

## **CONTRATOS ESTATALES – Surgimiento de vicios – Invalidez del contrato – Nulidad absoluta**

Lo primero que advierte la Sala es que los vicios que afectan la validez de los contratos estatales y que se sancionan con la declaración de nulidad absoluta se pueden erigir, desde el plano hipotético, en los aspectos intrínsecos del acto jurídico, como sucede cuando adolece de objeto ilícito [artículos 1519, 1521 y 1523 del C.C.], de causa ilícita [artículo 1524 ibídem] o de vicios del consentimiento [artículo 1508 ibídem], cuando se presenta incapacidad absoluta [artículos 1503 a 1506 ibídem], inhabilidad o incompatibilidad prevista en la Constitución o la ley en relación con los contratantes [numeral 1, artículo 44 de la Ley 80 de 1993], cuando el contrato es celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal [numeral 2 ibídem], con abuso de poder [como la extralimitación de funciones] o con desviación de poder [numeral 3 ibídem], aunque también, los vicios de tal raigambre pueden surgir por causas exógenas al contrato mismo, los cuales, igualmente, lo afectan en su esencia, como sucede cuando el vicio estriba en el acto administrativo que le dio vida al contrato o cuando éste ha sido celebrado con desconocimiento de los criterios previstos para las ofertas nacionales o del principio de reciprocidad de las ofertas extranjeras [numerales 4 y 5 ibídem]. Cuando el vicio que afecta la validez del contrato reside en el acto administrativo que le dio origen al mismo, surge la posibilidad de cuestionar la legalidad de este último, con el único fin de estructurar la causal de nulidad absoluta del contrato. Así lo contemplaba el artículo 87 del C.C.A. [con la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998] vigente para la época en la cual se interpuso la demanda, al señalar que, «*Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato ...*», con lo cual el legislador hizo prevalecer la doctrina de la inseparabilidad de los actos previos, luego de celebrado el contrato.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 76001-23-31-000-2005-01421-01(36863)**

**Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**

**Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Servicios de Impuestos de Cali (Unión Temporal SI CALI) contra la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuya parte resolutive se dispuso:

“DECLÁRASE INFUNDADA la excepción de ‘INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA’, propuesta por la apoderada del Municipio de Santiago de Cali.

“DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. A-0045 de febrero 4 de 2005, por medio de la cual se adjudica la Licitación

Pública No. DAHM-01-04, a la UNIÓN TEMPORAL SI CALI, proferida por el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali.

“DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato de Prestación (sic) de Servicios (sic) No. DAHM-GAA015-05 de febrero 11 de 2005, celebrado entre el Municipio de Santiago de Cali y la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali - SI CALI-, por los motivos precedentemente explicados.

“ORDÉNASE al Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, (sic) proceda a la liquidación del contrato de Prestación (sic) de Servicios (sic) No. DAHM-GAA 015-05 de febrero 11 de 2005, en el estado en que se encuentre. Así mismo, siempre que se pruebe que la entidad estatal contratante se ha beneficiado con dicho contrato, ORDÉNASE reconocer y pagar al contratista –UT SICALI- (sic) las prestaciones ejecutadas (sic) pero únicamente hasta el monto del beneficio obtenido, a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto por el Art. 48 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Ley 80 de 1993-” (fls. 947 y 948, C. Consejo).

## I. ANTECEDENTES

### 1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 13 de abril de 2005 en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la Procuradora Regional del Valle del Cauca, actuando en nombre y representación del Ministerio Público, formuló demanda, en ejercicio de la acción de controversias contractuales consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998), contra el municipio de Santiago de Cali y los integrantes de la unión temporal SI CALI, es decir, SISTEMAS Y COMPUTADORES S.A., CKNET LTDA., INGENIEROS CONSULTORES, INTERVENTORES, CONSTRUCTORES LTDA. -INGOS LTDA-. y LINKS S.A., con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como aparecen en la demanda, fls. 217 y 218, C. 1):

“1.1. Que se declare la nulidad absoluta de los siguientes actos administrativos previos, como fundamento, también, para declarar la nulidad del contrato, materia de esta acción:

“1.1.1 De la Resolución No. 0619 de octubre 01 de 2004, por medio de la cual el señor Alcalde de Santiago de Cali ... ordenó la apertura de la Licitación Pública No. DAHM-001-04.

“1.1.2 De la Resolución No A-0008 de enero 12 de 2005, proferida por el señor Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, por medio de la cual se reinició la Licitación Pública No. DAHM-001-04, por su falsa motivación.

“1.1.3 De la Resolución No. A-0008-1 de enero 13 de 2005, expedida por el Alcalde de Santiago de Cali ... mediante la cual se dio alcance a la Resolución No. A-0008 de enero 12 de 2005, expidiendo la disponibilidad presupuestal.

“1.1.4 De la Resolución A-0065 de enero 26 de 2005, proferida por el Alcalde de Santiago de Cali, a través de la cual se modifica la Resolución No. A-008- de enero 12 de 2005.

“1.1.5 De la Resolución No A-0045 de febrero 4 de 2005, por medio de la cual se realizó la Adjudicación de la Licitación Pública No. DAHM-01-04, a la UNIÓN TEMPORAL SI CALI...

“1.2. Que se declare que es nulo de nulidad absoluta el contrato de Prestación de Servicios No. DAHM-GAA 015-05 de febrero 11 de 2005, celebrado entre el Municipio de Santiago de Cali ... y la Unión Temporal Servicios de Impuestos –SI CALI-....

“1.3. Que en consecuencia el Municipio de Cali no está obligado a reconocer prestación dineraria alguna al contratista, más allá de lo que se determine que se haya beneficiado la entidad por la prestación del servicio.

“1.4. Que se ordene la liquidación del contrato declarado nulo”.

## **2.- Hechos.-**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

**2.1.-** Mediante Acuerdo 0130 del 28 de julio de 2004 el Concejo de Santiago de Cali concedió una autorización al ejecutivo municipal para *“IMPLEMENTAR ACCIONES QUE FAVOREZCAN: LA MODERNIZACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DE LA GESTIÓN TRIBUTARIA Y RENTÍSTICA, EL FORTALECIMIENTO Y SANEAMIENTO DE LAS FINANZAS DEL MUNICIPIO E IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMOS ANTICORRUPCIÓN EN EL MANEJO DE LAS RENTAS DEL MUNICIPIO”* (hecho 2.1 de la demanda, fl. 218, C. 1).

El inciso segundo del artículo 1 del citado acuerdo consagró que la autorización conllevaba la **“facultad de celebrar contratos”** (la subraya y la negrilla son de la demanda, hecho 2.1, fl. 218, C. 1), bajo la modalidad legal que se estimara adecuada y acorde con los requerimientos y necesidades del municipio.

El artículo 2 ibídem estableció que la administración tendría un plazo de seis (6) meses para implementar las acciones que se autorizaban a través del mismo acuerdo y el artículo 3 ibídem señaló que la vigencia de éste comenzaría a partir de su publicación en el boletín oficial del municipio, lo cual se produjo el 5 de agosto de 2004, en el boletín oficial 142, según lo certificó el asesor de comunicaciones de la Alcaldía.

En tales condiciones, la vigencia del Acuerdo 0130 de 2004 vencía el 4 de febrero de 2005 (no obstante, el contrato cuya nulidad se depreca fue celebrado el 11 de los mismos mes y año).

**2.2.-** Con base en lo autorizado, el municipio elaboró los pliegos de condiciones que regentarían el proceso de selección tendiente a escoger al contratista que ejecutaría las tareas para las cuales fue autorizado el Alcalde; sin embargo, se desconoce quiénes

confeccionaron tales pliegos, aunque lo que sí resulta claro es que fueron el resultado de la improvisación, pues durante el proceso administrativo se tuvieron que expedir varias adendas para tratar de remediar las falencias. La circunstancia anotada provocó que 59 empleados adscritos al Departamento Administrativo de Hacienda Municipal, mediante escrito del 2 de noviembre de 2004, manifestaran al Procurador General de la Nación algunas situaciones que, en sentir de los signatarios, eran irregulares.

**2.3.-** El 5 de agosto de 2004, el Subdirector de Finanzas Públicas de la Dirección de Hacienda Municipal informó al Subjefe de Registro de Proponentes de la Cámara de Comercio de Cali sobre la licitación pública que sería convocada por el municipio para la **“Concesión total** *del Servicio para (sic) desarrollo, conformación (sic) puesta en funcionamiento, actualización, reparación y operación (sic) la modernización tecnológica permanente y actualizable del sistema tributario, el blindaje de la información tributaria que garantice la erradicación de la corrupción, control de la evasión que optimice la recaudación tributaria, la atención al contribuyente desde distintos centros de atención, los cobros persuasivos y la sustanciación de los procesos para el cobro coactivo”* (la subraya y la negrilla son de la demanda, hecho 2.3, fl. 220, C. 1).

Entre el 17 y el 26 de septiembre de 2004, el municipio publicó en su página web los prepliegos de condiciones de la licitación y publicó los avisos de prensa los días 25 y 28 de los mismos mes y año, para informar públicamente la apertura de la licitación DAHM-001-04.

Afirma la demanda que, para la fecha en la cual fueron publicados los avisos de prensa, realmente no se había dispuesto la apertura del proceso de selección, luego, en sentir de la demandante, se entregó a la ciudadanía una *“información falsa”* (hecho 2.5, fl. 221, C. 1).

**2.4.-** Mediante Resolución 0619 del 1 de octubre de 2004, el Alcalde de Santiago de Cali ordenó la apertura de la licitación pública DAHM-001-04, señalando los términos bajo los cuales se dio inicio al proceso de selección; sin embargo, la citada resolución fue proferida con posterioridad a la publicación de los avisos de prensa y, por ende, la administración municipal no cumplió con los requisitos de publicidad que la ley exige para el mencionado acto administrativo, pues debió efectuar las publicaciones entre el 1 y el 6 de octubre de 2004, fecha ésta dispuesta para la apertura del proceso de selección.

**2.5.-** El 6 de octubre de 2004, a las 9:00 a.m., se produjo la apertura del proceso de selección, tal como lo dispuso la resolución referida en el numeral anterior. Los términos

de referencia fueron adquiridos por Fesa S.A., Likns S.A. y otros, Tallion Gestiones Venezuela C.A., Sistemas y Computadores S.A y Narváez Asociados.

