO ESTATAL – Requisitos de existencia**

Por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito. Tal es la forma para existir desde la perspectiva estrictamente formal (requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus); siendo así, no tendría sentido, en principio, solicitar la declaración de existencia de un contrato que no se sujetó a las formalidades requeridas para el efecto, a través de la acción contractual.

**CONTRATO ESTATAL – Requisitos de perfeccionamiento**

De conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, no puede pasarse por alto que esta Corporación, en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, afirmó que el registro presupuestal comportaba un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con la reforma introducida a la Ley 80 por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto ley 111 de 1996.

**NULIDAD DEL CONTRATO – Contrato estatal – Efectos**

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993, regula los efectos de la nulidad (…) el inciso segundo de esta norma consagra el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo, siempre y cuando se demuestre que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D. C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01932-01(40149)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL REYES NARVÁEZ**

**Demandado: MUNICIPIO DE MELGAR**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Asunto:** *Contratos con particulares para adelantar labores de fiscalización y determinación de tributos; recaudo y cobro coactivo. Elementos esenciales del contrato: objeto y contraprestación viciados de nulidad absoluta por objeto ilícito*

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia de 17 de septiembre de 2010, proferida el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

*“Primero.- Declarar la nulidad absoluta del contrato No. 057 de noviembre de 2003, celebrado entre el municipio de Melgar y la Unión Temporal Reyes-Narváez.*

*Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda.*

*Tercero.- Sin costas”.*

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 Síntesis del caso**

El 24 de noviembre de 2006, la Unión Temporal Reyes Narváez presentó demanda en contra del municipio de Melgar, con el objeto de que se declare la existencia del contrato n.º 057 de 2003 y su incumplimiento por el no pago de la prestación convenida. Así mismo, solicitó se le reconozcan los perjuicios causados. Sostiene que el 28 de noviembre de 2003, la Unión Temporal Reyes y Narváez -constituida mediante escritura pública n.º 1347 de junio 16 de 2003- y el municipio de Melgar suscribieron el contrato de prestación de servicios n.º 057, para la asesoría en temas de fiscalización y recaudo de la cartera morosa del ente territorial, por un valor indeterminado y por un plazo de doce (12) meses. Afirma que incurrió en gastos de perfeccionamiento y legalización. Alega que solicitó en reiteradas ocasiones a la entidad la entrega de la información necesaria para cumplir con el objeto contractual; empero la contratante alegó que el contrato “estaba impregnado de vicios sustanciales en su celebración dando cabida a causales de nulidad absoluta”. Pone de presente que el 13 de abril de 2004, el alcalde del municipio de Melgar expidió el decreto n.º 0051, por medio del cual terminó unilateralmente la relación negocial, fundado, en esencia, en la falta de apropiación presupuestal que respaldara el valor total del contrato, en atención a los montos de los impuestos objeto de recaudo y, aunque la decisión fue revocada, la entidad incumplió la obligación de entregar la información requerida para adelantar la labor encomendada.

La demandante sostiene que promovió una acción de cumplimiento, la cual se declaró improcedente, toda vez que *“(..) a juicio de la corporación se debió interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho o bien una acción contractual, de igual forma el Honorable Consejo de Estado se pronunció sobre el tema confirmando que en esta clase de controversias se debe interponer una acción contractual”* (fls. 192-196 cuaderno 1).

**1. PRIMERA INSTANCIA**

**1.1. La demanda**

Con base en los anteriores hechos, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que, se declare que entre el Municipio de Melgar y la Unión Temporal Reyes - Narváez se suscribió el contrato N° 057 de noviembre de 2003.

2.- Que se declare el incumplimiento por parte del ente territorial denominado municipio de Melgar con respecto al contrato de prestación de servicios profesionales N° 057 de noviembre 28 de 2003, por no haber permitido al contratista cumplir el objeto del contrato mediante le realización de las actividades contratadas, a pesar de haber sido debidamente suscrito y formalizado el contrato.

3.- Que en virtud de las declaraciones anteriores se condene a la entidad demandada a pagar a favor de la UNIÓN TEMPORAL que represento, el valor de los perjuicios materiales ocasionados por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales N° 057 de noviembre 28 de 2003, por una suma de DOS MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS ($2.146.124.964.00), más los honorarios adicionales que se determinen en la prueba pericial solicitada.

4.- Que se condene al municipio de Melgar a cancelar a la UNIÓN TEMPORAL REYES Y NARVÁEZ, 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 del 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.

5.- Que se condene al municipio de Melgar, a pagar a la Unión Temporal REYES Y NARVÁEZ, el valor del lucro cesante de la suma actualizada conforme al numeral anterior, para el periodo comprendido entre la fecha de ocurrencia del daño como producto del incumplimiento, y la fecha en que efectivamente se pague los perjuicios. En caso de que el monto del lucro cesante no pudiere ser establecido durante el termino probatorio del proceso, se compensara 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 se hubieran efectuados los esperados reconocimientos y la fecha en que finalmente se haga.

6.- Que se condene al municipio de Melgar a cancelar a mí representado, cualquier otra suma que resulte probada dentro del proceso a favor del contratista.

7.- 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.

8.- Condenar en costas procesales a la parte demandada” (fls. 190-192 cuaderno 1).

En el acápite de estimación de la cuantía, la parte actora cuantificó los perjuicios en la suma de $10 000 000, por concepto de honorarios; $4 200 000, por gastos de oferta, suscripción y legalización del contrato; $2 131 924 964.oo, por concepto de lucro cesante, sobre la base de las carteras morosas de impuesto predial y de industria y comercio, causados durante los años 2003 y 2004 (fls. 202-205 cuaderno 1).

**1.2. La defensa del demandado**

El municipio de Melgar se opuso a las pretensiones y defendió la legalidad de su actuación. Puso de presente que el contrato se celebró contra la expresa prohibición constitucional y legal, en la medida en que se pactaron honorarios sin un tope o límite claro que sobrepasó la disponibilidad presupuestal, violando los principios de legalidad en el gasto y de planeación. De ahí que el contrato no pudiera ejecutarse.

La entidad afirmó que convocó al contratista a la terminación por mutuo acuerdo; empero no obtuvo respuesta, por lo que procedió de forma unilateral.

En el mismo escrito, el ente territorial propuso las excepciones que denominó “inejecutabilidad del contrato”, “nulidad absoluta”, “inexistencia de incumplimiento por parte de la administración”, “caducidad” y “culpa de la víctima” (fls. 247-257 cuaderno 1).

**1.3. Alegatos de conclusión**

**1.3.1.** La parte actora insistió en los argumentos de la demanda. Así mismo, se opuso a la prosperidad de las excepciones. Alegó la oportunidad de la acción y la ausencia del hecho de la víctima. Sostuvo que el valor del contrato era indeterminado y la falta de disponibilidad presupuestal necesaria para cubrir el valor total del contrato era imputable a la entidad contratante. Por último, puso de presente que i) mediante el “decreto 0051 de 2004”, la administración terminó unilateralmente la relación negocial; ii) el contratista interpuso recurso de reposición y iii) la entidad revocó la decisión mediante la resolución n.º 231 de 2004 (fls. 297-303 cuaderno 1).

**1.3.2.** El municipio de Melgar reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda, relativos a la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, en síntesis, por cuanto el ente territorial delegó en un particular la gestión tributaria y no se contó con registro presupuestal. Insistió en las excepciones propuestas y se opuso a la prosperidad de las súplicas. Puso de presente, además, que mediante la resolución n.º 051 de 13 de abril de 2004, la administración terminó unilateralmente el contrato, decisión contra la cual el demandante interpuso recurso de reposición, actos que no fueron controvertidos y gozan de presunción de legalidad (fls. 304-321 cuaderno 1).

**1.4. Sentencia de primera instancia**

Mediante sentencia de 17 de septiembre de 2010, el Tribunal Administrativo del Tolima estableció la oportunidad de la acción y consideró que los argumentos de las demás excepciones propuestas hacían parte del análisis de fondo del presente asunto.

En relación con el fondo del asunto, el *a quo* declaró la nulidad absoluta del contrato n.º 057 de 2003 y negó las pretensiones de la demanda. Consideró que el objeto estaba viciado de objeto ilícito. Esto, en la medida en que comprendió la cesión de funciones propias e indelegables de la administración en favor de particulares, reemplazó la función administrativa de la entidad contratante de recaudo tributario, incluido el cobro coactivo, para que fuera asumida por un particular, sin justificación alguna, dado que es el alcalde a quien corresponde ejercerla en los términos del Estatuto Tributario.

De la decisión se destaca:

*“Tal y como está concebido el objeto contractual, la función no permanecía en el Estado, pues era en cabeza del contratista en que iba a descargarse el cobro coactivo, mientras que la administración se limitaba a cumplir con unas actuaciones secundarias, mínimas y casi pasivas. En efecto, tras la palabra « asesorar» que se utiliza esporádicamente, en el fondo se está dejando en cabeza de particulares toda la actividad. En la clausula tercera, se reitera en el literal e)* « Efectuarlas actuaciones de revisión y cobro de todos los impuestos, regalías, tasas y contribuciones objeto de este contrato » *(se resalta). En las del contratante, (clausula 4a) se obliga al Municipio a suministrar toda la información y recursos requeridos por el contratista. Se pregunta la Sala? Como puede ser posible que el objeto del contrato sea un simple asesoramiento cuando se habla de la totalidad del procedimiento[[1]](#footnote-1), lo que por el contrario, evidentemente implica que la administración no conserva en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2o del artículo 110 de la ley 489 de 1998”.*

En consonancia con lo anterior y en atención al valor del contrato, el *a quo* señaló:

*“Lo anterior, resulta consecuente con lo referente al valor del contrato (cláusula 2a), dado que éste se fijó en* la suma de DOS MILLONES DE PESOS, *afirmación que se contradice con lo dispuesto en la misma cláusula, donde se señaló que se pagarían al contratista honorarios equivalentes al diez por ciento (10% )del valor recaudado. De esta forma, se desvió el verdadero monto del contrato, que evidentemente superaba dicha suma, tal y como se desprende de las mismas pretensiones de la demanda. No existía ninguna razón de fijar "para efectos fiscales" una suma diametralmente opuesta a la que realmente se iba a percibir y que era posible calcularla a través de los estudios previos del contrato, de los cuales debía emerger un estimativo tanto de la existencia de sumas de dinero pendientes de captar con una cuantía aproximada. Tal irregularidad repercutió además, en que el certificado de disponibilidad presupuestal no se hiciese por los valores reales”.*

El Tribunal estableció, además, que *“(..) gracias a ese artificio se violaron los principios de selección objetiva, por cuanto, pese a que el presente no es un contrato de prestación de servicios profesionales, que hubiese podido adjudicarse de forma directa, en esa época, sino al menos en teoría era un contrato de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, que estando en vigencia el decreto 2170 de 2002, debió someterse a concurso, por cuanto hace parte de los contratos de servicios de que trata el art. 32.3 de la Ley 80 de 1993”.*

Por último, el *a quo* estableció que la ausencia del certificado de disponibilidad presupuestal acorde con el monto del contrato no constituye causal de nulidad, por cuanto no es un requisito de existencia o perfeccionamiento, pues *“se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, de carácter previo, inclusive al momento de abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa”*. Por el contrario, señaló que el registro presupuestal constituía un requisito de perfeccionamiento, en los términos del inciso segundo del artículo 49 de la Ley 179 de 1994 y, por ende, su ausencia imposibilita la ejecución contractual.

Por último, en lo atinente a las restituciones mutuas, el *a quo* señaló que *“(..) como el contrato no se ejecutó, tal y como sostiene el mismo demandante, desaparece la relación obligacional entre las partes, sin que haya lugar a realizarse liquidación alguna, ya que no existen prestaciones a favor de la parte demandada a reclamar*” (fls. 323-344 cuaderno principal).

**2. SEGUNDA INSTANCIA**

**2.1 Recurso de apelación**

Inconformes, las partes interponen recurso de apelación.

**2.1.** La parte actora pone de presente su inconformidad respecto a la afirmación del *a quo* relativa a la delegación de la gestión tributaria. Esto, comoquiera que, a su parecer, el objeto tuvo que ver con la elaboración de estudios para identificar a los deudores morosos y los montos de los impuestos adeudados, además de la asesoría en los procesos coactivos que se adelantaran. En este orden, no se configura objeto ilícito. Sobre el particular, sostiene:

*“Vale decir, ni el tesorero ni el Alcalde por sus múltiples funciones y pese a sus múltiples conocimientos, son ajenos a la posibilidad lícita y legal de ser asesorados y de contar con un apoyo que incluso implique la proyección de actuaciones administrativa, que jamás tendrá la connotación de ACTO ADMINISTRATIVO y menos sus efectos vinculantes, hasta que no imprima su rúbrica, la cual compartimos con el Tribunal, es indelegable, excepción hecha de la delegación que puede hacer el Señor ALCALDE con el TESORERO.*

*El objeto del Contrato jamás implicó la cesión de funciones propias e indelegables a favor de particulares. A esta conclusión que hace suya el a quo, se llega luego de una lectura e interpretación distorsionada del objeto social.*

*No es cierto que el COBRO COACTIVO fuera a descargarse en el contratista. Tampoco es cierto que la administración se limitaría a cumplir con unas actuaciones secundarias, mínimas y casi pasivas. ASESORAR Y PROYECTAR, en momento alguno implica tomar decisiones. Era la administración municipal de Melgar la encargada de tomar las decisiones de fondo, pudiendo atender o no las recomendaciones que se dieran por el contratista en virtud de la asesoría. Y era la misma administración la que podría a través de la autoridad competente, decidir si suscribía o no los proyectos de actuaciones administrativas que preparase el contratista. Proyectos estos que no tenía ningún efecto vinculante frente a los contribuyentes, hasta tanto no fueran ACTOS ADMINISTRATIVOS propiamente dichos, para cuyo efecto se insiste se requería indefectiblemente la revisión y viabilización con su rúbrica de dichos proyectos por parte del funcionario competente*.

*No es cierto que el verbo rector del objeto del contrato: "ASESORAR", se utilice esporádicamente. Es la primera y más contundente expresión del Objeto Contractual.*

*De otra parte se expone el literal e) de la Clausula Tercera del susodicho contrato, como otro argumento para sostenerse por parte del a quo, que el contratista era un delegatario de la Gestión Tributaria. Dice el comentado literal:* e) EFECTUAR LAS ACTUACIONES DE REVISIÓN Y COBRO DE TODOS LOS IMPUESTOS, REGALÍAS, TASAS Y CONTRIBUCIONES OBJETO DE ESTE CONTRATO".

*Sin embargo, una lectura contextualizada de dicho literal e incluso sistemática, permite inferir, que el literal está atado indefectiblemente al objeto, lo que desde ningún punto de vista puede ser diferente; y siendo así, las actuaciones que realizaría el contratista, no serían otras que las de* proyectar, *asesorar, etc.*

*Aún más, si se examina el literal a) de esa misma cláusula Tercera, se habla de CAPACITAR; el b) De actuar con diligencia para realizar el objeto del contrato; el d) Presentar Informes; el f) Aceptar Recomendaciones y el h) No recibir pago de los contribuyentes.*

*El Tribunal esgrime, que no es posible ni creíble que se tratará de una Asesoría, "…cuando se habla de la totalidad del procedimiento", A lo que se replica simple y llanamente precisando que la asesoría era integral, y por ende se suministraría en todas y cada una de las etapas, sin excepción alguna. Se habla de la totalidad del procedimiento, por cuanto la asesoría comprendía todos pasos y aspectos del proceso tributario, para la obtención eficaz y oportuna de las sumas adeudadas por los contribuyentes, al tratarse de la proyección de todos los actos significa que la administración conservaba el control y seguimiento al proceso tributario”.*

Ahora, en cuanto al valor del contrato, el recurrente aduce que, si bien se pactó un valor estimativo para efectos fiscales, el mismo era indeterminado –se destaca-:

*“El valor de DOS MILLONES DE PESOS establecido en el Contrato, es en efecto simbólico, pues la cuantía del Contrato era dada la naturaleza del mismo, INDETERMINADA, PERO DETERMINABLE. No podía establecerse en el momento de la suscripción del Contrato 057 de 2003, cuál sería el impacto y el beneficio de la asesoría suministrada y el pago al contratista estaba justamente determinado por la utilidad seria, real y efectiva que significaría esa asesoría a la entidad contratante. Por ser un contrato cuyo resultado es incierto y los honorarios dependen del resultado del mismo, es imposible cuantificar el valor del mismo, al momento de la suscripción, por lo tanto se da un valor simbólico, únicamente para efectos de su legalización(Publicidad, estampillas, etc.). Además no se paga ningún tipo de impuesto al momento de la firma de los contratos, los mismos se cancelan al momento que la entidad territorial hace e! pago de los honorarios”.*

La parte actora insiste en que la naturaleza de las prestaciones a ejecutar corresponde a un contrato de prestación de servicios profesionales. De ahí que pudiera ser adjudicado directamente. Sostiene que *“los contratos de TAREAS especializadas no requieren de convocatoria, sino que se contrata en forma directa, previa presentación de 2 ó más propuestas”*. Por último, pone de presente que, si bien el contrato no se ejecutó, merece la compensación pactada por la expectativa insatisfecha (fls. 351-355 cuaderno principal).

**2.2.** El municipio de Melgar pone de presente su inconformidad respecto de la negativa a condenar en costas. Alega que la demanda fue temeraria, en la medida en que la parte actora pretendió enriquecerse sin justa causa, pues el contratista no puede *“recibir nada por un contrato que no se ejecutó”* (fls. 347-348 cuaderno principal).

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia que declaró la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito y negó las súplicas, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988[[2]](#footnote-2), para que esta Sala conozca de la acción contractual en segunda instancia.

**2. Asunto que la Sala debe resolver**

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia de 17 de septiembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, con miras a establecer si el contrato del *sub lite* está viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito.

Debe, en consecuencia, la Sala analizar los hechos probados y, de esta forma, resolver si hay lugar a conceder las pretensiones.

**2.1. Resolución de excepciones. Caducidad de la acción respecto de las pretensiones de la parte actora. Facultad del juez para declarar de manera oficiosa la nulidad absoluta de los contratos. Dicha facultad no está sometida al régimen de caducidad**

En relación con las excepciones que el demandado denominó “inejecutabilidad del contrato”, “nulidad absoluta”, “inexistencia de incumplimiento del contrato por parte de la administración” y “culpa de la víctima”, la Sala encuentra que los argumentos esgrimidos hacen parte del análisis del fondo del asunto, salvo lo atinente a la *“caducidad de la acción”*, la cual fue resuelta por el *a quo* y no fue objeto de impugnación.

No obstante, la Sala debe precisar que, si bien el contrato se celebró el 28 de noviembre de 2003, el plazo de ejecución se pactó en 12 meses –cláusula sexta-, y el acta de inicio se suscribió el 4 de diciembre siguiente, esto es que su vencimiento se configuraba el mismo mes de 2004 y sumados los cuatro meses para liquidar por mutuo acuerdo y dos más para hacerlo de forma unilateral, a partir del mes de junio de 2005 empezaba a contabilizarse el término de caducidad de los dos años. De ahí que las pretensiones elevadas por el actor, contenidas en la demanda presentada el 24 de noviembre de 2006, fueran en tiempo.

Ahora, cabe anotar que no se predica caducidad respecto a la facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, cuando aparece acreditada en el proceso.

Al respecto, en sentencia de 16 de septiembre de 2013[[3]](#footnote-3), la Subsección A sostuvo:

*“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 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 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, se debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria, a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios[[4]](#footnote-4), 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[[5]](#footnote-5)”.*

En sentencia de 29 de septiembre de 2015[[6]](#footnote-6), posición que ahora se reitera, se sostuvo que, si bien no se ejerció la acción contractual dentro de los dos años siguientes al perfeccionamiento del contrato, ello no impide ni coarta la facultad oficiosa del juez para hacerlo. Esto, si se considera que el juez administrativo podrá declarar oficiosamente la nulidad absoluta, siempre que se encuentre plenamente demostrada en el proceso, con audiencia de las partes o sus causahabientes, como lo prevé el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, mediante el cual se modificó el artículo 87 del C.C.A.[[7]](#footnote-7), sin sujeción a término, este previsto para que las partes instauren las acciones en tiempo. Esto es así en cuanto se trata del ejercicio de una potestad a la que no le resultan aplicables las restricciones propias del derecho de acción, como así lo entendió la Sala en sentencia de 16 de febrero de 2006[[8]](#footnote-8). Sobre el particular, la Subsección B ha sostenido:

*“Sobre este punto se ha pronunciado la Sala Plena[[9]](#footnote-9), manifestando que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato, depende del cumplimiento de dos condiciones: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, y que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes, caso en el cual, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate; y ha dicho además la Sala sobre tal facultad oficiosa del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato, que la misma no está sometida al término de caducidad de la acción, “...porque el ejercicio de una potestad difiere sustancialmente del ejercicio del derecho de acción, por virtud del cual se acude a la jurisdicción para pedir la declaración judicial...”.*

*, no obstante lo cual, sí se impone la limitación contenida en el artículo 1742 del C.C., “...que prevé el saneamiento de la nulidad por prescripción extraordinaria de 20 años[[10]](#footnote-10), aun cuando la misma se haya generado por objeto o causa ilícitos...” [[11]](#footnote-11).*

La Subsección A, en sentencia de 9 de marzo de 2016[[12]](#footnote-12), reiteró su posición inicial en los siguientes términos:

*“(..) 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”.*

De ahí que la configuración de la caducidad de la acción, cuando se encuentra acreditada la nulidad absoluta del contrato, no impide el ejercicio pleno y oficioso de la función jurisdiccional.

**2.1. Hechos probados**

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por la parte actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada*,* las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

**1.** En el mes de noviembre de 2003, el alcalde del municipio de Melgar, en cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, realizó el estudio de conveniencia y oportunidad para adelantar la contratación directa de servicios profesionales, *“en el proceso de fiscalización respecto de las obligaciones relativas a todos los impuestos a favor del municipio, incluidos los impuestos sobre vehículos automotores”*, previo el análisis de precios y condiciones de mercado. Lo anterior, poniendo de presente la inexistencia de personal de planta calificado en temas tributarios (fls. 10-12 cuaderno 1).

Para tales efectos, el burgomaestre solicitó el certificado de disponibilidad presupuestal necesario para soportar la contratación, por la suma de $2 000 000.oo, el cual fue expedido el 14 del mismo mes y año en mención (fls. 13-14 cuaderno 1).