**2.6.-** El 11 de octubre de 2004 se llevó a cabo la audiencia pública de aclaración de los pliegos de condiciones y, en ella, los interesados hicieron observaciones sustanciales a aquéllos, excepto la sociedad "Links S.A. y otros" (fl. 222, C. 1), la cual solicitó, únicamente, que se hicieran aclaraciones. Otras personas que asistieron a esta audiencia también realizaron observaciones, las cuales quedaron consignadas por escrito.

**2.7.-** El 12 de octubre de 2004, a las 9:00 a.m., se llevó a cabo la visita obligatoria de recorrido y entrega de información fundamental. El contenido de la visita fue modificado un día antes, a través de la adenda 1.

**2.8.-** La administración municipal expidió 5 adendas al pliego de condiciones DAHM-001-04, entre el 11 y el 29 de octubre de 2004, así:

-Adenda 1, del 11 de octubre de 2004: estableció una nueva exigencia a la visita obligatoria señalada para el 12 de los mismos mes y año, en el sentido de que a ella debían asistir, de manera obligatoria, todos los integrantes de los consorcios y de las uniones temporales que se llegaran a conformar con posterioridad a la visita, así como los representantes legales de las personas jurídicas.

- Adenda 2, del 14 de octubre de 2004: modificó los numerales 1.7, 1.8, 1.9, 1.10 y 3.4 del pliego, atinentes a las fechas de la verificación técnica, de la evaluación de las propuestas, de la publicación en la página web, de la audiencia de adjudicación, de la suscripción del contrato y de la constitución de la garantía.

- Adenda 3, del 19 de octubre de 2004: amplió el plazo de la licitación y el plazo para dar respuesta a las observaciones hechas en la audiencia de aclaración, por las "múltiples inquietudes de orden técnico, jurídico y financiero con relación a los Términos de Referencia" (subraya de la demanda, hecho 2.10, fl. 224, C. 1).

En sentir de la demandante, la expedición de las citadas adendas refleja la falta de claridad del pliego y la falta de planeación del proceso de selección.

- Adenda 4, del 26 de octubre de 2004: aclaró la fecha del cierre de la licitación y realizó algunas modificaciones relacionadas con el objeto social de las personas jurídicas interesadas en participar.

También realizó modificaciones al objeto específico –numeral 1.12.2 del pliego de condiciones- (se transcribe como aparece en el hecho 2.10 de la demanda, fls. 224 y 225, C. 1):

“Prestación de servicios mediante outsourcing o cualquier mecanismo de tercerización de la gestión tributaria municipal o distrital o departamental que en cuyo alcance u objetivo se encuentren incluidos los impuestos municipales o distritales de Colombia, principalmente incluyendo Predial e Industria y Comercio e Impuestos Departamentales de Colombia principalmente incluyendo impuestos de autoliquidación que incluya el desarrollo de todas y cada una de las siguientes actividades:

(...)

“1 Apoyo al cobro coactivo y/o fiscalización” (subrayas corresponden al texto original).

Señaló la demanda que, inicialmente, el numeral 2.1 de los términos de referencia exigía a los proponentes que en el objeto social de las personas jurídicas figuraran actividades de liquidación, facturación, cobro, fiscalización y administración de tributos; sin embargo, en opinión de la demandante, tal requisito era “*totalmente cerrado*” (fl. 225, C. 1), porque resultaba imposible que las sociedades, al constituirse o al reformarse, tuvieran diseñado un patrón de objeto social relacionado con determinadas actividades, pese a lo cual, coincidentalmente, la compañía “... *LINKS S.A y Otros, que se presentan inicialmente bajo la modalidad de propuesta conjunta, en compañía de Graffinet S.A., sí cumplen, (sic) tal cual con este requisito, pues el objeto social, según el Certificado (sic) de la Cámara de Comercio, (sic) de esta última es: ‘...fiscalización, liquidación, facturación, cobro y administración de impuestos ...’*” (ibídem), es decir, guardaba identidad con lo requerido en los pliegos de condiciones.

Como consecuencia de las observaciones realizadas en torno a este punto del pliego de condiciones, el municipio de Santiago de Cali, a través de la adenda 4 -publicada dos (2) días hábiles de antes del cierre de la licitación-, modificó el aspecto atinente al objeto social de los proponentes, adicionando otro tipo de actividades; no obstante, dejó intacta la prohibición referida a que el objeto social hubiera sido modificado dentro de los dos (2) meses anteriores a la fecha de apertura del proceso de selección, lo cual, en criterio de la demandante, hizo nugatoria la libertad de participar en igualdad de condiciones en dicho proceso.

- Adenda 5, del 29 de octubre de 2004: pretendió dar mayor claridad y complementar la información de los impuestos a los que se refiere el punto 5.2.3 del pliego de condiciones, sobre las exigencias para la verificación técnica.

**2.9.-** Mediante Resolución A-0665 del 2 de noviembre de 2004, el Alcalde de Santiago de Cali suspendió la licitación, por solicitud de la Procuraduría General de la Nación, hecha por conducto de la Procuraduría Regional del Valle y, por medio de la Resolución A-008 del 12 de enero de 2005 reanudó el proceso arguyendo que, mediante oficio del 13 de diciembre de 2004, el Procurador Primero Delegado (E) para la Contratación Estatal señaló que, como la actuación de la Procuraduría Regional del Valle no era de tipo disciplinario, correspondía al Alcalde municipal tomar las decisiones concernientes al proceso de selección, tal como lo dispone el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

En opinión de la demandante, la motivación de la resolución en cita no correspondió a la realidad, pues sólo tomó fragmentos de la decisión del Procurador Delegado y la descontextualizó, para presentar una afirmación falsa.

Por otra parte, el mismo acto administrativo (Resolución A-008 del 12 de enero de 2005) señaló que no se advertía violación del marco jurídico o evidencia de detrimento patrimonial para el municipio de Cali con la mencionada licitación pública.

Entre la fecha de suspensión del proceso licitatorio (2 de noviembre de 2004) y la fecha de reanudación del mismo (12 de enero de 2005) no se introdujeron modificaciones esenciales en los pliegos de condiciones, salvo en lo relacionado con las fechas para continuar el trámite administrativo.

**2.10.-** Mediante Resolución A-0008-1 del 13 de enero de 2005, se introdujo una modificación a la Resolución A-0008 del 12 de los mismos mes y año, en el sentido de establecer una nueva disponibilidad presupuestal para la licitación, por cuanto la que se tenía había expirado con la vigencia fiscal anterior. Según la demandante, tal modificación debió realizarse antes de producirse el reinicio del proceso de selección y, por ello, al consecutivo A-0008 se le añadió el número uno (1).

**2.11.-** Posteriormente, el Alcalde de Santiago de Cali expidió la Resolución A-00022 del 26 de enero de 2005, mediante la cual modificó la Resolución "A-008" del 12 de los mismos mes y año (fl. 228, C. 1), en cuanto prorrogó los términos del proceso de selección. A este respecto, la demandante señaló que las consideraciones no eran coincidentes con lo que decidía la administración, por cuanto en la motivación se dijo que, dada la complejidad del objeto de la licitación, se requería prorrogar los plazos establecidos en los pliegos para los estudios jurídico, técnico y financiero de las propuestas y, por ende, también era necesario prorrogar la fecha de adjudicación, para garantizar así el deber de selección objetiva; sin embargo, el plazo para la evaluación se prorrogó un solo día y el plazo para adjudicar el proceso de selección fue reducido,

pues la adjudicación estaba prevista para el 7 de febrero de 2005 y, con la modificación en cita, se fijó para el 4 de los mismos mes y año.

**2.12.-** El 17 de enero de 2005 se produjo el cierre de la licitación y la apertura de las propuestas, encontrando que sólo se presentó la formulada por la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali -SI CALI- integrada “... *por las personas jurídicas enunciadas inicialmente, entre los que se hallan LINKS .S.A. –cuestionada desde las observaciones-, pero también hay dos firmas nuevas: CKCNET Ltda. e INGOS LTDA.*” (fl. 229, C. 1).

El 1º de febrero de 2005, el comité evaluador presentó al Alcalde de Santiago de Cali el informe de conclusiones y resultados de la evaluación de la propuesta única, señalando que ésta alcanzó un puntaje de 999 sobre 1.000 posibles.

**2.13.-** La propuesta presentada por la Unión Temporal SI CALI no cumplió con las exigencias establecidas en los pliegos de condiciones. Según las observaciones realizadas por uno de los miembros del comité evaluador, la oferta no satisfacía las “*exigencias legales para la actualización catastral*” (hecho 2.17 de la demanda, fl. 230, C. 1).

En cuanto a la parte de sistemas, la oferta no cumplió con los requerimientos necesarios, pues el software sobre el que se realizó la prueba técnica tenía capacidad de gestión únicamente para 15.000 contribuyentes, cuando el municipio de Santiago de Cali tiene aproximadamente 670.000 contribuyentes responsables del pago de impuesto predial, de industria y comercio y de valorización.

**2.14.-** Pese a todo lo anterior, el Alcalde de Santiago de Cali, mediante Resolución A-0045 del 4 de febrero de 2005, adjudicó el contrato a la Unión Temporal SI CALI, y, en consecuencia, se celebró con ésta el contrato DAHM-GAA 015-05, del 11 de los mismos mes y año.

El contrato fue celebrado cuando había fenecido el plazo de 6 meses otorgado para ello por el Concejo de Santiago de Cali.

**2.15.-** El objeto del contrato DAHM-GAA 015-05, del 11 de febrero de 2005, se hizo consistir en (se transcribe tal cual aparece en el hecho 2.19 de la demanda, fl. 232, C. 1):

“Prestar el servicio para la modernización y optimización de la gestión tributaria a cargo de la administración municipal de Santiago de Cali, según lo definido en los Términos de Referencia, que dio como resultado la celebración del

presente contrato, de acuerdo con la oferta presentada por **EL CONTRATISTA**, la que se entiende incorporada al presente contrato en todo lo no previsto por los Términos de Referencia y por este texto contractual” (negrilla del texto original).

El pliego de condiciones que dio origen al citado contrato dice que el alcance de la modernización de la gestión tributaria comprende los impuestos municipales o distritales de Colombia, en particular los de industria y comercio, incluyendo la atención a contribuyentes, el procesamiento y actualización de la información, la impresión y la entrega de facturas, el cobro persuasivo, el apoyo al cobro coactivo y a la fiscalización, el manejo de la radicación, de la correspondencia y del archivo de los documentos, de la implementación o aporte de soluciones informáticas para la automatización y para la optimización del servicio, de los recursos tecnológicos para la modernización y para la optimización de la gestión y del recurso humano para la realización de las actividades propias del servicio.