**2.** El 28 de noviembre siguiente, la Unión Temporal Reyes Narváez y el municipio de Melgar suscribieron el contrato de prestación de servicios n.º 057, con el siguiente objeto:

*“Cláusula Primera. Objeto. El contratista se compromete para con el contratante a asesorarlo en la realización de un estudio con el fin de determinar qué entidades oficiales y particulares no han cancelado los impuestos, tasas y contribuciones administrados por el municipio de Melgar y cuáles lo han declarado, liquidado y pagado en forma inexacta, así como la* ***recuperación de la cartera****; como consecuencia de este estudio* ***los contratistas determinarán los impuestos y realizarán la fiscalización y cobro****, según el caso, proyectando los emplazamientos, los requerimientos y las liquidaciones correspondientes;* ***así como todos los actos administrativos para llevar a cabo esta tarea, incluyendo los que deciden los recursos para agotar la vía gubernativa, hasta obtener el recaudo efectivo****, en el evento que el pago de los impuestos no se obtenga en el seguimiento de la vía gubernativa, el contratista se obliga a asesorar a la Secretaría de Hacienda del municipio en la totalidad del* ***procedimiento administrativo coactivo******hasta obtener el recaudo efectivo****, obligándose también el contratista a representar judicialmente al contratante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo a la propuesta la cual hace parte integral del presente”.*

En la cláusula segunda, los contratantes pactaron el valor y forma de pago:

*“Segunda.-* ***Se reconocerán al contratista unas sumas de dinero equivalente al 10% de los mayores valores determinados y cancelados directamente o a través de acuerdos de pago a favor del municipio*** *y/o compensaciones, como efecto de la gestión de revisión realizada, monto que se determinará con corte mensual como la diferencia entre la base gravable declarada inicialmente y la corrección presentada, incluyendo las sanciones e intereses a que haya lugar o el valor de los impuestos, sanciones e intereses de la declaración que presente el contribuyente como consecuencia de un proceso de omisión del deber de declarar.* ***El valor así liquidado se cancelará a los 15 días hábiles al recaudo efectivo*** *o protocolización del cruce de cuentas. En los casos en que el contribuyente no cumpla voluntariamente con los requerimientos propuestos por los contratistas a través de los actos administrativos (sic) y sea necesario continuar con el proceso de determinación y cobro en vía gubernativa y/o contenciosa administrativa,* ***el municipio de Melgar pagará al contratista el 25% de los mayores valores por concepto de impuestos****, sanciones e intereses reconocidos al municipio, una vez se produzca el pago a favor del mismo y/o cruce de cuentas. Para efectuar la cancelación de los honorarios, el municipio igualmente dispone de 15 días contados a partir del recaudo efectivo o protocolización de la compensación. Parágrafo I.* ***Para efectos fiscales el valor de este contrato se calcula en la suma de $2.000.000.oo****”.*

En las cláusulas tercera y cuarta, las partes acordaron las obligaciones como sigue:

*“Tercera. Obligaciones del contratista. El contratista se obliga a cumplir el contrato en los términos que en este documento se consigna, comprometiéndose específicamente a a) capacitar a los funcionarios designados por el municipio del proyecto. b) actuar con diligencia para realizar el objeto del contrato, proyectando todos los actos que deban dictarse. c) todos los gastos que se ocasionen en razón del perfeccionamiento del presente contrato será sufragados por el contratista. d) presentar los informes que se soliciten sobre el estado de las liquidaciones proyectadas. e) efectuar las actuaciones de revisión y cobro de todos los impuestos, regalías, tasas y contribuciones, objeto de este contrato. f) aceptar las recomendaciones por parte del contratante para obtener el efectivo recaudo de los impuestos. g) representar judicialmente al contratante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo si por cualquier razón se llegare a esa instancia en cumplimiento del objeto de este contrato. h) no recibir pagos de los contribuyentes.*

*Cuarta. Obligaciones del contratante. Le corresponde al municipio a)* ***firmar las actuaciones proyectadas por el contratista en desarrollo del objeto de este contrato****, siempre y cuando tengan el aval del interventor del presente contrato. b) suministrar oportunamente toda la información y colaboración que requieran los contratistas para el cumplimiento del objeto. c) el municipio prestará todos los recursos necesarios al contratista para la correcta ejecución del contrato. d)* ***cancelar el valor del contrato en la forma y términos establecidos y cuando se realice efectivamente el recaudo de los impuestos en la Tesorería Municipal****”.*

El plazo se estipuló en doce (12) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio –cláusula sexta-.

Así mismo, los contratantes pactaron las cláusulas de caducidad, terminación, modificación e interpretación unilateral –cláusulas novena y décima- (negrillas fuera de texto, fls. 15-18 cuaderno 1).

El mismo día se expidió el registro presupuestal n.º 2493, por valor de $2 000 000.oo y la garantía de cumplimiento. El 3 de diciembre siguiente, la entidad aprobó la garantía. Al día siguiente, el contratista allegó el pago de la publicación del contrato (fls. 19-22 cuaderno 1)

**2.** El 4 de diciembre de 2003, las partes suscribieron el acta de inicio (fls. 23-25 cuaderno 1).

**3.** El 11 de febrero de 2004, el representante de la Unión Temporal Reyes Narváez solicitó al supervisor del contrato la información requerida para iniciar las labores contratadas (fls. 26-28 cuaderno 1).

En respuesta, la Secretaría de Hacienda, mediante oficio n.º 042, dio cuenta al contratista que el contrato no podía ejecutarse por falta de disponibilidad presupuestal. Informó que, si bien fueron expedidos el certificado y el registro presupuestal, solo cubrieron la suma de $2 000 000.oo y no la totalidad del valor del contrato, el cual fue estimado en la cantidad de $100 000 000.oo. Puso de presente la existencia de una causal de nulidad que viciaba el contrato y que, por tanto, lo hacía inejecutable –se destaca-:

*“En atención al derecho de petición de la referencia por Usted interpuesto me permito informarle muy comedidamente que el contrato no puede ejecutarse por presentar vicios sustanciales en su celebración y en el contenido de las obligaciones pactadas que enmarcan dentro de una de las causales de nulidad absoluta consagradas en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, consistente en que el contrato haya sido celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, como se detalla a continuación.*

*(..)*

*Como se establece en la cláusula segunda pactada en el contrato, el valor del mismo lo constituye el equivalente al 10% o 25% según el caso de los mayores valores que se logren recaudar con ocasión de la gestión del contratista.*

*Visto lo anterior y de conformidad con los múltiples pronunciamientos que sobre la materia ha efectuado el Ministerio de Hacienda, tratándose de casos como el que nos ocupa, es obligación de la entidad contratante hacer un cálculo aproximado de los valores a recaudar y sobre esta cifra aplicar los porcentajes a pagar que para este caso son el 10% y 25%, el resultado de la operación es la que debe corresponder al certificado de disponibilidad presupuestal que ampare el contrato y el registro presupuestal.*

*Para este efecto, la Alcaldía calculó de manera mínima la cuantía materia de recaudación de su contrato, que nos arrojó la suma de $100 000 000.oo, en cada caso, que aplicándose los porcentajes por una $10 000 000.oo y por la otra $25 000 000.oo, lo que significa que como mínimo la disponibilidad presupuestal se debió expedir amparando siquiera la suma de $35 000 000.oo y lamentablemente el contrato solo se encuentra amparado con una disponibilidad de $2 000 000.oo, lo cual no cubre siquiera el 10% de la disponibilidad requerida para que el contrato en cuestión haya podido celebrarse y ejecutarse en forma legal.*

*Lo anterior constituye suficiente ilustración para evidenciar que el contrato se encuentra incurso en causal de nulidad absoluta contenida en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, lo que torna en imposible su ejecución desde el punto jurídico (sic)”.*

En ese orden, el supervisor del contrato solicitó al contratista acercarse a las instalaciones de la alcaldía para dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo, de lo contrario se procedería de forma unilateral (fls. 29-31 cuaderno 1).

**5.** El 22 del mismo mes y año, la contratista solicitó al supervisor la información de cartera de los impuestos administrados por el municipio de Melgar (fl. 35 cuaderno 1).

**6.** El 13 de abril de 2004, mediante decreto n.º 0051, el alcalde del municipio de Melgar terminó unilateralmente el contrato de prestación de servicios n.º 057 de 2003. Adujo razones de legalidad del gasto y la nulidad absoluta de lo convenido, en la medida en que el valor pactado no contaba con la disponibilidad presupuestal suficiente para respaldar las labores contratadas. Como consecuencia, ordenó liquidar la relación negocial (fls. 46-52 cuaderno 1).

El 16 del mismo mes y año, la Secretaría de Hacienda Municipal, en su condición de supervisor, informó al contratista el contenido de la decisión y el 4 de mayo remitió copia del edicto (fls. 53-57 cuaderno 1).

**7.** El 10 de mayo de 2004, el representante de la contratista interpuso recurso de reposición y mediante la resolución n.º 0231 de 28 de julio siguiente, la entidad revocó la decisión, con el objeto de escuchar los argumentos del recurrente y, de esta forma, garantizar su debido proceso y derecho de defensa (fls. 59-75 cuaderno 1).

**8.** El 26 de abril de 2005, elTribunal Administrativo del Tolima resolvió la acción de cumplimiento interpuesta por la Unión Temporal Reyes Narváez en contra del municipio de Melgar, cuyo objeto era que se diera cumplimiento a la resolución n.º 0231 de 28 de julio de 2004, que revocó el decreto n.º 0051 y como consecuencia se ordenara el inicio del contrato y la ejecución de las labores.

El Tribunal declaró improcedente la acción, en la medida en que la terminación unilateral del contrato, adoptada mediante acto administrativo, era pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La decisión fue confirmada parcialmente por esta Corporación el 22 de septiembre de 2006, en el sentido de establecer que la acción procedente era la relativa a las controversias contractuales, en la medida en que la controversia está ligada a la ejecución del contrato, no solo respecto de la legalidad del acto administrativo de terminación (fls. 166-185 cuaderno 1).

**9.** En la actuación también reposa el dictamen pericial practicado a instancias de la parte actora. El experto cuantificó los perjuicios materiales, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, con fundamento en información contable sobre los recaudos del impuesto predial e industria y comercio. Así mismo, tuvo en cuenta la cartera morosa, el porcentaje de evasión y los valores a recuperar. También dio cuenta de los costos en los que incurrió el contratista con ocasión de la suscripción del contrato, por concepto de la prima de la garantía de cumplimiento, publicación y correspondencia. Todo para un total de $1 458 021 909,66.

La parte actora solicitó aclaración del dictamen, en lo atinente al *“porcentaje real sobre los valores a recuperar equivalentes a los costos y gastos en que incurriría el contratista para realizar las labores contratadas”*.

El perito designado aclaró los valores y los perjuicios ascendieron a la suma de $1 645 093 683.

El municipio, por su parte, solicitó aclaración y, al tiempo, objetó por error grave la experticia, por falta de fundamentación y soporte (cuadernos 2 y 3).

En relación con la pericia, la Sala encuentra que la misma carece de fundamentación y los soportes necesarios para brindar certeza sobre la causación de los perjuicios reclamados. Además, se observa que el perito designado se limitó a tomar como referencia lo estimado por la parte actora.

Realizada la valoración del dictamen, la Sala encuentra que las conclusiones de los peritos no se apoyan en soportes suficientes para infundir certeza sobre la realidad de lo acontecido, frente a las reclamaciones de la parte actora. Además, la experticia no contó con documentación distinta a la suministrada por quien solicitó la práctica de la prueba, careciendo con ello de la objetividad necesaria para brindar certeza.

Sobre el particular se debe tener en cuenta que el juez, a la luz de la sana crítica y las reglas de la experiencia, debe valorar el dictamen pericial con el fin de acogerlo total o parcialmente o desechar sus resultados, siempre que no sea claro, preciso y detallado[[13]](#footnote-13) y no reúna las condiciones para adquirir eficacia probatoria, como son la conducencia en relación con el hecho por probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito, en síntesis, que otras pruebas no lo desvirtúen[[14]](#footnote-14).

En los términos del artículo 264 del C.P.C., la prueba pericial procede en aquellos casos en que se necesiten especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos para verificar ciertos hechos que interesan al proceso.

No basta con responder a los interrogantes planteados por las partes o el juez, sino hacerlo con suficiencia, infundiendo certeza sobre los hechos objeto de la experticia, para lo cual deben soportar sus conclusiones en pruebas que demuestren sus afirmaciones.

En el presente asunto, la Sala advierte que los peritos fundaron su experticia en lo estimado por la actora, con base en la documentación suministrada por ella misma.

Si bien los peritos se concretaron en el objeto de la prueba, las conclusiones de los gastos no están basadas en el conocimiento cierto de los mismos, en cuanto se echa de menos soportes documentales, a la luz del artículo 241 del C.P.C.

En cuanto a la objeción por error grave, cabe anotar que, de conformidad con el numeral 5 del artículo 238 del C. de P.C., cualquiera de las partes puede manifestar su desacuerdo con el trabajo del experto y señalar los motivos por los cuales incurrieron en error grave, según los dictados del numeral 4 del mismo artículo, es decir, con entidad suficiente para llegar a conclusiones igualmente equivocadas[[15]](#footnote-15). Así lo han sostenido tanto la doctrina[[16]](#footnote-16) como la jurisprudencia.

Se define el error grave como *“una falla de entidad en el trabajo de los expertos”*[[17]](#footnote-17), de ahí que no cualquier equivocación admita tal connotación.

Ahora, la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, a su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción.[[18]](#footnote-18)

Respecto del significado del error grave, la Corte Constitucional ha sostenido:

*“Como es sabido, el error se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer si el dictamen tiene o no valor de convicción”*[[19]](#footnote-19)*.*

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“[S]*i se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo* ***tiene bases equivocadas*** *de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos…pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje…****es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven****..., de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada (…)”* (negrillas fuera del texto) [[20]](#footnote-20).

Para esta Corporación, igualmente, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación y no a la conclusión de los peritos:

“En punto a lo que debe entenderse como error grave, no hay discusión en la jurisprudencia que éste es el que se opone a la verdad, por la falta de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito, pero constituirá error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos pero no de éste. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos”[[21]](#footnote-21).

La Sección Primera también se ha pronunciado sobre el alcance de la objeción, en los siguientes términos:

*“En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de* ***una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas****. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando* ***se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito****. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.*

*En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos”* (negrillas fuera del texto)[[22]](#footnote-22).

En este orden de ideas, para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen se elabore sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones también erradas, que recaigan, necesariamente en el objeto de la prueba. Los errores bien pueden consistir en que se haya tomado como punto de referencia y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer la experticia o que se hayan modificado las características esenciales del objeto examinado por otras que no tiene, de una forma tal, que de no haberse presentado, los resultados hubieren sido distintos. Como lo ha expresado la jurisprudencia, el dictamen controvierte “la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones”[[23]](#footnote-23).

Ahora, la Sala encuentra que en el *sub lite* los argumentos que integran la objeción de la demandada no constituyen por sí mismos un error grave, aunque el dictamen no cumple con lo dispuesto por el artículo 237 numeral 6[[24]](#footnote-24), esto es adolece de falta de claridad y no cuenta con los soportes para brindar certeza sobre lo concluido respecto de los perjuicios materiales reclamados por la demandante, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante.

De ahí que, aunque la objeción no está llamada a prosperar, la Sala se aparta de las conclusiones de los peritos, por las razones expuestas.

**2.2. Análisis del caso**

**2.2.1. Existencia del contrato**

En los términos del artículo 1495 del Código Civil, el contrato o convención es un acto en el que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 864 del Código de Comercio, el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Esto es, amen de la pluralidad de partes, la voluntad negocial habrá de concurrir al interés que autónomamente se convino en regular.

Para que resulte obligatorio lo pactado es necesario que quienes concurran sean legalmente capaces y expresen su consentimiento con libertad, libre de apremios, errores o engaños, sobre un objeto y causa lícitas, como lo dispone el artículo 1502 del Código Civil.

El contrato es ley para las partes, generador de obligaciones, que no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales y ejecutarse de buena fe, según lo pactado, la naturaleza de la obligación o lo que por ley le pertenezca (arts. 1602 y 1603 C.C.).

De ahí que, para que un contrato produzca los efectos perseguidos por las partes con su celebración, tiene que cumplir con los elementos, requisitos y las formalidades constitutivas que prevén las normas jurídicas en orden a su formación o nacimiento, así como aquellos necesarios para su regularidad, de suerte que de verificarse la totalidad de los mismos, se reputa su existencia y validez, que le permite satisfacer la función social que está llamado a cumplir.

La inexistencia es diferente de la invalidez o nulidad del negocio jurídico. La nulidad o invalidez se predican de un negocio que reunió los elementos establecidos en la ley para su existencia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica y condigna sanción, cual es, su destrucción. El negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno, ya fuere porque no reúne los elementos esenciales o las formalidades *ad substantiam actus*, en tanto inválido al margen de que cumplió con lo señalado, razones jurídicas de gran peso que no le reconocen efectos; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos[[25]](#footnote-25).

De conformidad con la teoría general, los contratos se pueden clasificar, en relación con las exigencias legales para su eficacia, existencia y validez, en reales, solemnes y consensuales, según la definición que incorpora el artículo 1500 del Código Civil[[26]](#footnote-26); dentro de estas categorías, la predominante y general es la de los consensuales, es decir, ante la falta de una norma que califique cierto contrato como real o solemne se considerará consensual y, por ende, bastará con el consentimiento de las partes, respecto de sus elementos esenciales para que se perfeccione.

Observa la Sala que cuando se incoa, como en el *sub lite***,** la acción relativa a controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, a través de su ejercicio se busca el reconocimiento de pretensiones derivadas de un contrato estatal:

*“Art. 87.- De las controversias contractuales****.*** *Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas (…)”.*

Si bien el artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, contempla que *“Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad…”*, lo cierto es que tal declaración no es procedente en todos los casos.

Por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito. Tal es la forma para existir desde la perspectiva estrictamente formal *(requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus);* siendo así, no tendría sentido, en principio, solicitar la declaración de existencia de un contrato que no se sujetó a las formalidades requeridas para el efecto, a través de la acción contractual[[27]](#footnote-27).

En el presente asunto, la Sala considera improcedente la pretensión relativa a la declaración de existencia del contrato, en la medida en que en la actuación reposa copia del texto escrito del contrato de prestación de servicios n.º 057 de 28 de noviembre de 2003, suscrito por la Unión Temporal Reyes Narváez y el municipio de Melgar.

Ahora, cosa distinta es lo atinente a los requisitos de perfeccionamiento y ejecución contractual, como pasa a explicarse.

**2.2.2. Perfeccionamiento del contrato. Registro presupuestal como requisito de ejecución**

En cuanto al perfeccionamiento del contrato, se conoce que la Sala, en sentencia de 5 de octubre de 2005[[28]](#footnote-28), resolvió amparar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, con ocasión de la acción popular instaurada por la Procuraduría General de la Nación por la suscripción de un contrato y, en ese orden, dispuso la suspensión del acta de liquidación bilateral, en cuanto, por un lado, consideró que no podía legalizarse prestaciones con el ulterior perfeccionamiento del contrato y pretender subsanar lo que comúnmente se denomina *“hechos cumplidos”* y, por otro, que el contrato, así se hubiera suscrito, solo vino a perfeccionarse con el registro presupuestal, con sujeción a las normas orgánicas de presupuesto. Se dijo en esa oportunidad:

*“Por lo demás, en concordancia con lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto, el artículo 20 del Decreto Reglamentario 568 de 1996 dice que el registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. A su vez, la Resolución No. 036 de 1998, por la cual se determinan algunas normas y procedimientos sobre registros presupuestales, suministro de información y su sistematización del Presupuesto General de la Nación, reitera la obligatoriedad del registro presupuestal al prever:*

*“Obligatoriedad. De conformidad con el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás normas reglamentarias no se podrán atender compromisos con cargo al presupuesto que no cuenten previamente con el registro presupuestal correspondiente en el que se indique claramente el valor y plazo de las prestaciones a que haya lugar”*

*Conviene señalar que este ha sido también, de tiempo atrás, el criterio expuesto por la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que por vía de doctrina (art. 26 del Código Civil) ha reiterado en varios conceptos (art. 25 C.C.A.):*

*“Teniendo en cuenta que la principal y originaria fuente de perfeccionamiento de las relaciones contractuales, privadas o públicas, es el acuerdo de voluntades, frente a estas últimas deberá primero firmarse el documento escrito por las partes, en señal de prueba y manifestación que la confluencia de voluntades ha coincidido sobre elementos fundamentales, entre otros: su objeto, las contraprestaciones y demás estipulaciones contractuales.*

*Una vez logrado éste, debe procederse a efectuar el registro presupuestal, el cual, por demás, no depende de la voluntad de las partes, sino que se materializa en un pronunciamiento unilateral de la entidad contratante, de tal manera que el contrato queda perfeccionado, y nace a la vida jurídica.”[[29]](#footnote-29)*

*Igualmente, es preciso subrayar que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 distingue entre perfeccionamiento y ejecución, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable.*

*Por ministerio de la ley, entonces, en el derecho colombiano el contrato estatal es solemne o formal (art. 1500 del Código Civil[[30]](#footnote-30)) y no consensual. Su perfeccionamiento sólo tiene lugar mediante el lleno de la forma escrita prevista por la ley 80 y el registro presupuestal ordenado por las normas orgánicas de presupuesto; la manifestación de la voluntad se sujeta a un modelo preestablecido por el legislador, el cual constituye la fisonomía del negocio jurídico. O lo que es igual, sin el lleno de estos requisitos los contratos estatales no quedan perfeccionados y por tanto no pueden ser ejecutados. No basta, entonces, el simple acuerdo de voluntades sino que es preciso que la expresión del consentimiento se haga a través de ese canal previsto por la ley: debe constar por escrito y debe contar con el respectivo registro presupuestal y la inobservancia de esas solemnidades especiales “impide el nacimiento de cualquier efecto contractual[[31]](#footnote-31)”, y por lo mismo carece de relevancia jurídica al quedar por fuera del derecho.[[32]](#footnote-32)*

*La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico que no se avenga a este cauce legal, al exigir que las partes han de elevarlo a escrito y contar con el registro presupuestal. En otras palabras, el contrato únicamente existe, una vez se satisface el requerimiento de la forma documental y su registro presupuestal, que de no cumplirse priva de efectos jurídicos al acuerdo de voluntades y, por lo mismo, no puede entrar a ejecutarse. En suma, la contratación estatal verbal está, pues, excluida, prohibida o proscrita en nuestro ordenamiento jurídico”.*

Aunque, de conformidad con lo previsto en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, no puede pasarse por alto que esta Corporación, en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000[[33]](#footnote-33), afirmó que el registro presupuestal comportaba un requisito de *“perfeccionamiento*” del contrato estatal, de conformidad con la reforma introducida a la Ley 80 por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto ley 111 de 1996, el cual dispone:

*“Artículo 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.*

*Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.*

*En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.*

*En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.*

*(…)*

*Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38/89, artículo 86, Ley 179/94, artículo 49)”.*

Expedida esta norma, surgió la tesis conforme a la cual el registro presupuestal es un requisito legal para el perfeccionamiento del contrato estatal, cuya expedición u obtención condiciona que el vínculo surja a la vida jurídica. Esto es, entre tanto pende el registro, el contrato amén de que no puede ejecutarse, no genera obligación alguna.

Orientación recogida por la Sala en sentencia del 28 de septiembre de 2006[[34]](#footnote-34), para aplicar el artículo 41 del estatuto contractual en toda su extensión, así:

*“Cabe igualmente advertir que la ausencia de registro presupuestal no produce la inexistencia del contrato estatal, determina su inejecución, la que aunada a los perjuicios que cause al contratista, configura la responsabilidad contractual del ente público infractor.*

*En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el Decreto ley 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así:*

*“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”*

*De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato).*

*Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla “puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes”[[35]](#footnote-35)*

*De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la Ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.*

*El Consejo de Estado en varias providencias,[[36]](#footnote-36) al evaluar los cambios introducidos por la Ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal.*

*Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000[[37]](#footnote-37), en el que se afirmó que el registro presupuestal es un requisito de “perfeccionamiento” del contrato estatal, de conformidad con la reforma introducida a la Ley 80 por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto ley 111 de 1996, que prevé en lo pertinente:*

*“Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.*

*Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.*

*En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.*

*(…)*

*Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones.”*

*En la providencia del 27 de enero de 2000 la Sala afirmó:*

*“Si bien, la norma antes transcrita hace alusión al perfeccionamiento de ‘actos administrativos’, la misma ha de entendérsela hecha en sentido genérico y no reducida a los actos administrativos unilaterales; por lo tanto, en ella deben incluirse tanto los unilaterales como los bilaterales, ya que dicha disposición no hace distinción alguna, interpretación que ve coadyuvada por lo dispuesto en el artículo 2º del decreto ley 111 de 1996 de la misma ley 179 de 1994, que establece:*

*‘Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución,* ***serán las únicas que podrán regular*** *la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y* ***ejecución del presupuesto****, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social.* ***En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto”*** *(resalta la Sala).*

*En consecuencia, a términos de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones.”*

*En esta oportunidad la Sala reitera la posición asumida antes del precitado auto y advierte que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su “perfeccionamiento”, es un requisito necesario para su ejecución.*

*A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el Estatuto Orgánico de Presupuesto no modificó la Ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal (…)”.*

La tesis expuesta en la sentencia del 28 de septiembre de 2006, antes transcrita, fue reiterada en la sentencia del 7 de junio de 2007[[38]](#footnote-38) y explica la posición actual de la Corporación. Es dable concluir que en la actualidad el registro presupuestal no comporta un requisito para la existencia y perfeccionamiento del contrato, sino para su ejecución. Con todo, ello significa que la iniciación del contrato no podrá anteceder al registro presupuestal, en cuanto sin este nada se puede ejecutar.