En sentir de la demandante, el objeto del contrato comprende la completa entrega de una función pública del ente municipal a un particular, a través de los diferentes procesos que comprenden las actividades dirigidas a la modernización y optimización del recaudo.

**2.16.-** Por otra parte, según la demanda, el contrato fue celebrado con un plazo de 15 años; sin embargo, no existió autorización del concejo municipal para que el jefe de la entidad territorial pudiera comprometer vigencias futuras con el fin de cumplir los compromisos económicos derivados del citado contrato.

**2.17.-** Adicionalmente, no se han cumplido las exigencias atinentes a mantener vigentes los amparos de la garantía única de cumplimiento hasta la fecha de liquidación del contrato.

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

La demanda invocó los artículos 13, 113, 150, 209, 228, 311, 313 y 356 de la Constitución Política, 1740 y 1741 del C.C., 899 del C. de Co., 6, 24 (numerales 5 y 8), 25, (numerales 1, 7 y 12), 26 (numerales 1 y 3), 29, 30, 44 (numerales 2, 3 y 5) de la Ley 80 de 1993, 66 de la Ley 383 de 1997, 560 y 688 del Estatuto Tributario, 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, Ley 819 de 2003, Ley 734 de 2002 y Decreto 2170 de 2002.

**3.1.-** Sostuvo que no se efectuaron los estudios previos que exigen las normas de la Ley 80 de 1993, antes de iniciar el proceso de selección, pues, de lo contrario, no habría sido necesario expedir el número de adendas que, finalmente, se produjeron,

fundamentalmente, por las múltiples inquietudes de orden técnico, jurídico y financiero que plantearon los interesados en relación con los términos de referencia.

**3.2.-** Se vulneró el principio de igualdad consagrado en los artículos 13 y 209 de la Constitución Política, en la medida en que dos (2) días antes del cierre de la licitación se modificó la exigencia atinente al objeto social de los proponentes, pese a lo cual se mantuvo incólume la prohibición de modificar el objeto social de los interesados durante los dos (2) meses anteriores a la apertura del proceso de selección.

**3.3.-** Se vulneraron las normas del estatuto de contratación administrativa antes citadas, por cuanto en los pliegos de condiciones no se definieron las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitieran la confección de los ofrecimientos y aseguraran la escogencia objetiva del contratista. Por la misma razón, se conculcó el deber de selección objetiva consagrado en la ley.

**3.4.-** Se vulneraron los principios que informan la actividad contractual del Estado, porque en los pliegos se incluyeron exigencias que condujeron a que el proceso de selección fuera cerrado.

Por otra parte, en sentir de la demandante, se vulneró el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, al exigir que las personas jurídicas participantes tuvieran por lo menos 5 años de constituidas y se vulneraron los principios de proporcionalidad y economía, porque el municipio señaló como presupuesto oficial la suma de \$100'000.000.00, pese a que la inversión en tecnología fue estimada en \$10.000'000.000.00 y los recaudos tributarios de la ciudad superaban al año los \$300.000'000.000.00.

El hecho de haber estimado el presupuesto oficial y el valor del contrato para efectos fiscales en la suma de \$100'000.000.00 generó que la garantía única, en el amparo de cumplimiento, se extendiera únicamente por \$20'000.000.00, equivalente al 20% del valor fiscal estimado, de modo que, ante un eventual incumplimiento, ésta sería la suma por la cual respondería el contratista.

**3.5.-** El contrato fue celebrado cuando ya había expirado el término de las facultades concedidas al jefe de la entidad territorial por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, a través del Acuerdo 0130 del 28 de julio de 2004; por lo tanto, el Alcalde obró con falta de competencia *ratione temporis*.

**3.6.-** Por otra parte, adujo la demandante que, en virtud de los principios de preclusividad y perentoriedad, a lo cuales alude el numeral 1 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la entidad no podía extender los plazos del proceso de selección más allá

de lo señalado en el pliego de condiciones; sin embargo, en este caso, fueron varias las oportunidades en que se prorrogaron los términos fijados para adelantar la licitación pública y algunos de los actos administrativos estuvieron falsamente motivados, como el expedido el 26 de enero de 2005, en el cual se dijo que por la complejidad del proceso se requería una prórroga, pero, finalmente, se redujeron los términos para la adjudicación.

**3.7.-** Señaló la demandante que la administración actuó con abuso y desviación de poder. Se desconoció abiertamente el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual fija el plazo y el momento para la publicación de los avisos. En este caso, las divulgaciones se realizaron antes de la apertura del proceso de selección y, de esta manera, se vulneró el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

**3.8.-** En opinión de la demandante, en la distribución de recursos y de rentas tributarias y no tributarias, en los términos del artículo 356 de la Constitución, no es permitida la intervención de agentes no oficiales.

En ese sentido, la impresión y entrega de facturas comporta un conocimiento vedado, en principio, a los particulares.

Además, las materias atinentes al cobro persuasivo, al apoyo para el cobro coactivo y a la fiscalización entrañan el ejercicio de funciones administrativas que sólo pueden ser desarrolladas por las entidades públicas y, excepcionalmente, por los particulares, bajo la observancia de las exigencias consagradas por los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998.

El ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares no puede exceder de 5 años, tal como lo dispone el artículo 111 (numeral 2) de la Ley 489 de 1998 y, en este caso, el contrato fue celebrado por un término de 15 años.

**3.9.-** Por otra parte, los artículos 560 y 688 del Estatuto Tributario -aplicable a los municipios por expresa disposición del artículo 66 de la Ley 383 de 1997- señalan que corresponde al Jefe de la Unidad de Fiscalización de la administración tributaria proferir los actos administrativos 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 Alcalde municipal. En ese sentido, la ley no permite delegar en los particulares las funciones de fiscalización y determinación de tributos.

**3.10.-** El plazo pactado para la duración del contrato viola los preceptos de la Ley 819 de 2003, por cuanto se comprometieron vigencias futuras por un período superior al del

Alcalde actual. Además, se desconocieron las normas que fijan el procedimiento para obtener, del concejo municipal, la autorización para comprometer vigencias futuras.

**3.11.-** La administración incurrió en “*abuso o desviación de poder*” (fl. 245, C. 1) al tiempo que desconoció el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, al permitir que un particular participara en el proceso de evaluación de la propuesta única.

**3.12.-** En este caso, según la demandante, se configura la causal de nulidad absoluta del contrato contemplada en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, porque los actos administrativos que dieron lugar a su celebración surgieron viciados de nulidad, en la medida en que, en el proceso de selección, se impidió la libre concurrencia y la igualdad de los oferentes, porque no se permitió la participación de personas jurídicas extranjeras. Tal situación vulneró el principio de reciprocidad consagrado en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 (fls. 235 a 247, C. 1).

#### **4.- La actuación procesal.-**

Por auto del 20 de mayo de 2005, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda y ordenó notificar personalmente la providencia al Alcalde del municipio, al representante de la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- y al agente del Ministerio Público; asimismo, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería a la Procuradora Regional del Valle para actuar en representación de la parte actora (fl. 256, C. 1).

**4.1.-** Dentro del término de fijación en lista, los integrantes de la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali -SI CALI- contestaron la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptaron como ciertos los referidos a la apertura del proceso de selección, a la expedición de adendas, a la suspensión, a la reanudación y al cierre de la licitación pública, a la expedición del acto de adjudicación del contrato y a la celebración del mismo; no obstante, algunos de tales hechos fueron aceptados como parcialmente ciertos, porque, en sentir de las demandadas, muchos de ellos contienen apreciaciones subjetivas de la demandante.

El apoderado de los integrantes de la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali -SI CALI- rearguyó los planteamientos esbozados por la demandante, atinentes a la presunta falta de competencia *ratione temporis* para celebrar el contrato de prestación de servicios. A este respecto, señaló que las facultades otorgadas por el concejo municipal lo fueron por el término de 6 meses, para implementar las acciones autorizadas por el Acuerdo Municipal 0130 de 2004, lo que se traduce, en entender del apoderado, en que dentro de esos 6 meses la administración municipal podía iniciar el

proceso de selección, pues de esta manera implementaría las acciones necesarias para cumplir los cometidos señalados en el citado acuerdo.

Refutó los argumentos referidos a que las publicaciones de los avisos del proceso licitatorio se hicieron por fuera de la oportunidad prevista por el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pues, en opinión del apoderado de las demandadas, la norma contempla que tales publicaciones deben efectuarse con anterioridad a la apertura del proceso de selección, de modo que no se requiere proferir, previamente, el acto administrativo que ordena la apertura del mismo.

Señaló que la celebración del contrato de prestación de servicios de gestión tributaria fue el resultado del programa de gobierno del Alcalde de la época y del plan de desarrollo de la administración municipal, el cual fue aprobado mediante el Acuerdo Municipal 127 del 24 de junio de 2004.

Al celebrar el contrato DAHM-GAA-015-05, el municipio de Santiago de Cali tuvo en cuenta que el objeto era aumentar la efectividad de la gestión, garantizar la adecuada prestación del servicio público a cargo de la administración pública y erradicar la corrupción en materia de gestión tributaria.

Citó algunas sentencias de la Corte Constitucional referidas a la posibilidad de que los particulares puedan cumplir funciones públicas.

En relación con el argumento expuesto en la demanda, atinente a la falta de autorización para comprometer vigencias futuras con el fin de soportar, desde el punto de vista presupuestal, la obligación dineraria derivada del contrato celebrado, señaló que tal autorización sólo se requiere para ejecutar proyectos de inversión, pero, no para efectos del funcionamiento de la entidad (fls. 559 a 573, C. 1).

**4.2.-** El municipio de Santiago de Cali contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como parcialmente ciertos los atinentes a la apertura del procedimiento administrativo de selección del contratista, a las publicaciones realizadas, al cierre de la licitación, a la presentación de las propuestas, a la evaluación de las mismas, a la adjudicación del contrato y a la celebración de éste; sin embargo, en todos los hechos hizo aclaraciones referidas a la forma en la cual fueron presentados en la demanda, pues afirmó que, en relación con la mayoría de ellos, la demandante introdujo apreciaciones subjetivas.

Como razones de la defensa, sostuvo que la causal de nulidad absoluta de los contratos estatales, contemplada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993,

esto es, cuando “*Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal*”, no se configura por cualquier violación de las disposiciones constitucionales o legales. Para que se estructure esta causal, se requiere que el contrato esté expresamente prohibido por la Constitución o por la ley, como sucede, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de fiducia sin la autorización que exige la ley o cuando se celebra un contrato de radiodifusión sonora con una persona extranjera.

La causal que se configura cuando se desconocen normas de orden imperativo es la de objeto ilícito, la cual no permite que se pueda terminar unilateralmente el contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, sostuvo que, en este caso, no se desatendió ninguna disposición constitucional o legal en la etapa precontractual y el contrato no desconoce preceptos de orden imperativo que lo vicien de nulidad; por el contrario, durante el proceso de selección se acataron las pautas definidas por el ordenamiento jurídico, se realizaron los estudios de conveniencia, tal como lo disponen el artículo 25 (numerales 6 y 12) de la Ley 80 de 1993 y el artículo 8 del Decreto 2170 de 2002 y se agotaron las etapas previstas en aquella normatividad, para la escogencia objetiva del contratista.

Por otra parte, señaló el municipio que las facultades otorgadas por el concejo municipal al Alcalde no fueron “*pro tempore*”, pues aquél no podía, so pretexto de conceder autorizaciones, intervenir en la actividad contractual que le corresponde exclusivamente al Alcalde, como jefe de la acción administrativa, tal como lo dispone el artículo 315 (numeral 3) de la Constitución Política.

En opinión de la apoderada del municipio, debe entenderse que las facultades otorgadas por el concejo municipal comprendían la de implementar mecanismos externos de apoyo, asistencia y asesoría, para la modernización de la gestión tributaria de la entidad territorial.

Precisó la demandada que no se incurrió en desviación de poder al celebrar el contrato por el término de 15 años, establecido después de que el Departamento Administrativo de Hacienda Municipal realizara los pertinentes estudios técnicos y económicos, los cuales indicaban que lo más favorable para la entidad territorial era implementar los mecanismos de modernización de la gestión tributaria por un largo plazo, pues de esta manera se generaría mayor estabilidad y una tendencia a recibir mayores recaudos y a incurrir en menores gastos.

Por otra parte, en lo que se refiere al ejercicio de funciones públicas por particulares, se refirió al contenido de varias providencias de la Corte Constitucional, en la cuales se

afirma que tal posibilidad constituye el desarrollo de los principios de solidaridad y participación, sobre los cuales está cimentado el Estado Social de Derecho.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó “*INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA*” y “*SUJECCIÓN AL PLAN DE DESARROLLO*” (fls. 579 a 642, C. 1).

## **5.- Los alegatos de primera instancia.-**

Mediante auto del 22 de febrero de 2008, el Tribunal de primera instancia corrió traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al agente del Ministerio Público, para que emitiera concepto.

**5.1.- La Procuradora Regional del Valle del Cauca** solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró que, a través del contrato cuya declaración de nulidad deprecó, se entregó de manera integral el ejercicio de una función pública a un particular, concerniente a la gestión tributaria, con desconocimiento de los artículos 313 de la Constitución Política y 110 y 111 de la Ley 489 de 1998.

Señaló que la Unión Temporal -SI CALI- maneja la base de datos de los contribuyentes de la entidad territorial y desde la administración del Alcalde Apolinar Salcedo no ha querido hacer entrega de la información allí contenida.

Por otra parte, sostuvo que con la celebración del contrato no han aumentado los ingresos para la administración municipal.

Insistió en que la celebración del contrato se produjo cuando habían fenecido las facultades otorgadas a la administración, por parte del concejo municipal.

Reiteró que la entidad territorial demandada incumplió los principios que informan la función administrativa y la actividad contractual del Estado, en la medida en que no se realizaron, de manera adecuada, los estudios técnicos, jurídicos y financieros para la correcta elaboración de los pliegos. Por otra parte, el acto administrativo que ordenó la apertura del pliego de condiciones no fue publicado en la forma dispuesta por la ley y el pliego de condiciones fue concebido con reglas ambiguas y poco claras.

Por último, reafirmó su posición en torno a que la administración municipal comprometió vigencias fiscales futuras, sin agotar el procedimiento definido por la ley (fls. 825 a 855, C. 5).

**5.2.- El municipio de Santiago de Cali** reiteró los planteamientos expuestos en la

contestación de la demanda, según los cuales la licitación pública se adelantó con sujeción a los principios que informan la función administrativa y la actividad contractual del Estado.

Señaló que el contrato que se acusa no incluye delegación de funciones administrativas en materia tributaria, en estricto sentido (liquidación, facturación, recaudo, etc.), sino que comprende la externalización del servicio o la función para apoyarse en un tercero con miras al cumplimiento de la gestión, conservando la entidad el control, la dirección y la responsabilidad de la administración de cartera.

Sostuvo que, en este caso, no se requería de la autorización de vigencias futuras para cumplir los compromisos económicos derivados del cuestionado contrato de prestación de servicios, pues, para efectos presupuestales, se trataba de un gasto de funcionamiento de la entidad y no de un gasto de inversión (fls. 868 a 891, C. 1).

**5.3.- La Unión Temporal Servicios de Impuestos -SI CALI-** defendió la legalidad de los actos administrativos proferidos en el trámite administrativo de escogencia del contratista y del contrato cuestionado.

Señaló que la licitación pública que dio origen al contrato, cuya declaración de nulidad deprecia la demandante, se agotó totalmente dentro del plazo de los 6 meses otorgado por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, a través del Acuerdo 130 del 28 de julio de 2004, razón por la cual no se presentó la argüida falta de competencia *ratione temporis*, para celebrar el contrato.

Sostuvo que las publicaciones que exige el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 se realizaron antes de la apertura de la licitación pública, es decir, con sujeción a lo dispuesto por la normatividad.

Precisó que la prueba técnica realizada durante el proceso de selección se realizó con un sistema con capacidad para 15.000 contribuyentes, porque se trataba, simplemente, de una demostración de la funcionalidad de éste.

Reiteró los pronunciamientos de la Corte Constitucional, atinentes a la posibilidad de entregar a los particulares, temporalmente, el ejercicio de funciones públicas.

Añadió que, en este caso, no era necesario agotar el trámite de aprobación de vigencias futuras para cumplir los compromisos económicos derivados del contrato de prestación de servicios, por cuanto tales autorizaciones se requieren cuando se trata de proyectos de inversión contemplados en el plan de desarrollo y no cuando se requiere

sufragar gastos de funcionamiento de la entidad territorial (fls. 892 a 909, C. 5).

**5.4.- El Procurador 20 Judicial ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca** emitió concepto favorable a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, sostuvo que la celebración del contrato de prestación de servicios cuestionado materializó la delegación de funciones públicas a un particular, sin que se agotaran los requisitos previstos por los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998. Además, la posibilidad de que la administración pública entregara a los particulares el ejercicio de funciones públicas tenía algunos límites, entre ellos el referido a que la entidad no podía vaciar, por completo, el contenido de sus competencias, porque, por esa vía, el particular reemplazaría a la autoridad pública.

Por otra parte, sostuvo que los servidores públicos que adelantaron el proceso de selección debían conocer el ordenamiento jurídico y, por lo mismo, los principios y deberes que regentan la actividad contractual del Estado, de modo que el desconocimiento de los citados mandatos supone la voluntad de quebrantar las normas que denunció la demandante como violadas.

Afirmó que, en su opinión, los estudios previos al proceso de selección fueron deficientes. Para sustentar esta afirmación, transcribió apartes de la providencia proferida en segunda instancia por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, dentro del proceso 161-3200 156-128650/05, la cual sancionó al ex Alcalde de Santiago de Cali, por la contratación que se cuestiona en este proceso.

Por otra parte, en opinión del Procurador Judicial, el hecho de que el plazo de ejecución del contrato DAHM-GAA-015-05 se hubiera pactado a 15 años suponía comprometer vigencias fiscales futuras; no obstante, la administración omitió agotar el procedimiento de autorización dispuesto para ello por el ordenamiento, con lo cual desconoció los artículos 209 y 345 de la Constitución Política, 3 de la Ley 489 de 1998, 23 de la Ley 80 de 1993, 71 del Decreto-ley 111 de 1996 y 12 de la Ley 812 de 2003 (fls. 911 a 953, C. 5).

#### **6.- La sentencia recurrida.-**

Mediante fallo del 2 de diciembre de 2008, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de esta providencia.

Para llegar a lo anterior, se refirió a las excepciones formuladas por el municipio demandado, señalando que sus fundamentos no correspondían a verdaderos medios exceptivos, sino a razones de la defensa orientadas a negar o a reargüir los argumentos expuestos por la demandante, con el fin de evitar que las pretensiones de la demanda tuvieran éxito.

Enseguida, el Tribunal precisó los aspectos materia del debate sustancial y analizó, en primer lugar, el cargo *“que gira alrededor de la imposibilidad jurídica de contratar con particulares la gestión tributaria municipal, en la forma y bajo la modalidad seleccionada en el presente caso por el ente territorial demandado ... para (sic) con sustento en tales elementos, dictar la decisión que en derecho corresponda, habida cuenta que (sic) de hallarse probado éste, simple y llanamente dicho contrato estaría afectado de un vicio de nulidad absoluta por objeto ilícito ... circunstancia que de suyo aparejaría igualmente la nulidad absoluta de los actos previos al contrato, lo que haría inane el estudio de los demás vicios que endilga la demanda a la contratación en comento”* (fl. 873, C. Consejo).

Para abordar el punto atinente a la posibilidad de encomendar la gestión tributaria a particulares, transcribió *-in extenso-* apartes de la sentencia de la Corte Constitucional que resolvió sobre la exequibilidad de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, de la sentencia proferida por esta Corporación el 17 de mayo de 2007 (exp. AP. 2004-00369-01) y apartes doctrinarios relacionados con la gestión tributaria por particulares, para concluir que, a la luz de los postulados constitucionales y de los previstos por la Ley 489 de 1998, el ejercicio de funciones administrativas por particulares está permitido, con ciertas limitantes, como las siguientes: i) que no se trate del ejercicio de funciones políticas o gubernamentales, ii) que las funciones administrativas no estén asignadas constitucionalmente, de manera exclusiva y excluyente, a las autoridades públicas, como sucede con las funciones asignadas a las fuerzas militares y de policía, iii) que la autoridad administrativa sea titular de la función que atribuye al particular y, iv) que con la delegación de funciones administrativas a los particulares no se pretenda vaciar por completo el contenido de la competencia que se otorga.