En el presente asunto, la Sala observa que, si bien el contrato contaba con disponibilidad y registro presupuestal, las respectivas apropiaciones cubrían la suma de $2 000 000.oo y no la totalidad del valor del contrato, en atención a las labores contratadas, las cuantías de los impuestos objeto de recaudo y la forma de pago acordada. De ello da cuenta el oficio n.º 042 expedido por la Secretaría de Hacienda, en el que expresamente se señaló:

*“Como se establece en la cláusula segunda pactada en el contrato, el valor del mismo lo constituye el equivalente al 10% o 25% según el caso de los mayores valores que se logren recaudar con ocasión de la gestión del contratista.*

*Visto lo anterior y de conformidad con los múltiples pronunciamientos que sobre la materia ha efectuado el Ministerio de Hacienda, tratándose de casos como el que nos ocupa, es obligación de la entidad contratante hacer un cálculo aproximado de los valores a recaudar y sobre esta cifra aplicar los porcentajes a pagar que para este caso son el 10% y 25%, el resultado de la operación es la que debe corresponder al certificado de disponibilidad presupuestal que ampare el contrato y el registro presupuestal.*

*Para este efecto, la Alcaldía calculó de manera mínima la cuantía materia de recaudación de su contrato, que nos arrojó la suma de $100 000 000.oo, en cada caso, que aplicándose los porcentajes por una $10 000 000.oo y por la otra $25 000 000.oo, lo que significa que como mínimo la disponibilidad presupuestal se debió expedir amparando siquiera la suma de $35 000 000.oo y lamentablemente el contrato solo se encuentra amparado con una disponibilidad de $2 000 000.oo, lo cual no cubre siquiera el 10% de la disponibilidad requerida para que el contrato en cuestión haya podido celebrarse y ejecutarse en forma legal”* (fls. 29-31 cuaderno 1).

De ahí que, como el contrato del *sub lite* no contaba con el registro presupuestal, en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, no podía ejecutarse. Inejecución de la que las partes también dan cuenta.

**2.2.3. Nulidad del contrato por objeto ilícito**

En ejercicio de la acción contractual, el 24 de noviembre de 2006, la Unión Temporal Reyes Narváez presentó demanda al municipio de Melgar, con el objeto de que se declare la existencia del contrato n.º 057 de 2003 y su incumplimiento. Como consecuencia, se le reconozcan los perjuicios causados.

Los hechos, en resumen, dan cuenta de la celebración de un contrato de asesoría y gestión en materia de fiscalización, recaudo y cobro coactivo, en versión del actor, sin ejecutar por falta de disponibilidad presupuestal que cubriera el valor total del contrato, tanto así que se reclama el pago de lo que esperaba recibir, esto es el porcentaje acordado sobre los valores adeudados por los contribuyentes al municipio de Melgar, por concepto de impuesto predial, industria y comercio.

De conformidad con el material probatorio que reposa en la actuación y la normatividad aplicable, la Sala encuentra que el contrato en estudio está viciado de nulidad por objeto ilícito. Primero, por cuanto el objeto contractual otorga al contratista facultades de fiscalización indelegables y que son propias del ente territorial. Y, segundo, si se considera que la forma de pago, esto es los honorarios a favor del contratista, se hicieron recaer sobre lo recaudado por concepto de impuestos. De manera que, en los términos de los artículos 1519 del Código Civil, a cuyo tenor *“[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”* y 899 del Código de Comercio, que preceptúa que *“[s]erá nulo absolutamente el negocio jurídico (..) [c]uando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa y 2) [c]uando tenga causa u objeto ilícitos (..)”*, el contrato debe anularse. De suerte que en este caso así se procederá.

En cuanto al objeto contractual, en el *sub lite* está demostrado que el 28 de noviembre de 2003, la Unión Temporal Reyes Narváez y el municipio de Melgar suscribieron el contrato de prestación de servicios n.º 057. Sobre el objeto se dijo:

*“Cláusula Primera. Objeto. El contratista se compromete para con el contratante a asesorarlo en la realización de un estudio con el fin de determinar qué entidades oficiales y particulares no han cancelado los impuestos, tasas y contribuciones administrados por el municipio de Melgar y cuáles lo han declarado, liquidado y pagado en forma inexacta, así como la* ***recuperación de la cartera****; como consecuencia de este estudio* ***los contratistas determinarán los impuestos y realizarán la fiscalización y cobro****, según el caso, proyectando los emplazamientos, los requerimientos y las liquidaciones correspondientes;* ***así como todos los actos administrativos para llevar a cabo esta tarea, incluyendo los que deciden los recursos para agotar la vía gubernativa, hasta obtener el recaudo efectivo****, en el evento que el pago de los impuestos no se obtenga en el seguimiento de la vía gubernativa, el contratista se obliga a asesorar a la Secretaría de Hacienda del municipio en la totalidad del* ***procedimiento administrativo coactivo******hasta obtener el recaudo efectivo****, obligándose también el contratista a representar judicialmente al contratante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo a la propuesta la cual hace parte integral del presente”.*

Y, en las cláusulas tercera y cuarta, las partes acordaron las obligaciones:

*“Tercera. Obligaciones del contratista. El contratista se obliga a cumplir el contrato en los términos que en este documento se consigna, comprometiéndose específicamente a a) capacitar a los funcionarios designados por el municipio del proyecto. b) actuar con diligencia para realizar el objeto del contrato, proyectando todos los actos que deban dictarse. c) todos los gastos que se ocasionen en razón del perfeccionamiento del presente contrato será sufragados por el contratista. d) presentar los informes que se soliciten sobre el estado de las liquidaciones proyectadas. e) efectuar las actuaciones de revisión y cobro de todos los impuestos, regalías, tasas y contribuciones, objeto de este contrato. f) aceptar las recomendaciones por parte del contratante para obtener el efectivo recaudo de los impuestos. g) representar judicialmente al contratante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo su por cualquier razón se llegare a esa instancia en cumplimiento del objeto de este contrato. h) no recibir pagos de los contribuyentes.*

*Cuarta. Obligaciones del contratante. Le corresponde al municipio a)* ***firmar las actuaciones proyectadas por el contratista en desarrollo del objeto de este contrato****, siempre y cuando tengan el aval del interventor del presente contrato. b) suministrar oportunamente toda la información y colaboración que requieran los contratistas para el cumplimiento del objeto. c) el municipio prestará todos los recursos necesarios al contratista para la correcta ejecución del contrato. d)* ***cancelar el valor del contrato en la forma y términos establecidos y cuando se realice efectivamente el recaudo de los impuestos en la Tesorería Municipal****”* (negrillas fuera de texto).

La Corte ha sostenido que, si bien la delegación a los particulares para la prestación de servicios o el cumplimiento de funciones propias de las entidades estatales[[39]](#footnote-39), se ha extendido a cubrir diferentes áreas de la administración, entre ellas, la gestión y cobro de obligaciones tributarias morosas a favor de entidades estatales, de ello no se sigue la delegación de facultades de suyo indelegables.

Ahora, con miras a resolver las razones de la impugnación relativas a la nulidad absoluta del contrato declarada por el *a quo* y para efectos de determinar la viabilidad jurídica de tales labores, procede traer a colación los siguientes antecedentes jurisprudenciales, sobre casos similares al presente, en los que, en síntesis, la administración contrató los servicios de los particulares para adelantar labores de fiscalización, recaudo y cobro coactivo.

En sentencia de 17 de mayo de 2007[[40]](#footnote-40), la Sala conoció de la solicitud de nulidad absoluta de varios contratos de prestación de servicios, con el objeto, en esencia, de prestar sus servicios profesionales para el *“DESARROLLO DE JURISDICCIÓN COACTIVA, EN LAS ETAPAS PERSUASIVA Y COACTIVA DE COBRO DE LAS OBLIGACIONES VENCIDAS A LOS CONTRIBUYENTES MOROSOS DE LOS IMPUESTOS PREDIAL, INDUSTRIA Y COMERCIO, VALORIZACIÓN, MULTAS, SANCIONES Y DEMÁS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LOS TRIBUTOS”*. Además, de la proyección de documentos tendientes al manejo de la información, prestación del servicio de información al contribuyente, realización del cobro persuasivo mediante oficios, telegramas, llamadas telefónicas, requerimientos y/o visitas a los contribuyentes morosos.

En dicha oportunidad, la Sala precisó que el procedimiento de cobro coactivo, según las previsiones del artículo 823 del Estatuto Tributario[[41]](#footnote-41) y 5 de la Ley 1066 de 2006[[42]](#footnote-42), no es nada distinto al ejercicio de una facultad soberana de la administración, al tiempo sujeto a su control y vigilancia.

Es por ello que, cualquier forma de participación de los particulares en el cobro coactivo, se sujeta a un rígido escrutinio de la base constitucional y legal que se invoque como sustento. Se transcriben algunos apartes de la decisión:

*“3.1.1. Honorarios por cobro coactivo en Neiva*

*En ejercicio de la acción de tutela, se demandó al Municipio de Neiva por violación del debido proceso en el cobro coactivo adelantado en contra de dos contribuyentes por mora en el pago del impuesto predial[[43]](#footnote-43).*

*Los contribuyentes recibieron una comunicación escrita de parte de un abogado, quien había suscrito un contrato de prestación de servicios con el Municipio, por medio del cual les reclamaba el pago de la deuda fiscal so pena de iniciar el proceso de cobro coactivo correspondiente. Por esta gestión, el abogado pretendía el pago de honorarios, a cargo del contribuyente, del 10% del importe.*

*Los contribuyentes se dirigieron a la Alcaldía y al Juez de Ejecuciones Fiscales para que recibieran el pago de la deuda tributaria, pero no aceptaron pagar los honorarios del abogado; en los despachos oficiales encontraron que el bien inmueble ya había sido embargado en ejercicio de la misma jurisdicción coactiva, y que el Municipio de Neiva se negaba a recibir el pago de los impuestos hasta tanto no se pagaran los honorarios del abogado.*

*Como respuesta a la acción de tutela presentada, las autoridades judiciales, en primera y segunda instancia, consideraron vulnerado el debido proceso y ordenaron a la administración recibir el pago y abstenerse de cobrar al contribuyente los honorarios mencionados. Al respecto, el Consejo de Estado precisó:*

*“La prescripción que hace el Acuerdo 073 de 1998 del Concejo Municipal de Neiva en torno a los gastos en el procedimiento administrativo coactivo, debe entenderse referida exclusivamente al monto de los tributos municipales causados, a sus intereses y sanciones. Por manera que los* ***gastos de administración*** *de tales tributos (que de suyo incorporan el cobro persuasivo y coactivo) debe soportarlos enteramente el municipio, tal como ocurre en el nivel nacional con los impuestos que le competen a la DIAN.*

*En esta perspectiva los honorarios que reclama el abogado contratado con el municipio de Neiva aparecen como un* ***elemento*** *extraño al impuesto predial unificado, que a más de ser antijurídicamente dañoso a los intereses patrimoniales de la parte demandante constituye grave amenaza contra el buen nombre que para sí reclama la administración pública y sus servidores.*

*Bajo tales respectos es de entender que a instancias del Estado Social de Derecho que pretendemos construir, en todas las actuaciones debe primar el principio de legalidad tanto en lo sustantivo como en lo procedimental, de suerte que a todo servidor público le está vedado acometer conductas tendientes a “crear” trámites ad hoc, y mucho menos celebrar contratos de prestación de servicios profesionales al amparo de una mal entendida recuperación de cartera morosa, que como en presente asunto, genera compromisos contractuales en cabeza de la administración municipal de Neiva, que no a cargo de la parte actora.” (Subrayado fuera de texto)*