Señaló el Tribunal que las normas especiales del estatuto tributario contemplan la posibilidad de otorgar el ejercicio de funciones administrativas a particulares en los aspectos relacionados con el procesamiento de información electrónica, con la recepción de declaraciones tributarias, con el pago de tributos y de sanciones y con el cobro de los mismos por vía ordinaria, mediante la contratación de abogados externos; por el contrario, los aspectos atinentes a la *“fiscalización, la liquidación y la discusión de los tributos, por ser funciones tributarias inherentes al ejercicio del poder de imposición, no son delegables”* (fl. 927, C. Consejo).

Precisó el Tribunal que, analizadas en conjunto las pruebas allegadas al proceso, era viable concluir que estaba llamado a prosperar el cargo relacionado con la imposibilidad jurídica de celebrar el contrato de prestación de servicios objeto de la demanda, por cuanto, *“tal como lo afirma la parte actora, la forma en que aparecen concebidos los pliegos de condiciones (que en el presente caso fueron denominados ‘términos de referencia’) y el contrato mismo, entrañan ciertamente el ejercicio de funciones administrativas íntimamente ligadas a la ‘gestión tributaria’ que ni constitucional ni legalmente pueden (sic) válidamente (sic) ser encomendadas a un particular, pese al esfuerzo que la administración hace por tratar de desvirtuar esta aseveración, mediante la redacción y semántica empleadas en el clausulado y las estipulaciones de semejante relación negocial, las cuales (sic) en principio (sic) pretenden mostrar un panorama distinto bajo el manto de una pretensa externalización o tercerización del servicio (sic) a través de la llamada modernización y optimización de la gestión tributaria municipal”* (fl. 941, C. Consejo)

Para llegar a lo anterior, precisó el Tribunal que, según la jurisprudencia nacional, el alcance del concepto gestión tributaria comprende las actividades concernientes a la determinación de tributos y de fiscalización. La primera de tales actividades consiste en determinar la obligación tributaria desde el punto de vista sustancial y la segunda se refiere a la atribución que tiene la administración de impuestos de realizar todas las diligencias e investigaciones enumeradas en el artículo 684 del Estatuto Tributario<sup>1</sup>, con el fin de precisar los tributos.

El a quo advirtió que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido contundente al afirmar que no es viable, jurídicamente, la delegación o la atribución a favor de

---

<sup>1</sup> “ARTICULO 684. FACULTADES DE FISCALIZACIÓN E INVESTIGACIÓN. La Administración Tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales.

“Para tal efecto podrá:

“a. Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario.

“b. Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados.

“c. Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios.

“d. Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados.

“e. Ordenar la exhibición y examen parcial de los libros, comprobantes y documentos, tanto del contribuyente como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad.

“f. En general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación”.

particulares de las facultades de fiscalización y determinación de tributos, ni la de efectuar las actuaciones preparatorias correspondientes. Tales funciones corresponden al jefe de la unidad de fiscalización de la administración tributaria y a los funcionarios de la respectiva dependencia y la legislación tributaria no prevé la posibilidad de delegarlas en los particulares.

Por otra parte, el Tribunal sostuvo que no se puede desconocer que los artículos 123 y 210 de la Constitución Política contemplan la posibilidad de que los particulares desempeñen funciones administrativas en las condiciones que determine la ley y que esos preceptos fueron desarrollados por los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998; no obstante, la administración desconoció también las citadas normas, pues el plazo del contrato de prestación de servicios, celebrado entre el municipio de Santiago de Cali y la Unión Temporal SI CALI, no podía ser pactado a 15 años, puesto que la ley prevé que estos contratos no pueden superar el término de 5 años.

Por todo lo anterior, el a quo concluyó que la modalidad contractual escogida por la administración implica la *“nulidad absoluta tanto de los actos previos como del contrato demandado”* (fl. 945, C. Consejo), este último por objeto ilícito.

Señaló el Tribunal que *“resulta innecesario e irrelevante entrar a analizar la legalidad de los actos pre-contractuales demandados, esto es, de la resolución que ordenó la apertura de la referida licitación pública y demás actos separables del contrato, acusados por la accionante, excepción hecha del acto de adjudicación, -acto administrativo de carácter definitivo-, el cual correrá igual suerte que la del contrato mismo, es decir, será objeto de la declaratoria de nulidad deprecada”* (fl. 947, C. Consejo).

Para finalizar, ordenó al Alcalde de Santiago de Cali proceder a la liquidación del contrato en el estado en que se encontrare y a reconocer y pagar a la Unión Temporal - SI CALI- las prestaciones ejecutadas, únicamente *“hasta el monto del beneficio obtenido”* (fl. 947, C. Consejo), tal como lo dispone el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 (fls. 822 a 948, C. Consejo).

Uno de los Magistrados se apartó de la decisión mayoritaria de la Sala, salvando su voto, por cuanto, en su criterio, el contrato suscrito entre el municipio de Santiago de Cali y la Unión Temporal SI CALI: i) comprende únicamente funciones de apoyo a la administración, de modo que ésta conserva el ejercicio de la función administrativa en la gestión tributaria, ii) no abarca funciones asignadas constitucionalmente, de manera exclusiva y excluyente, al ente territorial, pues se trata de funciones de carácter técnico y de sustanciación de procesos orientados a modernizar y optimizar la gestión tributaria,

a fortalecer y sanear las finanzas del municipio y a implementar mecanismos anticorrupción en el manejo de las rentas de la entidad pública, iii) las actividades contractuales pueden ser desempeñadas por particulares, pues la Constitución y la Ley no impiden que sean ejercidas por éstos, iv) el municipio de Santiago de Cali es el titular de las funciones atribuidas a la contratista, v) el contrato está ajustado a los postulados establecidos por la Corte Constitucional, para aquellos casos en los cuales está involucrado el ejercicio de funciones administrativas por los particulares y vi) la jurisprudencia del Consejo de Estado que se tomó como referente para declarar la nulidad absoluta del contrato no es aplicable a este caso, pues el contrato sub júdice no comprende las funciones de cobro coactivo y persuasivo (fls. 949 a 962, C. Consejo).

## **7.- La actuación de segunda instancia.-**

Inconformes con el fallo de primera instancia, el municipio de Santiago de Cali y la Unión Temporal de Servicios -SI CALI- interpusieron sendos recursos de apelación, ambos con el fin de obtener la revocatoria de la sentencia impugnada y, por ende, la negación de las pretensiones de la demanda; no obstante, el municipio de Santiago de Cali desistió del recurso interpuesto, mediante escrito presentado, personalmente, el 26 de julio de 2012, por el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad territorial (fls. 1264 a 1266, C. Consejo).

El desistimiento fue aceptado por auto del 28 de septiembre de 2012, el cual fue notificado por estado del 8 de octubre del mismo año (fls. 1289 a 1291, C. Consejo).

Mediante auto del 7 de julio de 2011, la Sala de la Subsección "A" accedió a la solicitud de prelación de fallo en el presente proceso, por cuanto la importancia jurídica y la trascendencia social de los intereses en disputa ameritaban decidir, con preferencia, el debate sustancial planteado (fls. 1189 a 1192, C. Consejo).

La anterior providencia fue recurrida y confirmada por la misma Sala, mediante auto del 8 de febrero de 2012 (fls. 1206 y 1207, C. Consejo).

Posteriormente, mediante escrito radicado el 2 de mayo de 2012, la Procuradora General de la Nación (E) reiteró la solicitud de prelación y de preferencia del trámite procesal y del fallo tendiente a decidir el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 1249 a 1253, C. Consejo).

### **7.1.- La sustentación de recurso de apelación.-**

La Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- cuestionó la sentencia de primera instancia, aduciendo que no existe relación entre el objeto del contrato declarado nulo y el objeto ilícito al cual hace alusión la sentencia.

Según el recurrente, el objeto del contrato DAHM-GAA-015-05 consiste en prestar el servicio para la modernización y optimización de la gestión tributaria a cargo de la administración municipal de Santiago de Cali; sin embargo, el Tribunal entendió que el citado objeto comprende la facultad de determinación y fiscalización tributaria, es decir, el ejercicio de funciones administrativas, de modo que, en sentir del apelante, el a quo equiparó las tareas de apoyo y colaboración en la gestión tributaria con la delegación de funciones administrativas de la misma índole.

Sostuvo que, para llegar a la conclusión plasmada en el fallo de primera instancia, el Tribunal construyó un silogismo, partiendo de un sofisma para estructurar la premisa mayor, en la medida en que entendió *“que seis disposiciones de los términos de referencia y del contrato entrañan el ejercicio de funciones propias de la administración relacionadas con la gestión tributaria, o sea con la determinación y fiscalización del tributo”* (fl. 1073, C Consejo), tales disposiciones son las relacionadas con la gestión integral del proceso, el asumir los costos del cobro persuasivo o del cobro coactivo de los impuestos, la elaboración de los manuales de procesos y procedimientos, la ejecución de actos para la actualización y formación catastral, la proyección o elaboración de borradores de actos administrativos y la remuneración del contrato, atada a mayores ingresos, cuando en realidad tales funciones nada tienen que ver con la determinación y fiscalización de tributos.

En cuanto a la gestión integral del proceso, señaló que el fallo saca de contexto la cláusula contractual, pues entendió que se trataba de la gestión integral de impuestos, cuando, en realidad, la disposición hace referencia al objeto del contrato, es decir, el correcto entendimiento de la previsión contractual es, en opinión del recurrente, que el contratista tenía a su cargo el desarrollo integral de las actividades orientadas a la modernización de la gestión tributaria a cargo de la administración municipal.

En relación con la obligación de asumir los costos del cobro persuasivo o coactivo de los impuestos, manifestó que tal cláusula tiene un contenido financiero y no de competencia en relación con el cobro de impuestos.

Frente a la obligación, a cargo del contratista, concerniente a la elaboración de los manuales de procesos y de procedimientos, señaló que una cosa es confeccionar tales instructivos y otra muy distinta es adoptarlos como reglamento institucional, pues, para

tales efectos, se requiere de un acto administrativo que así lo disponga, el cual debe ser proferido por la administración municipal.

En cuanto a la ejecución de los actos para la actualización y formación catastral, sostuvo que tal actividad es simplemente de orden operativo, en la medida en que comprende las tareas orientadas a producir los datos y a proyectar la resolución de formación catastral.

En lo que respecta a la elaboración de los proyectos de acto administrativo, dijo que la obligación de la contratista sólo comprendía la confección de los borradores; pero, la revisión, aprobación y suscripción de los mismos, corresponde a la entidad territorial, de modo que la existencia, la autoría y la responsabilidad de tales actos es del resorte exclusivo del municipio de Santiago de Cali.

Respecto de la remuneración del contrato atada a los mayores ingresos percibidos, adujo que, tal como quedó pactado en la cláusula quinta del contrato, el contratista recibe mensualmente, por recaudo ordinario, el 2.8% de lo efectivamente recaudado y liquidado por todos aquellos conceptos definidos en el contrato (tributos, multas, sanciones, intereses etc.) y el 4.9% de los recaudos superiores al ordinario. A este respecto, señaló que el Tribunal de primera instancia confundió la metodología para liquidar los honorarios con la privatización de funciones públicas, al afirmar que en esta obligación subyace una inocultable incidencia del contratista en la determinación de los tributos.

En opinión del recurrente, todo lo anterior indica que las obligaciones del contrato no entrañan el ejercicio de funciones públicas, pues ninguna de ellas está orientada a fiscalizar o determinar tributos. Las actuaciones del contratista no van más allá de brindar el apoyo para la modernización y optimización de la gestión tributaria a cargo del municipio, para lo cual el contratista proyecta los documentos y realiza las actuaciones preparatorias pertinentes.

Por otra parte, el recurrente censuró la decisión del Tribunal, en cuanto declaró la nulidad absoluta de todo el contrato, cuando bien pudo decidir que el contrato está ajustado a derecho, en la parte *“estructural”* (fl. 1087, C. Consejo) y que algunas de las estipulaciones *“concretas y aisladas pueden ser ilegales, evento en el cual ha debido precisar que esas estipulaciones, y sólo esas, deben ser interpretadas en el sentido de que su gestión estará a cargo exclusivo de la administración municipal”* (ibídem).

Añadió que, antes de la apertura del proceso de selección, la entidad territorial realizó los estudios jurídicos, técnicos y financieros necesarios para la confección de los

pliegos de condiciones y en esa etapa se contó con la participación activa del Departamento de Hacienda Municipal.

Reiteró que la licitación pública que culminó con la adjudicación del contrato a la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- estuvo ceñida a los mandatos de la Ley 80 de 1993 (fls. 1065 a 1112, C. Consejo).

## **8.- Los alegatos de conclusión de segunda instancia y el concepto del Ministerio Público.-**

**8.1.-** La parte demandante defendió la decisión de primera instancia, para lo cual adujo que, a través del contrato materia del litigio, se entregó al particular el ejercicio de funciones administrativas, con vulneración del orden jurídico vigente.

Precisó que, como no es permitido delegar en los particulares las actividades relacionadas con la determinación y fiscalización tributaria, resulta claro que dicha contratación está viciada de objeto ilícito (fls. 1132 a 1169, C. Consejo).

**8.2.-** El municipio de Santiago de Cali solicitó un pronunciamiento en relación con la legalidad de los actos previos a la celebración del contrato (fl. 1117, C. Consejo).

**8.3.-** La Unión Temporal contratista reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación (fls. 1118 a 1131, C. Consejo).

**8.4.-** El delegado del Ministerio Público guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

### **I. La competencia.-**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por los integrantes de la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 2 de diciembre de 2008, tal como lo precisó la Sala de esta Sección, mediante auto proferido el 25 de noviembre de 2009 (fls. 1042 a 1055, C. Consejo), en la medida en que el interés en litigio excede, ampliamente, los 500 SMLM vigentes a la fecha de presentación de la demanda, requeridos por el numeral 5 del artículo 132 del C.C.A. (modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998), en armonía con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 954 de 2005, para que los Tribunales Administrativos conozcan, en primera instancia, de las controversias relacionadas con contratos estatales y para que el

Consejo de Estado decida, a su turno, los recursos de apelación interpuestos contra aquellas decisiones, tal como lo prevé el artículo 129 del C.C.A. (modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998).

Por otra parte, es de anotar que, en la cláusula trigésimo primera del contrato DAHM-GAA-015-05, las partes previeron que las divergencias que surgieran durante la ejecución del objeto contractual y la liquidación del mismo se someterían al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento, conforme a lo previsto en el artículo 70 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, en este caso el pacto arbitral no tiene aplicación, porque la demanda fue promovida por el Ministerio Público, con miras a garantizar la protección del interés público y del orden jurídico, que estima vulnerados, y no por las partes que, de manera voluntaria, clara y manifiesta, decidieron sustraer del conocimiento de la jurisdicción del Estado los conflictos de orden subjetivo que se suscitaban en torno al citado contrato.

La Procuraduría General de la Nación, legitimada para instaurar la acción contractual dirigida a obtener la declaración de nulidad absoluta del contrato, por virtud de lo previsto en los artículos 87 del C.C.A (subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) y 45 de la Ley 80 de 1993, no es un sujeto frente al cual resulte oponible el acuerdo de voluntades contenido en la cláusula compromisoria, no sólo porque no consintió en ella y, por ende, no pueda quedar vinculada por sus efectos, sino, además, porque la protección del interés público no puede quedar sujeta al ámbito de la autorregulación de los intereses privados.

Por lo anterior, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de la controversia que se somete a su conocimiento.

## **II.- Análisis de la Sala.-**

Como se desprende de los antecedentes que fueron consignados en la primera parte de esta providencia, la demandante cuestionó las múltiples irregularidades que, en su sentir, se produjeron desde la etapa de los estudios previos de la licitación pública DAHM-001-94 (estudios previos deficientes), pasando por las distintas fases del proceso de selección (irregularidades en los pliegos de condiciones en torno a la fijación de los requisitos atinentes a la capacidad jurídica de los participantes, incumplimiento del principio de reciprocidad, falta de claridad en cuanto al objeto social requerido, en relación con el tiempo de constitución de las sociedades y la experiencia de los oferentes, ambigüedad en las disposiciones contenidas en el citado pliego, falta de competencia *ratione temporis* para adjudicar el contrato, irregularidades en la evaluación de la oferta única, etc.), hasta la celebración del contrato (según se afirma

en la demanda, la administración municipal contrajo el compromiso económico sin autorización para comprometer vigencias fiscales futuras, pese a que el plazo de ejecución fue pactado en 15 años), razón por la cual solicitó la declaración de nulidad del acto administrativo que adjudicó el contrato a la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- y la nulidad de los demás actos precontractuales (ver pretensiones de la demanda).

La nulidad de los actos previos sirvió de fundamento para que la demandante cuestionara la validez del contrato DAHM-GAA-015-05; pero, además, alegó la ilicitud del objeto, con el fin de obtener la declaración de nulidad absoluta del mismo.

El Tribunal de primera instancia consideró que no era posible adelantar la citada contratación, pues la forma en la cual quedaron concebidos los pliegos de condiciones y el contrato mismo supone el ejercicio de funciones administrativas ligadas al ejercicio de gestión tributaria, por particulares; por ende, concluyó que el contrato estatal DAHM-GAA-015-05, celebrado entre el municipio de Santiago de Cali y la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI-, nació viciado de objeto ilícito y, por la misma razón, el acto de adjudicación contenido en la Resolución A-0045 del 4 de febrero de 2005 devino nulo.

En ese sentido, el Tribunal se abstuvo de analizar los demás fundamentos de la demanda, pues los esbozados eran suficientes para aniquilar el contrato y el acto de adjudicación.

Lo primero que advierte la Sala es que los vicios que afectan la validez de los contratos estatales y que se sancionan con la declaración de nulidad absoluta se pueden erigir, desde el plano hipotético, en los aspectos intrínsecos del acto jurídico, como sucede cuando adolece de objeto ilícito (artículos 1519, 1521 y 1523 del C.C.), de causa ilícita (artículo 1524 ibídem) o de vicios del consentimiento (artículo 1508 ibídem), cuando se presenta incapacidad absoluta (artículos 1503 a 1506 ibídem), inhabilidad o incompatibilidad prevista en la Constitución o la ley en relación con los contratantes (numeral 1, artículo 44 de la Ley 80 de 1993), cuando el contrato es celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal (numeral 2 ibídem), con abuso de poder (como la extralimitación de funciones) o con desviación de poder (numeral 3 ibídem), aunque también, los vicios de tal raigambre pueden surgir por causas exógenas al contrato mismo, los cuales, igualmente, lo afectan en su esencia, como sucede cuando el vicio estriba en el acto administrativo que le dio vida al contrato o cuando éste ha sido celebrado con desconocimiento de los criterios previstos para las ofertas nacionales o del principio de reciprocidad de las ofertas extranjeras (numerales 4 y 5 ibídem).

Cuando el vicio que afecta la validez del contrato reside en el acto administrativo que le dio origen al mismo, surge la posibilidad de cuestionar la legalidad de este último, con el único fin de estructurar la causal de nulidad absoluta del contrato. Así lo contemplaba el artículo 87 del C.C.A. (con la modificación introducida por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) vigente para la época en la cual se interpuso la demanda, al señalar que, *“Una vez celebrado éste<sup>2</sup>, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato ...”*, con lo cual el legislador hizo prevalecer la doctrina de la inseparabilidad de los actos previos, luego de celebrado el contrato<sup>3</sup>.

En el sub - lite, la Procuradora Regional del Valle del Cauca acudió a la norma acabada de citar, para pedir la declaración de nulidad absoluta del contrato, invocando no sólo factores endógenos, particularmente el objeto ilícito de las obligaciones, sino también factores exógenos que, como la nulidad de los actos administrativos previos, conducirían a idéntico resultado; sin embargo, como quedó anotado en precedencia, el Tribunal de primera instancia dejó de lado el examen de legalidad de los actos previos y emprendió su análisis sólo respecto de la validez del contrato, pese a lo cual terminó por declarar la nulidad de la Resolución A-0045 del 4 de febrero de 2005, *“POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA LA LICITACION PUBLICA No. DAHM-01-04”*, bajo el entendido de que la nulidad absoluta del contrato, por ilicitud de su objeto, acarrea también la del acto administrativo, por cuanto no era posible adelantar el trámite de la contratación.