*El caso resulta suficientemente claro para ilustrar la forma como el Municipio de Neiva procedió en un evento anterior en sus relaciones con contribuyentes y abogados encargados del cobro coactivo, y, por supuesto, para evidenciar que el Consejo de Estado tuvo un acercamiento receloso respecto de este tipo de contratos, y de lo que ellos pueden significar en términos de violación de la legalidad. Con referencia a la validez del contrato, no se pronunció la sentencia, por cuanto excedía el ámbito de su competencia.*

*3.1.2. Determinación y liquidación del impuesto por particulares*

*La Sección Cuarta del Consejo de Estado, acerca de la atribución de las funciones de fiscalización y determinación de impuestos por parte de una entidad territorial a favor de los particulares, señaló:*

*“2. Otro aspecto de la violación del debido proceso que alegó la parte actora fue la indebida delegación que hizo el Municipio de su facultad de fiscalización tributaria, en cabeza de una firma auditora particular, cuyo informe fue la única prueba que tuvo en cuenta para proferir los actos acusados.*

*2.1. Al respecto, la Sala precisa que le asiste razón a la actora, pues el municipio delegó la fiscalización tributaria en la firma auditora Consultando Ltda., sin tener facultades para ello. Fue esta compañía quien practicó visitas, pidió explicaciones y rindió los informes que sirvieron de base al municipio para expedir los actos demandados.*

*(…)*

*2.2. Ahora bien, de conformidad con lo prescrito en los artículos 560 y 688 del Estatuto Tributario, aplicables a los municipios por mandato del artículo 66 de la Ley 383 de 1997, es al jefe de la Unidad de Fiscalización de la Administración Tributaria a quien corresponde proferir los actos de trámite en los procesos de determinación de impuestos, y a los funcionarios de esa Unidad, adelantar las actuaciones preparatorias respecto de los actos de competencia del jefe del primero. También tienen facultades de fiscalización tributaria los jefes de las divisiones y dependencias, así como los profesionales de la misma entidad en quienes se deleguen tales funciones. Sin embargo, la legislación tributaria no prevé la posibilidad de delegar en particulares la facultad de fiscalización y determinación de los tributos, y como se sabe, el funcionario público sólo puede hacer aquello que la Constitución y la ley le autoricen.*

*Como de acuerdo con las normas citadas, no se puede delegar en los particulares la facultad de fiscalización tributaria, resulta ilegal y violatoria del debido proceso, y, por lo mismo, constituye motivo de nulidad, la delegación de funciones que hizo el municipio de Dosquebradas, en cabeza de un tercero.[[44]](#footnote-44) (Subrayado fuera de texto)*

*El pronunciamiento del Consejo de Estado en este caso es claro: No será viable jurídicamente la delegación o atribución a favor de particulares de la facultad de fiscalizar y determinar los tributos, ni la de efectuar las actuaciones preparatorias correspondientes.*

*Para precisar el alcance de este aserto, se debe definir qué actividades comprende la determinación de tributos y su fiscalización: “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[[45]](#footnote-45).*

*En consecuencia, los contratos, convenios o, en general, los negocios jurídicos que celebre la administración con particulares, y que tengan como objeto las actividades relacionadas con la determinación o fiscalización de los tributos, estarán viciados de nulidad, de conformidad con lo resuelto en la sentencia de la referencia.*

*En principio, la Sala comparte lo dispuesto en el precedente judicial debido a que la determinación y la fiscalización tributaria atañen al fuero exclusivo del Estado, y no pueden ser atribuidas a particulares en tanto las disposiciones legales, en concordancia con las constitucionales, no lo autoricen. No obstante, hay dos puntos que serán analizados con detenimiento posteriormente: la procedencia de la colaboración de los particulares a la administración en actividades preparatorias y la posibilidad de que la autorización legal exigida para tal atribución se pueda entender concedida por los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998”.*

En ese sentido, la sentencia que se trae a colación respecto de la fiscalización y determinación de impuestos, aun cuando no hace referencia al cobro coactivo, sí impone una restricción a la contratación de particulares para la ejecución de algunas actividades tributarias. No obstante, la Sala consideró que es dable convenir con particulares el ejercicio de funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del proceso y la proyección de documentos, siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la Ley 489 de 1998 y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución.

La Sala concluyó que no era jurídicamente viable la atribución total de funciones administrativas de cobro coactivo debido a que, en tal supuesto, se vaciaría de contenido la competencia legal, siendo la administración reemplazada íntegramente en sus funciones, cuestiones que la Corte Constitucional calificó claramente como límites a la atribución.

En ese orden, la concesión o autorización a favor de los particulares para participar en el recaudo de cartera debe estar precedida de la expedición de un acto administrativo que así lo disponga y, además, de un convenio en los términos permitidos, todo de conformidad con la Ley 489 de 1998[[46]](#footnote-46). De esta forma, la Sala sostuvo en la referida providencia:

*“Una y otra vez la administración y el contratista alegan que el presente contrato era de gestión, asesoría, prestación de servicios y que, en consecuencia, no había atribución de función pública alguna, pero para la Sala es completamente claro que las figuras contractuales mencionadas no alcanzan a cobijar dentro de su ámbito de acción prestaciones en las cuales la administración se desprende de su función administrativa: Elaborar y proyectar oficios persuasivos, autos de mandamiento de pago, medidas cautelares, oficios de embargo, citaciones, notificaciones, derechos de petición, levantamiento de embargos, incidentes, nulidades, terminación de procesos, recursos de reposición, apelación, sentencias, diligencias de secuestro, avalúos, remates, aprobación de remates, resoluciones de cierre de establecimientos; y, especialmente, investigar bienes, fiscalizar, hacer llamadas telefónicas de cobro, acuerdos de pago, concluir quiénes están a paz y salvo con la administración, etc., son todas actividades que están más allá de lo que cualquier análisis serio pueda soportar bajo los tipos negociales referidos”.*

Y, con respecto a la atribución de funciones administrativas para el cobro coactivo, la Sala afirmó 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 (propiamente 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 propiamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa.*
* *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 información[[47]](#footnote-47), y en consonancia con el pronunciamiento jurisprudencial de la corporación referido, son exclusivas de la administración y no pueden ser atribuidas a particulares en cuanto versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, y, por ende, no representan actividades instrumentales. (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”.*

Y, en sentencia de 9 de marzo de 2016[[48]](#footnote-48), la Subsección A advirtió sobre la improcedencia de ceder a personas naturales la función administrativa de recaudación de rentas departamentales (numeral 11, artículo 305 de la Constitución), porque la Carta Constitucional no lo autoriza y, en consecuencia, tampoco el legislador –se destaca-:

*“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 Nacional[[49]](#footnote-49), 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.*

*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 1519[[50]](#footnote-50) y 1523[[51]](#footnote-51) del Código Civil, en la medida en que el objeto de las obligaciones del contrato[[52]](#footnote-52), 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”.*

La Corte Constitucional, por su parte, 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, así[[53]](#footnote-53):

*“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.*

*(…)*

*“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 el caso *sub exámine*, el municipio de Melgar suscribió con la Unión Temporal Reyes- Narváez un contrato de prestación de servicios para adelantar labores de fiscalización y recaudo de impuestos, esto es, la entidad territorial delegó en la demandante gestiones que implicaban función administrativa, típica de gestión fiscal[[54]](#footnote-54), en cuanto comprendieron el recaudo de impuestos, esto es de dineros públicos que por lo mismo debió ser ejercida por servidores públicos designados para el efecto.

Como quedó dicho, se trata de una labor en la que pueden colaborar los particulares, en los términos legales, esto es siempre que no comprenda la delegación.

La noción de contrato de prestación de servicios rechaza que por esa vía se transmitan de forma irrestricta y total las funciones administrativas propias de la entidad estatal o la representación de la misma frente a terceros. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone:

*“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”.*

De conformidad con lo anterior y dado que en el caso de autos se encuentra acreditado que el contrato en estudio está viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, por contravenir normas de derecho público, derivada de la naturaleza del objeto contractual y las obligaciones pactadas, la Sala habrá de confirmar la decisión del *a quo*.

Ahora, en cuanto al precio acordado, la Sala encuentra que el acervo probatorio también permite establecer que el valor y la forma de pago pactada en el contrato también están viciados de objeto ilícito, en la medida en que la prestación convenida a favor del contratista recae sobre recursos públicos provenientes del recaudo de los impuestos municipales.

En efecto, en la cláusula segunda, los contratantes pactaron el valor y forma de pago como sigue:

*“Segunda.-* ***Se reconocerán al contratista unas sumas de dinero equivalente al 10% de los mayores valores determinado y cancelados directamente o a través de acuerdos de pago a favor del municipio*** *y/o compensaciones, como efecto de la gestión de revisión realizada, monto que se determinará con corte mensual como la diferencia entre la base gravable declarada inicialmente y la corrección presentada, incluyendo las sanciones e intereses a que haya lugar o el valor de los impuestos, sanciones e intereses de la declaración que presente el contribuyente como consecuencia de un proceso de omisión del deber de declarar.* ***El valor así liquidado se cancelará a los 15 días hábiles al recaudo efectivo*** *o protocolización del cruce de cuentas. En los casos en que el contribuyente no cumpla voluntariamente con los requerimientos propuestos por los contratistas a través de los actos administrativos y sea necesario continuar con el proceso de determinación y cobro en vía gubernativa y/o contenciosa administrativa,* ***el municipio de Melgar pagará al contratista el 25% de los mayores valores por concepto de impuestos****, sanciones e intereses reconocidos al municipio, una vez se produzca el pago a favor del mismo y/o cruce de cuentas. Para efectuar la cancelación de los honorarios, el municipio igualmente dispone de 15 días contados a partir del recaudo efectivo o protocolización de la compensación. Parágrafo I. Para efectos fiscales el valor de este contrato se calcula en la suma de $2.000.000.oo”.*

En un caso similar, la Sala conoció de un asunto en el que se controvertía la celebración de un contrato de prestación de servicios sobre *“la recopilación, selección y evaluación de la información en lo que concierne a la explotación de Hidrocarburos y material de arrastre; el reconocimiento y cobro de los impuestos de Industria y Comercio, regalías e impuestos de transporte de hidrocarburos por oleoducto”*[[55]](#footnote-55). El proceso daba cuenta de que el convenio comprendía gestiones ante entidades competentes para el reconocimiento y pago de regalías y tributos a cambio de un 30% de los capitales recuperados a favor del ente territorial contratante.