Al respecto, la Sala debe advertir y dejar claro que la nulidad del acto de adjudicación puede generar la nulidad absoluta del contrato, porque aquél es el fundamento jurídico de éste, en otros términos, es el que le da vida al negocio jurídico, de modo que si el acto administrativo de adjudicación es ilegal, el contrato se forma con un vicio de ilegalidad, de tal linaje, que no es susceptible de saneamiento y que conduce, indefectiblemente, a la nulidad absoluta y total del contrato (artículo 44, numeral 4, Ley 80 de 1993); en cambio, cuando el vicio que afecta la validez del contrato reside en alguno de sus elementos, éste puede ser nulo, pero ello no significa necesariamente que, por esa única razón, el acto administrativo que le dio origen también deba ser invalidado, pues las causales de nulidad de este último están ligadas a las irregularidades de la actuación administrativa que culminó con su expedición y no al contenido del acto jurídico que surgió como resultado del procedimiento administrativo.

Pese a lo anterior, el recurrente no manifestó inconformidad a este respecto, pues, para obtener la revocatoria de la sentencia impugnada, se limitó a señalar, en síntesis, que el

---

<sup>2</sup> Refiriéndose al contrato.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1048 del 4 de octubre de 2001. En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, exp. 14.667.

Tribunal tergiversó el objeto de las obligaciones contenidas en el contrato y que la actuación administrativa tendiente a escoger al contratista se llevó a cabo con sujeción a los principios que informan la actividad contractual del Estado; pero, omitió reargüir los fundamentos que expuso el fallador de primera instancia para declarar la nulidad del acto administrativo de adjudicación, con lo cual la competencia material del juez de segunda instancia quedó limitada al análisis de los aspectos cuestionados en el escrito de sustentación del recurso de apelación.

Lo anterior, por cuanto la competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el escrito de sustentación del recurso de apelación y no por el mero acto procesal dispositivo de parte, a través del cual manifiesta, de manera abstracta, impugnar la respectiva providencia.

En efecto, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>, si la apelación constituye una de las formas de impugnar<sup>5</sup>, expresión que significa contradecir, combatir o refutar, resulta inexorable aceptar que el deber de sustentar la apelación consiste, justamente, en explicar y argumentar las razones o motivos que han dado lugar a la interposición del recurso, esto es, exponer la crítica jurídica contra la providencia objeto de impugnación, para revelar su desconformidad con ella y, por ende, conseguir su revocatoria o su reforma, cual es la finalidad de este medio de impugnación, conforme a lo dispuesto por el artículo 350 del C. de P.C.

De lo anterior surge con claridad que el recurso de apelación está compuesto por dos fases que, en conjunto, constituyen una unidad procesal, de modo que sin el agotamiento de alguna de ellas no es posible entrar a resolver la impugnación. La primera es la de interposición del recurso y consiste en el acto a través del cual la parte interesada manifiesta, sencillamente, que está en desacuerdo con la decisión, cosa que, si se hace dentro de la oportunidad prevista por el ordenamiento jurídico, impide que la decisión judicial cobre firmeza y abre paso a la segunda fase, cual es la de sustentación del recurso, que consiste en la impugnación propiamente dicha, conforme a la acepción expuesta en el párrafo anterior. Este es el correcto entendimiento del procedimiento establecido por el artículo 212 del C.C.A<sup>6</sup>., en cuanto dispone que, “... *Recibido el expediente y efectuado el reparto, se dará traslado al recurrente por el*

---

<sup>4</sup> Sala de Casación Civil, auto del 30 de agosto de 1984. Gaceta Judicial CLXXVI, pág. 231.

<sup>5</sup> Expresión proveniente de la raíz latina “*impugnare*”.

<sup>6</sup> Es de anotar que esta norma fue subrogada por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010, promulgada el 12 de julio del mismo año. A la luz de esta normatividad, la interposición del recurso y la sustentación del mismo deben surtirse ante el juez de primera instancia, es decir, las dos fases a las cuales se ha hecho alusión en la presente providencia deben agotarse ante el a quo, en un mismo escrito o en escrito separado, pero, en todo caso, dentro de la oportunidad prevista en la norma; sin embargo, en este caso el recurso de apelación fue interpuesto el 13 de enero 2009 (fl. 963 C. Consejo), fecha para la cual aún estaba vigente el artículo 212 del C.C.A. (modificado por el artículo 51 del Decreto 2304 de 1989), de manera que la sustentación del recurso podía efectuarse ante el a quo o ante el ad quem dentro de las oportunidades previstas en dicha disposición.

*término de tres (3) días para que sustente el recurso, si aún no lo hubiere hecho. Si el recurso no se sustenta oportunamente, se lo declarará desierto y ejecutoriada la sentencia objeto del mismo...* (subraya fuera del texto).

La norma especial del Código Contencioso Administrativo acabada de citar se complementa, entre otros, con los artículos 352 y 357 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto en éstos se precisan la trascendencia y el contenido de la sustentación del recurso de apelación y los límites de la competencia funcional del juez ad quem.

Así, el párrafo 1º del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil señala que, “... *Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia ...*”, de donde se deduce, con absoluta claridad, que es a partir de las “razones de inconformidad” expuestas por el recurrente que se puede establecer la competencia del juez de segundo grado, conforme a lo previsto por el artículo 357 ibídem, en cuanto dispone que “*La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla ...*” (subraya fuera del texto), de tal suerte que sólo a través de la manifestación de esas razones de inconformidad se puede demarcar, con precisión, lo que ha sido “desfavorable” a los intereses del apelante. Entender lo contrario significaría que el juez ad quem puede calificar a su arbitrio y deliberadamente lo que es favorable o no al recurrente, con grave riesgo de afectar los intereses de las partes, interpretar equivocadamente el querer del impugnante (muchas veces lo que el juez considera lesivo para el apelante, éste no lo considera así), ir contra la voluntad expresa del recurrente, abusar de sus poderes y competencias dadas por la Constitución y la ley y afectar, por consiguiente, el debido proceso. En este punto, es preciso anotar con toda claridad que quien puede calificar qué es desfavorable a sus intereses es la parte que se siente afectada con la decisión recurrida y, por ende, el juez no puede arrogarse dicha facultad o, lo que es lo mismo, no puede sustituir al impugnante en la labor de calificar qué afecta los intereses subjetivos del recurrente y trazar los límites sobre los que discurrirá el proceso en sede de apelación. Tal situación, de presentarse, comportaría, además de una violación al debido proceso, un desconocimiento del principio dispositivo que informa el proceso ordinario contencioso administrativo.

Lo anterior significa que las competencias funcionales del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la “*non reformatio in pejus*”, introducido como precepto en el artículo 31 de la Constitución Política y consagrado por el mismo artículo 357 del C. de P. C. y, en

segundo orden, por el objeto mismo del recurso de apelación (revocar o modificar la providencia), cuyo marco está definido, a su vez, por las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia. Así, pues, al juez de segundo grado le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador<sup>7</sup>, revisar temas del fallo de primer grado que son aceptados por el recurrente (bien porque omite reargüirlos en la sustentación del recurso de apelación o bien porque expresamente los elimina de la discusión manifestando su asentimiento en relación con los mismos), pues éstos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo mismo, debe decirse que, frente a dichos aspectos, fenece por completo el litigio o la controversia.

En este punto, es necesario hacer énfasis en que las razones de inconformidad son, verdaderamente, las que fijan el objeto del recurso y las que limitan materialmente la competencia del juez ad quem y en esa labor de interpretación del objeto de la impugnación debe ser prudente el juez de segundo grado, pues en algunas ocasiones el recurrente manifiesta que el recurso tiene por objeto la revocatoria de la sentencia; pero, realmente, las razones de inconformidad ponen de relieve que su verdadera intención es que ésta sea modificada o revocada sólo en algunos aspectos.

Ahora, la trascendencia de los efectos del acto de sustentación del recurso no se agota con sólo señalar que allí se plasma el objeto de la impugnación, se fijan los márgenes del *thema decidendum*, se concreta lo que será el debate sustancial en la segunda instancia y, por consiguiente, se fijan las competencias funcionales del ad quem, sino que a ello hay que añadir que, a partir de las razones de inconformidad expuestas por el recurrente, la parte no impugnante ejerce su oposición frente al recurso en la etapa de alegaciones finales de segunda instancia (artículo 212 del C.C.A) y, desde luego, sólo entrará a refutar aquellas razones que esbozó el recurrente en el escrito de sustentación, pues, en virtud de los principios de la buena fe y de la lealtad procesal que informan las actuaciones procesales, la parte no recurrente entendería, con sobrada razón, que los aspectos que no fueron mencionados en el escrito de impugnación cobraron firmeza<sup>8</sup>, de manera que si el juez ad quem analiza en la sentencia de segunda instancia temas que no eran los esperados por las partes, porque no estaban comprendidos dentro del escrito de impugnación, estaría complementando indebidamente la impugnación, con lo cual desviaría su poder y violaría el debido proceso de las partes, porque éstas no tendrían opción, dentro del proceso, de

---

<sup>7</sup> Excepción que consagra el mismo artículo 357 del C. de P.C., al señalar que “... en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla...” –conexidad-; también cuando la providencia ha sido cuestionada por ambas partes (de manera directa o por adhesión), o cuando la sentencia impugnada es inhibitoria, o cuando por razones de orden público se hace necesario introducir modificaciones al fallo de primer grado (ver Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, casación del 8 de septiembre de 2009, exp. 11001-3103-035-2001-00585-01).

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, casación del 8 de septiembre de 2009, exp. 11001-3103-035-2001-00585-01. En el mismo sentido ver auto proferido por la misma corte el 28 de febrero de 2007, exp. 01954 00.

pronunciarse sobre el complemento de la impugnación hecha indebidamente por el ad quem.

En suma, tal como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de la Sala<sup>9</sup>, sólo puede ser materia del pronunciamiento al desatar el recurso de apelación aquello que expresamente haya sido sea refutado por el impugnante en el escrito de sustentación, siempre que se hayan aducido las razones de inconformidad. Lo único que puede ser calificado de desfavorable a los intereses del recurrente es, entonces, aquello que está comprendido en las razones de su inconformidad (*tantum devolutum quantum appellatum*)<sup>10</sup>. y, por ende, tales son los aspectos que delimitan la competencia del superior funcional. La apelación general que hace unos años, en vigencia del Decreto 2282 de 1989, admitió la jurisprudencia patria<sup>11</sup>, hoy día no es válida por las razones que han sido ampliamente expuestas.

En el sub-lite, el demandante interpuso “... recurso de **APELACIÓN** contra la sentencia sin número de Diciembre 02 de 2008 ...” (fl. 963, C. Consejo); pero, al sustentar el recurso, omitió efectuar cualquier consideración en torno a la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación del contrato, pues no expresó ninguna razón de inconformidad en relación con esa importante decisión del a quo y, en tales condiciones, ese aspecto quedó excluido del debate de segunda instancia.

Así las cosas, la Sala no puede efectuar consideraciones respecto de las razones del a quo, consignadas en el fallo recurrido para declarar la nulidad de la Resolución A-0045 del 4 de febrero de 2005, “**POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA LA LICITACION PUBLICA No. DAHM-01-04**”.

En suma, al no cuestionar y expresar las razones por las cuales no era procedente la declaración de nulidad del acto administrativo de adjudicación, el recurrente permitió que la decisión de primera instancia quedara en firme en ese particular aspecto y, por consiguiente, al mantenerse incólume tal declaración, la nulidad absoluta del contrato pervive, porque ese supuesto hipotético se subsume en la causal de nulidad absoluta del contrato estatal prevista por el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993<sup>12</sup>, de tal suerte que cualquier análisis en torno a la declaración de nulidad absoluta del contrato, por objeto ilícito, resulta inocua para los fines perseguidos por el apelante, es decir, para obtener la revocación de la sentencia de primera instancia.

---

<sup>9</sup> Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 18.950. Ver también sentencia proferida el 16 de septiembre de 2013, por la Subsección “A” de la misma Sección de la Corporación, exp. 19.705.

<sup>10</sup> Al respecto, ver sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 1992, exp. 0296.

<sup>12</sup> “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

...

“4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten ...”

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia recurrida y se abstendrá de efectuar cualquier consideración adicional al respecto.

### **III.- Las restituciones mutuas.-**

El fallo de primera instancia omitió resolver lo atinente a las restituciones mutuas, pues tan sólo ordenó al Alcalde del municipio de Santiago de Cali proceder a la liquidación del contrato “*en el estado en que se encuentre*” (fl. 948, C. Consejo) y reconocer y pagar a la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- las prestaciones ejecutadas, únicamente, hasta el monto del beneficio obtenido por la entidad estatal.

Pese a que tal aspecto no fue objeto del recurso de apelación, se hace imprescindible complementar la sentencia apelada, para resolver en esta instancia tal extremo del litigio, pues se trata de uno de los efectos más relevantes que se desprenden de la declaración de nulidad absoluta del contrato, tema en el cual se halla comprometido el orden público jurídico y el interés público. En ese sentido, se adicionará la sentencia de primera instancia, tal como lo prevé el inciso segundo del artículo 311 del C. de P.C.

Lo primero que advierte la Sala es que, en este caso, no es procedente ordenar a la entidad estatal liquidar unilateralmente el contrato DAHM-GAA-015-05 del 11 de febrero de 2005, pues si la mencionada facultad de la administración surge por virtud de la ley y con ocasión del contrato (artículo 61 de la Ley 80 de 1993), al ser éste declarado absolutamente nulo, con efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado, sencillamente no hay contrato por liquidar y no hay prerrogativa que ampare a la administración pública para que pueda tomar decisión alguna en relación con lo que fue la ejecución del contrato invalidado.

Lo único que procede en este caso son las restituciones mutuas, como pasa a verse.

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su celebración y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra lo que recibió como prestación durante la vigencia de aquél, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, salvo que la naturaleza de las prestaciones impida que las cosas se retrotraigan al estado primigenio.

En efecto, dichas restituciones son procedentes, por regla general, cuando el contrato declarado nulo es de ejecución instantánea (salvo que verse sobre cosas fungibles), como en la compraventa, por ejemplo, pues, en este caso, el comprador restituye la

cosa y el vendedor restituye la contraprestación recibida, conforme a lo prescrito por el artículo 1746 atrás citado; pero, existen eventos en los cuales las restituciones mutuas no son procedentes, porque la naturaleza del fenómeno que se presenta lo impide materialmente, como sucede, por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, como ocurre en el caso de algunos contratos de ejecución sucesiva (el de prestación de servicios, el de arrendamiento, etc<sup>13</sup>).

Por tal razón, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 dispone que la declaración de nulidad absoluta de un contrato de ejecución sucesiva no impide el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas al momento de la declaratoria.

En este caso, a pesar de que el contrato DAHM-GAA-015-05 del 11 de febrero de 2005 adolece de nulidad absoluta, resulta imposible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración, pues ello implica deshacer lo ejecutado por la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- y que ésta -como contratista- devuelva los valores que le fueron pagados por el municipio de Cali por la ejecución del objeto contractual, de lo cual al menos lo primero es materialmente irrealizable.

#### **- Restitución de bienes corporales e incorporales.-**

Pese a lo anterior, lo que sí resulta procedente -para volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato declarado nulo- es la restitución de los bienes que la entidad pública contratante entregó a la contratista, para la ejecución del objeto del contrato, pues, según se desprende de la prueba válidamente allegada al proceso, el municipio de Santiago de Cali se obligó a poner a disposición de la unión temporal algunos inmuebles, instalaciones físicas, equipos, infraestructura de comunicación y bases de datos (ver numerales 4.1.5, 4.1.5.1, 4.1.5.2, 4.1.5.3, 4.2.6,

---

<sup>13</sup> También existen casos en los que la misma ley o la conveniencia pública impiden que se puedan decretar las restituciones mutuas:

A este respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de agosto de 1993, exp. 2.985, dijo:

“... ese efecto retroactivo de la declaración de nulidad admite excepciones, en primer lugar, cuando la nulidad proviene de un objeto o causa ilícita; en segundo lugar, cuando se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz omitiéndose los requisitos que la ley exige y, en tercer lugar, por razones de interés público.

“Las dos primeras excepciones están contempladas en los artículos 1525, 1746 y 1747 del Código Civil. La primera disposición prohíbe repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud, y la segunda, en igual forma, lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico.

“La tercera excepción viene impuesta por las necesidades del servicio público, dada la primacía del interés social por sobre el particular, establecida en el artículo 58 de la Constitución Nacional (antes art. 30).

“Siendo, como es, la propiedad una función social, al tenor de la disposición constitucional, debe ceder frente al interés general, por lo cual no siempre es conducente la acción restitutoria o reivindicatoria, sino una sustitutiva de carácter compensatorio”.

4.2.7, 4.2.7.1, 4.2.7.2 y 4.2.7.3 del pliego de condiciones, folios 210 a 215, C. 2 y cláusulas sexta y séptima del contrato DAHM-GAA-015-05, folios 191 y 192, C. 1).

En ese sentido, la Sala ordenará que los integrantes de la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- restituyan al municipio de Santiago de Cali, en un plazo no mayor a treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la totalidad de los bienes muebles e inmuebles que le hayan sido entregados para la ejecución del objeto del contrato.

Ahora, como dentro del expediente no existe ningún elemento de juicio que permita establecer cuáles fueron los bienes entregados por la administración al contratista, el estado en el cual fueron recibidos por éste y la forma en la que deberían ser restituidos al finalizar el contrato, la Sala no puede señalar en qué estado se deben devolver dichos bienes y, por lo mismo, no puede pronunciarse sobre lo previsto por el inciso segundo del artículo 1746 del C.C.

Por lo anterior, la Sala se limitará a ordenar la devolución de los bienes, en el plazo indicado párrafos atrás.

Por otra parte, de la prueba que obra en el proceso se desprende que la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali -SI CALI- era la encargada de alimentar y actualizar las bases de datos relacionadas con la información de los contribuyentes y la administración de los impuestos objeto del contrato declarado nulo (ver numerales 4.1.1, 4.1.2.5, 4.1.2.6, 4.1.2.12, 4.1.3.6, 4.1.3.10, 4.2.7.3 y 4.4 del pliego de condiciones y cláusula sexta del contrato, folios 183 a 189, 202, 204, 206, 215 y 217, C. 2 y 191 y 192, C. 1); por consiguiente, para volver las cosas al estado anterior, se dispondrá que los integrantes de la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- entreguen a la entidad territorial, en un plazo no mayor a treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la totalidad de la información física y magnética (bases de datos, expedientes, correspondencia y demás documentos), junto con las copias magnéticas de seguridad que se hallen bajo su custodia y que guarden relación con el objeto del contrato declarado nulo.

Las bases de datos deberán ser entregadas con la información actualizada hasta la fecha en que se ejecutó materialmente el objeto del contrato, es decir, hasta la fecha en que se produjo la suspensión definitiva del mismo, como consecuencia de la orden impartida dentro de la acción popular 76-109-33-31-000-2005-01625-01 (fls. 1352 a 1414, C. Consejo).

#### **IV.- Costas.-**

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

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

#### **F A L L A:**

**PRIMERO.- CONFÍRMANSE** los incisos primero, segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

**SEGUNDO.- ADICIÓNASE** la parte resolutive de la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2008 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, así:

**a.-** "Los integrantes de la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali - SI CALI, es decir, a las sociedades SISTEMAS Y COMPUTADORES S.A., CKNET LTDA., INGENIEROS CONSULTORES, INTERVENTORES, CONSTRUCTORES LTDA. - INGOS LTDA-. y LINKS S.A. deberán **RESTITUIR** al municipio de Santiago de Cali, en un plazo no mayor a treinta días, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, la totalidad de los bienes muebles e inmuebles que recibió de la entidad territorial, para la ejecución del contrato DAHM-GAA-015-05 del 11 de febrero de 2005.

**b.-** "Los integrantes de la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali - SI CALI, es decir, las sociedades SISTEMAS Y COMPUTADORES S.A., CKNET LTDA., INGENIEROS CONSULTORES, INTERVENTORES, CONSTRUCTORES LTDA. - INGOS LTDA-. y LINKS S.A. deberán **ENTREGAR** al municipio de Santiago de Cali, en un plazo no mayor a treinta días, contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, la totalidad de la información física y magnética (bases de datos, expedientes, correspondencia y demás documentos), junto con las copias magnéticas de seguridad que se hallen bajo su custodia y que guarden relación con el objeto del contrato declarado nulo.

"Las bases de datos cuya restitución se ordena deberán estar actualizadas hasta la fecha en que la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali –SI CALI- ejecutó las obligaciones del contrato DAHM-GAA-015-05 del 11 de febrero de 2005.

**TERCERO.-** Sin condena en costas.

**CUARTO.-** Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A.

**QUINTO.-** Expídase copia de la sentencia con destino a las partes, con las precisiones establecidas por el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**SEXTO.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN    MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**