Esto es, lo convenido desconocía las restricciones de orden legal y presupuestal, en cuanto la prestación dineraria a favor del contratista recayó en los recursos que por concepto de participación en las regalías le correspondía a la entidad territorial contratante o que por concepto de los recaudos tributarios se encontraban contemplados a su favor. Razón por la cual se declaró la nulidad por causa y objeto ilícitos y desviación de poder, si se considera que se convino en un porcentaje fijo equivalente a los ingresos que percibía el municipio. De la decisión se destacan los siguientes apartes:

*“En este sentido, el uso indebido de los recursos de regalías o del impuesto al transporte hace incurrir al agente público en responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria y sin duda, los actos que los instrumentan, como los contratos, estarán afectados o viciados ostensible y manifiestamente de ilegalidad, lo cual los hace anulables por ilicitud del objeto y de la causa así como desviación de poder, tal como sucede en el caso del contrato examinado el cual se encuentra viciado al variar la destinación de un 30% por ciento de los recursos que corresponderían de acuerdo con la Constitución Política y la ley al Municipio de Saravena a título de regalías o de impuesto al transporte para trasladarlo a un particular en remuneración de una gestión que no está reconocida en dichas disposiciones como susceptibles de financiar con tales recursos, lo cual, dicho sea de paso, constituye una práctica malsana.*

*La Sala advierte que no pueden los entes territoriales mediante modalidades contractuales desconocer, variar, cambiar o transformar la destinación específica que constitucional y legalmente se la ha dado a las regalías o al impuesto de transporte de crudo o gas, so pena de nulidad del respectivo contrato o negocio jurídico, pero más grave aún de comprometer social y económicamente la prosperidad y bienestar de sus habitantes, con absoluto olvido de los fines del Estado, de la misión de las autoridades y de los principios de la función pública (preámbulo, artículos 1, 2 y 209 C.P.).*

*(..)*

*Por este motivo también, las entidades territoriales no pueden cambiar la destinación de los recursos que constitucional o legalmente se encuentran dispuestos para atender actividades, programas y proyectos específicos, como serían las regalías, ni tampoco disponer de los mismos por fuera del presupuesto.*

*En efecto, como se anotó, los municipios deben dar estricto cumplimiento a la Ley 141 de 1994 y en consecuencia destinar los recursos de participación en las regalías a financiar proyectos del plan de desarrollo económico, esencialmente, en saneamiento ambiental, cobertura y ampliación de servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado, aseo y demás servicios públicos básicos esenciales, cuyo gasto se incorpora en sus presupuestos anuales. Pero, además, tampoco pueden disponer de recursos materia de recaudo sin que se cumpla con los requisitos exigidos por las normas presupuestales, como serían los recursos provenientes de los recaudos de los impuestos para con cargo a los mismos financiar o ejecutar actividades sin que previamente hayan ingresado y se autoricen para cubrir las apropiaciones del presupuesto aprobado para la vigencia correspondiente, ni menos aún ejecutar valores provenientes de tributos o regalías por fuera de sus presupuestos, dado el principio de legalidad presupuestal que rige en estas materias. Al respecto, el artículo 28 de la Ley 38 de 1989 (compilado en el artículo 35 del Decreto 111 de 1996) establece:*

*“Artículo 28.  El cómputo de las rentas que deban incluirse en el Proyecto de Presupuesto General de la Nación, tendrá como base el recaudo de cada renglón rentístico de acuerdo con la metodología que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin tomar en consideración los costos de su recaudo.” (Artículo 35 Decreto 111 de 1996).*

*Y para la ejecución de apropiaciones, en especial el artículo 18 del Decreto 111 de 1996 ordena lo siguiente:*

*“Artículo 18. Especialización. Las operaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas.”*

*Las anteriores normas proscriben operaciones como sería el pacto de contratos con afectación directa de los recursos que se recauden por concepto de impuestos o que se reciban por concepto de regalías que conforme a la Constitución Política y la ley reciban los municipios, los cuales irían en contra de precisas normas imperativas y de orden público, como son aquellas relativas a la Ley Orgánica del Presupuesto.*

*Lo anterior, porque los municipios no pueden comprometer en forma directa esos recursos para atender compromisos y obligaciones contraídas por la Administración que no estén autorizadas presupuestalmente, pues, con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital, se debe atender el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto aprobado para la vigencia correspondiente (arts.. 16 Dec. 111/96 que compiló la Ley 38/89, artículo 12, Ley 179/94, artículo* [*55*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1994/ley_0179_1994_pr001.html#55)*, inciso 3o., 8o. y 18, Ley 225/95 artículo* [*5*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1995/ley_0225_1995.html#5)*o.), así como destinarlas a lo previsto por la ley en el evento de que constituyan rentas con destinación específica.*

*De ahí que, estipulaciones como las contenidas en la cláusula novena del contrato 45 de 1995 y su Otro sí de 2 de noviembre del mismo año, en las que se establece como remuneración un porcentaje sobre el reconocimiento y recaudo efectuado de las regalías o tributos, directamente, constituye una actuación ilegal y nociva, porque el municipio se desprendió de unos recursos de origen tributario o fundamentados en las regalías a que tiene derecho, afectando las finanzas públicas del ente territorial y el interés general que dichos conceptos involucran. Dicho de otro modo, comporta una renuncia a un 30% de los ingresos que debe recibir de los contribuyentes por virtud de la Constitución y la Ley.*

*Lo anterior contraría el ordenamiento jurídico superior al ceder ingresos corrientes y de destinación específica que debe percibir el municipio y las normas presupuestales, pues, la forma de remuneración es la misma fuente, o sea, los recaudos de dichos conceptos –regalías e impuestos- soslayando o eludiendo las reglas del presupuesto que obligan a que todo ingreso debe estar debidamente presupuestado para que pueda ser ejecutado.*

*Igualmente, la disposición de un porcentaje de la cartera tributaria por parte del municipio de Saravena implicaría el ingreso de un menor valor de los impuestos que le adeudan, lo que conllevaría a un detrimento patrimonial de la entidad territorial y una clara violación de los principios y reglas atrás mencionados, toda vez que es obligación de la administración cobrar y procurar el ingreso del 100% de los impuestos que se generen en el ámbito de su competencia, así como de las regalías que le corresponden; de esta cláusula que gobierna el aspecto remuneratorio contractual podría predicarse que resulta lesiva para el erario, o si se quiere, deviene en una “privatización indirecta de una parte que legalmente corresponde al patrimonio público.”*

*Así las cosas, el desconocimiento de los principios presupuestales mediante el pacto de mecanismos de remuneración como el descuento directo de los recaudos y la asignación de porcentajes fijos sobre los niveles de tributación o de reconocimiento en el pago de las regalías, o su afectación en varias anualidades mediante fórmulas inciertas del monto de la obligación de pago, vulnera el ordenamiento jurídico presupuestal y por contera, impregna de ilicitud el objeto contractual por la flagrante violación de esos principios y por supuesto los de la Ley 80 de 1993”.*

En sentencia de 16 de marzo de 2012, la Sala declaró la nulidad absoluta de un contrato de asesoría y gestión en materia de regalías e impuestos municipales, en el que la entidad se comprometió a cancelar al contratista un porcentaje sobre los valores recibidos por concepto de recaudo de regalías. La Sala encontró que la prestación convenida recayó sobre recursos públicos de destinación específica, de donde se podía concluir la vulneración de claras prohibiciones constitucionales y legales, es decir la nulidad por objeto ilícito[[56]](#footnote-56).

En el *sub lite* y dado que las partes acordaron como contraprestación por los servicios prestados un porcentaje sobre el recaudo efectuado de los impuestos, esto es, generando a favor del contratista un derecho sobre recursos públicos que, en consecuencia, el municipio de Melgar comprometió a favor de un particular, se contravinieron disposiciones presupuestales de orden imperativo, que proscriben la cesión de dichos recursos de interés general.

De manera que, en los términos de los artículos 1519 del Código Civil, a cuyo tenor *“[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”* y 899 del Código de Comercio, que preceptúa que *“[s]erá nulo absolutamente el negocio jurídico (..) 1) [c]uando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) [c]uando tenga causa u objeto ilícitos (..)”*, el contrato debe anularse y así se procederá.

Declaratoria que alcanza al contrato. Primero, por cuanto el objeto contractual otorga al contratista facultades de fiscalización indelegables y que son propias del ente territorial. Y, segundo, si se considera que la forma de pago, esto es los honorarios a favor del contratista, se hizo recaer sobre lo recaudado por concepto de impuestos. Además, la cláusula de pago en el presente asunto deviene en inescindible del objeto, en cuanto versa sobre este mismo, al punto que bien puede afirmarse, al tenor del artículo 902 del Código de Comercio, que las partes no habrían convenido en el contrato de haber sido otra la forma de pago[[57]](#footnote-57).

Un negocio jurídico es válido cuando se ajusta al ordenamiento y observa en su formación los requisitos previstos en la ley. Las causales de nulidad absoluta del contrato son taxativas y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas por el legislador.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a más de las causales consagradas en el derecho civil, señala de manera expresa cinco causales que conllevan a la nulidad absoluta del contrato, de las cuales se destaca las nulidades previstas en el derecho común, como es el caso del objeto ilícito:

*“Artículo 44. 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 incursas 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 21480 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.*

En desarrollo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el juez administrativo debe declarar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, si concurre alguna de las causales previstas en la ley, siempre que se encuentre plenamente demostrada y al proceso hayan sido vinculadas las partes contratantes o sus causahabientes, como ocurre en el *sub lite*.

En suma, la nulidad absoluta podrá recaer sobre el contrato en su totalidad o en alguna o algunas de sus cláusulas, si sólo ellas están viciadas. Adicionalmente, el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, estipula que *“[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (..)”*.

En consecuencia, resulta del caso declarar la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, pues la causal se encuentra acreditada y afecta al convenio en sus elementos esenciales, esto es el objeto y la contraprestación.

**2.3. Restituciones mutuas**

El artículo 48 de la Ley 80 de 1993, al regular los efectos de la nulidad, establece:

*“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*.

Como se observa, el inciso segundo de esta norma consagra el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo, siempre y cuando se demuestre que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido.

En el presente caso, el contrato no se ejecutó, debido a la ausencia de registro presupuestal que soportara el valor total del contrato y las labores objeto de ejecución. De ello dan cuenta las partes. De ahí que no existan prestaciones que reconocer.

Aunado a lo anterior, lo cierto es que el contrato no podía ser ejecutado regularmente, porque nació viciado de nulidad total y absoluta, como quedó explicado en precedencia y resulta elemental que la pretensión indemnizatoria o compensatoria formulada al amparo del artículo 14 (inciso segundo del numeral 1) de la Ley 80 de 1993[[58]](#footnote-58) sólo se puede abrir paso a partir del supuesto de que el contrato era válido y, por consiguiente, que podía ser ejecutado. Es de anotar que un contrato viciado de nulidad absoluta no puede servir de fuente generadora de derechos u obligaciones para las partes, debido a que la sanción consistente en privar de eficacia el acto jurídico que se ha erigido en contravía del ordenamiento jurídico se produce con efectos *ex tunc*, es decir, desde cuando el acto tuvo origen, lo cual significa que cualquier pretensión indemnizatoria que se fundamente en un contrato viciado de nulidad es improcedente.

De manera que la Sala no hará reconocimiento alguno a título de restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, toda vez que el mismo no se ejecutó.

Es de anotar, además que, en los términos de la cláusula tercera, el contratista se obligó a sufragar *“c) todos los gastos que se ocasionen en razón del perfeccionamiento del presente contrato”.* De ahí que tampoco procede reconocer los costos en los que la parte actora supuestamente incurrió actora para legalizar el contrato, tales como la constitución de la garantía de cumplimiento y la publicación del contrato. Por tanto, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

**2.4. Condena en costas**

El municipio de Melgar solicitó en la alzada condenar en costas y agencias en derecho a la parte actora.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998[[59]](#footnote-59), sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

Es de anotar que, si bien el contrato no se ejecutó, la demandante podía ejercer, como lo hizo, su derecho constitucional al acceso a la administración de justicia.

Cabe anotar que el artículo 229 de la Constitución Política garantiza el derecho a toda persona de acceder a la administración de justicia y el artículo 2º de la Ley 270 de 1996 reitera dicha garantía, requiriendo de las autoridades judiciales, prontitud, cumplimiento y eficacia en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento[[60]](#footnote-60).

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la administración de justicia se relaciona con los fines propios del Estado social de derecho y, en especial, con la prevalencia de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo, el respeto a la dignidad humana y la protección a los asociados en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (arts. 1º y 2º C.P)[[61]](#footnote-61).

Lo anterior en cuanto las autoridades judiciales solventan los conflictos definiendo los derechos y poniendo en vigencia la ley; de manera que a ninguna persona se podría, impunemente, privar de un servicio, como la administración de justicia, relacionado con la existencia del Estado en su condición de garante de los derechos e intereses y creencias de los asociados, sin distinción[[62]](#footnote-62). Es dentro de este marco que la Corte no ha vacilado en calificar el acceso a la administración de justicia como un derecho fundamental de primer orden[[63]](#footnote-63), en cuanto tiene que ver con la justicia y la convivencia como misiones primordiales de la actividad estatal[[64]](#footnote-64). Se trata, entonces, de un derecho que debe ser garantizado por el Estado, en igualdad de condiciones a todos los administrados.

De ahí que no proceda la condena en costas.

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

**F A L L A**

**CONFIRMAR** la sentencia de 17 de septiembre de 2010, proferida el Tribunal Administrativo del Tolima.

Devolver el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. *[1 Ese procedimiento está contenido de manera clara en el Estatuto Tributario, artículos 823 a 843-2].* [↑](#footnote-ref-1)
2. El 24 de noviembre de 2006, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de $51 730 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue estimada por el actor en una suma superior a los dos mil millones de pesos mcte., por concepto de pérdida de oportunidad. [↑](#footnote-ref-2)
3. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 19705. [↑](#footnote-ref-3)
4. *[ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998].* [↑](#footnote-ref-4)
5. *[ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414].* [↑](#footnote-ref-5)
6. Exp. 33139, con igual ponencia a la presente providencia. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Artículo 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. (…)*

   *El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.*

   *En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.* [↑](#footnote-ref-7)
8. *Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 13414. M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA*. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia del 6 de septiembre de 1999; Expediente S-025. Actor: Jorge Antonio Dagil B. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Se precisa que si bien es cierto que la Ley 791 de 2002, art. 1, redujo estos términos a 10 años, la misma no es aplicable al caso que se analiza, puesto que el contrato materia de evaluación se celebró con anterioridad a su vigencia.* [↑](#footnote-ref-10)
11. *Sentencia del 6 de julio de 2005. Expediente 12249.* [↑](#footnote-ref-11)
12. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 34322. [↑](#footnote-ref-12)
13. El numeral 6 del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil señala: *“El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”.* [↑](#footnote-ref-13)
14. Artículo 241 del Código de Procedimiento Civil establece: *“Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.*

    *Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de marzo 5 de 2008, exp. 16 850, C.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-15)
16. *“[E]l Dr. Antonio Rocha, sobre el particular señala:*

    *“¿Qué se entiende por error grave de un dictamen pericial? La noción del error, así sea grave o intrascendente ante su verificación en la realidad, nos lleva automáticamente a la noción de verdad. Y la verdad, según la concepción común, es el acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consiste ese acuerdo del pensamiento con la realidad. En lo que consista ese acuerdo discrepan las escuelas filosóficas; para los relativistas, por ejemplo, que hacen de la verdad el acuerdo del juicio con las impresiones subjetivas, es verdad que el tablero es negro cuando tengo la sensación de un tablero negro, en tanto que para la filosofía clásica (realismo crítico) no se trata de una correspondencia entre el juicio y las cosas, pues tanto la verdad como el error están en el juicio y no habría error en representarnos un tablero negro sino que este realmente lo sea, como no habría error en representarnos mentalmente un túnel bajo Bogotá sino en afirmar que el túnel existe. Similares consideraciones sobre la verdad y el error pueden hacerse respecto de la concepción modernos de los pragmatistas y de los sociólogos. Para aquellos es verdad lo que ha sido verificado, lo que resiste el control de la experiencia, de donde deducen que la verdad no es conocida sino por la verificación ya experimental, ya racional, mediante el juicio analítico, pero que la verdad no se confunde con la verificación, porque las cosas ya eran verdad antes de verificarlas, como el Salto de Tequendama, que existe aunque no haya ojos que lo vean (véase "Precis de Philosophie", por Paul Foulqui‚, profesor de la Escuela de Caousou, Toulouse, Tomo II, lógica, Moral, Metafísica, edición de 1936, editor, de quien hemos hecho esta síntesis).....pero precisamente esa verificación de los peritos es la que se tacha de error, y de error grave, con lo cual vuelve a quedar sin solución el interrogante. En efecto, ¿Cuál sería ese error, en qué consiste, cómo se comprueba?.....Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción, es sin embargo, un poco relativa y estar, en últimas sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial......* ***Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terrero para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan solo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades adjetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.***

    *“Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse. (U. Nacional de Colombia 3a. Edición 1951, pags. 230 y ss).”* (Citado por: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de mayo 30 de 1991, Radicado 3577, C. P. Julio Cesar Uribe Acosta) - (negrillas por fuera del original)

    El tratadista Jaime Azula Camacho al conceptuar respecto del error grave de una experticia sostuvo que *“el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den o falsas las conclusiones que de ellos se deriven*” (AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI ‘Pruebas Judiciales’. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 2003. Pág. 286).

    Gustavo Humberto Rodríguez afirmó que *“El error grave no es la documen­tación deficiente, sino que resulta de conceptos objetivamente equivocados, en forma grave. Debe tratarse de errores de hecho, no de derecho. La jurisprudencia ha dicho que el error de hecho consiste en creer probado un hecho no demostrado, o al contrario; y que lo que lo hace grave es ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones”* (RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho probatorio colombiano. Compendio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1983).

    Para Rosember Emilio Rivadeneira: *“El dictamen será objetado por error grave cuando la equivocación en la que haya incurrido el perito sea de tal magnitud que contraríe la objetividad de los hechos o la naturaleza de las cosas, de manera tal que si en él no se hubiere incurrido otro fuera el sentido de las conclusiones.”* (RIVADENEIRA BERMÚDEZ, Rosember Emilio. Manual de derecho probatorio administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2008). [↑](#footnote-ref-16)
17. LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Procedimiento Civil Pruebas, Tomo III, Dupré Editores, Bogotá 2001, Pág. 235. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ibidem, pág. 236 [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Constitucional. Sentencia C-830 de octubre 8 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería**.** [↑](#footnote-ref-19)
20. *“Corte Suprema de Justicia, auto de septiembre 8 de 1993, exp. 3446, acogido, por ejemplo, por la Corte Constitucional en sentencia C-807 de 2002* (Citado por Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01 (AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio). [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de noviembre 26 de 2009, Radicación 25000-23-27-000-2004-02049-01 (AP), C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 18014. [↑](#footnote-ref-23)
24. *“Artículo 237. PRÁCTICA DE LA PRUEBA. En la práctica de la peritación se procederá así:*

    *6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. Sentencia de 8 de marzo de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 15052. [↑](#footnote-ref-25)
26. *“Artículo 1500.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”* [↑](#footnote-ref-26)
27. Sentencia de 30 de enero de 2013, M.P. Carlos Alberto Zambrano, exp. 21130. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de octubre de 2004, expediente AP-01588. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.* [↑](#footnote-ref-28)
29. *MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, DIRECCIÓN GENERAL DE PRESUPUESTO PÚBLICO NACIONAL, Conceptos Ref. 44743 de 18 de junio de 2003; Ref: 18868 de 25 de marzo de 2004; Ref: 2005-010223 de 10 de marzo de 2005. En el mismo sentido, y antes del pronunciamiento de la Sala, se había pronunciado esa misma dependencia en Concepto 0138 de 25 de enero de 1996.* [↑](#footnote-ref-29)
30. *“...es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”. Texto legal inspirado en el artículo 1443 del Código Civil Chileno.* [↑](#footnote-ref-30)
31. *DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la ley 80 de 1993, Ed. Legis, Bogotá, Segunda Edición 2003, P. 355 y 356. En el mismo sentido, ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría general de los contratos de la administración pública, Ed. Legis, Bogotá, primera edición, segunda reimpresión, 2000, p. 221.* [↑](#footnote-ref-31)
32. *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia de 11 de julio de 1996, Exp. 9692: “El contrato surge del acuerdo de voluntades, por manera que el intercambio de consentimientos, de un lado de la Administración y de otro del particular, se convierte en elemento esencial de un negocio de esta naturaleza. Podría decirse que este principio se cumple cabalmente en los contratos privados. En cambio, en tratándose de contratos estatales, para su validez y eficacia deben llenarse otros requisitos que la ley se ha encargado de precisar. Esto significa que la Administración tiene una libertad relativa para contratar. Aunque exprese su voluntad y esté amparada por la presunción de legalidad, los actos que realice sin sujeción a determinados procedimientos y exigencias no pueden tener total eficacia”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. *Expediente 14935*. [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente n.° 15307, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-34)
35. *[ Miguel S. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, tomo III A, tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, p. 143].* [↑](#footnote-ref-35)
36. *[ Al efecto pueden consultarse lo manifestado en las Sentencias proferidas el 6 de abril de 2000, Expediente 12775 y en Sentencia proferida el 3 de febrero de 2000, Expediente 10399].* [↑](#footnote-ref-36)
37. *[ Expediente 14935].* [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 14669. M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, en sentencia de 2 de mayo de 2007, (Exp. 16211), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-38)
39. Corte Constitucional, Sentencia C-316 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell*, "La ejecución de algunas funciones propias del estado a través de la contratación o con la participación directa de los particulares, resulta de cierto modo una tendencia que se descubre a lo largo de la Constitución, y que obedece al interés del constituyente de "desoficializar" en buena parte la actividad pública apoyándose en la participación privada como una forma de acercamiento y colaboración mutua con finalidades productivas de diferente índole entre los sectores público y privado. Dentro de ese designio constitucional se inscriben, por ejemplo, la autorización de la Carta para la "ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social" (art. 48), la "prestación de los servicios de salud" (art. 49), la de llevar a cabo el "ejercicio de la vigilancia fiscal" , la prestación de los servicios públicos" (art. 365)*  [↑](#footnote-ref-39)
40. Exp. AP 2004-00369-01, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-40)
41. *“Artículo 823. — Procedimiento administrativo coactivo. Para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, deberá seguirse el procedimiento administrativo coactivo que se establece en los artículos siguientes.”* [↑](#footnote-ref-41)
42. El artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 no aplicable al contrato, dispone: ***“Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas.*** *Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Bogotá, providencia de 14 de octubre de 1999, exp. AC–8706, C.P. Carlos A. Orjuela Góngora. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, D.C. veintidós (22) de septiembre de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 66001-23-31-000-1999-0902-01(13255), Actor: Sociedad Compañía Pintuco S.A., Demandado: Municipio de Dosquebradas, C. P. Héctor J. Romero Díaz. [↑](#footnote-ref-44)
45. Entre otras sentencias, hacen referencia al tema de la determinación y fiscalización de los tributos, las que a continuación se refieren, y sirven como base para las definiciones expuestas: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, D. C., doce (12) de julio de dos mil dos. (2002). Radicación número: 13001-23-31-000-1993-9477-01(12637), Actor: Sociedad Braceros del Norte Ltda., Demandado: La Nación – Dian, M. P.: Germán Ayala Mantilla; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, D.C., noviembre dos (2) de dos mil uno (2001), Radicación número: 08001-23-31-000-1994-8973-01(12370), Actor: Textiles Saab de Colombia Ltda., Demandado: La Nación, C.P. Juan Angel Palacio Hincapié; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, d.c., octubre 17 de 1997, Radicación número: 8505, C. P.: Julio Enrique Correa Restrepo. [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 4 de noviembre de 2004, Exp. Nº 1592. C.P. Enrique Arboleda y Gustavo Aponte. [↑](#footnote-ref-46)
47. 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.”* [↑](#footnote-ref-47)
48. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 34322. [↑](#footnote-ref-48)
49. 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. [↑](#footnote-ref-49)
50. *[ ARTÍCULO 1519. <OBJETO ILÍCITO>. 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].* [↑](#footnote-ref-50)
51. *[ ARTÍCULO 1523. <OBJETO ILÍCITO POR CONTRATO PROHIBIDO>. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes].*  [↑](#footnote-ref-51)
52. *[ 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].* [↑](#footnote-ref-52)
53. *[ 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].* [↑](#footnote-ref-53)
54. Ibídem. [↑](#footnote-ref-54)
55. Sentencia de 23 de marzo de 2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 17072. [↑](#footnote-ref-55)
56. Exp. 22969, la Subsección B, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-56)
57. Artículo 902. <NULIDAD PARCIAL>. La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad. [↑](#footnote-ref-57)
58. “Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

    *“1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.*

    *“En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial….”* (subraya fuera del texto). [↑](#footnote-ref-58)
59. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

    *"Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil".* [↑](#footnote-ref-59)
60. Artículo 4 Ley 270 de 1996. [↑](#footnote-ref-60)
61. Sentencia C-037 de 1996, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, al revisar la exequibilidad del proyecto de ley *“Estatutaria de la Administración de Justicia”*, posteriormente convertido en la Ley 270 de 1996. [↑](#footnote-ref-61)
62. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 5. Sentencia No. T-173 del 4 de mayo de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. [↑](#footnote-ref-62)
63. Corte Constitucional, sentencias T-006/92, T-597/92, T-348/93, T-236/93, T-275/93 y T-004/95, entre otras. [↑](#footnote-ref-63)
64. González Pérez, Jesús*, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional,* Ed. Civitas, Tercera Edición, p. 33. [↑](#footnote-ref-64)