

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

Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 25000-23-26-000-2006.01388-02 (47309)
Actor: JAIME HERNANDO VEGA LAFAURIE Y OTRA
Demandado: FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL
Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: CONTRATO DE CONCESIÓN SOBRE EL SERVICIO DE PATIOS – riesgo de cartera – remate de los vehículos abandonados / SOCIEDADES FIDUCIARIAS – presupuestos de la legitimación en la causa

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección B, el 14 de febrero de 2013, mediante la cual se dispuso:

***“PRIMERO: No dar trámite** a la objeción por error grave, presentada por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C. FONDATT contra el dictamen pericial, rendido por el auxiliar de la justicia Luis Fernando Pulido Escalante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

***“SEGUNDO: Declarar probada** la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la Fiduciaria de Occidente S.A., la cual fue propuesta por la entidad demandada y negar las demás excepciones propuestas por dicho sujeto procesal.*

***“TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.*

***“CUARTO: SIN** condena en costas procesales”.*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 9 de junio de 2006, el señor Jaime Hernando Lafaurie Vega y la Fiduciaria de Occidente S.A., esta última obrando como vocera del patrimonio autónomo “FIDUOCCIDENTE S.A. -3-1-427- JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA”¹, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron la siguientes declaraciones y condenas contra el FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL FONDATT²:

“1) Que se declare el incumplimiento del contrato No. 093 de 1996, por parte del FONDATT DE LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ y sus otrosíes al mismo: OTROSÍ DEL 30 DE JULIO DE 1997, OTROSÍ No. 2 DE DICIEMBRE 31 DE 1997, OTROSÍ DE ENERO 29 DE 2001, OTROSÍ No. 4 DE FEBRERO 12 DE 2001, OTROSÍ DE JUNIO 27 DE 2001, OTROSÍ DE JULIO 30 DE 2002, OTROSÍ DE OCTUBRE 27 DE 2003.

“2) Que es nulo el acto administrativo [contenido en la] resolución No. 101 del 15 de marzo de 2005, expedido por el DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL FONDATT DE LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ, que liquidó unilateralmente el contrato de concesión 093 de 1996, y LOS OTROSÍES al mismo contrato de fechas 30 de julio de 1997, 31 de diciembre de 1997, 29 de enero de 2001, 30 de enero de 2001, 12 de febrero de 2001, 27 de junio de 2001, 30 de julio de 2002 y 27 de octubre de 2003.

“3) Que es nulo el acto administrativo [contenido en la] resolución 1032 de 15 de diciembre de 2005, que resolvió el recurso de reposición contra la resolución 101 del 15 de marzo de 2005, interpuesto mediante apoderado por el titular del contrato 093 de 1996 JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA, y expedido por el DIRECTOR EJECUTIVO DEL FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL FONDATT DE LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ.

¹ En la demanda invocó la calidad de cesionaria de los derechos económicos del Contrato de Concesión 093 de 1996.

² En adelante se podrá denominar como: FONDATT.

“4) Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del contrato y de las anteriores declaraciones de nulidad sobre los actos administrativos aludidos, mi poderdante tiene derecho a recibir los servicios de garaje prestados al FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL FONDATT DE LA SECRETARIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ. En consecuencia se le debe restituir dichos derechos. Por tal razón solicito a la Honorable Corporación, realice en sede judicial las modificaciones a la liquidación del contrato 093 de 1996, teniendo en cuenta los derechos que estoy probando y que le fueron desconocidos por el FONDATT, en los actos cuya declaratoria de nulidad aquí se solicita.

“5) Como consecuencia de lo anterior, se ordene el reconocimiento y pago a favor de mis poderdantes, de las siguientes sumas de dinero:

”a) Las sumas correspondientes a los servicios prestados y adeudados por la administración respecto de 1.886 vehículos que les fueron entregados al FONDATT en el mes de Diciembre de 2003, a través de 101 actas, como consecuencia y desarrollo, entre otros, del OTROSI del 27 de octubre de 2003, que ordena la entrega anticipada de todos los rodantes que estuviesen en los patios del concesionario e igualmente ordena el pago de los servicios de patios prestados sobre los mismos, y que no fueron pagados por la entidad Distrital, los cuales estimo en \$8.228’050.311,00.

“b) El valor del servicio de patios correspondientes a los remates que el FONDATT DE LA SECRETARIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ realizó desde 1998 al año 2000, producto de las resoluciones 111 de junio 5 de 1997 y 163 de julio 17 de 1997; en total 11 procesos de remates de 3.596 vehículos y cuyo valor del servicios no cancelado estimo en \$7.754’977.817,00.

“c) El valor correspondiente al servicio de patios sobre los vehículos de tracción animal que mi cliente prestó durante la ejecución contractual, es decir sobre 180 unidades que reposan en el patio único de la SECRETARIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE FONDATT DE BOGOTÁ, y cuyo valor lo estimo en \$1.519’220.761,00.

“d) Vehículos rematados por el FONDATT DE LA SECRETARIA DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ, EN MARZO Y MAYO DE 2003, bajo la disposición del artículo 128 de la ley 769 de 2002, cuyo valor lo estimo en \$5.683’416.269,00.

“6) Que con base en las declaraciones anteriores, mediante la sentencia respectiva se ordenen el reconocimiento y pago de las acreencias anteriormente señaladas por concepto de los servicios prestados y reclamados en la presente demanda, con sus respectivos intereses de mora y actualizaciones debidas.

“7) Que con base en las declaraciones anteriores y a título de perjuicios se le reconozca a mi representado los daños patrimoniales sufridos por la no liquidación oportuna por parte del FONDATT del contrato aludido, y el mantenimiento de la cartera ociosa e improductiva que tuvo que soportar mi cliente y cuyo valor lo estimo en \$13.194'995.623,00 (trece mil ciento noventa y cuatro millones novecientos noventa y cinco mil seiscientos veintitrés pesos).

“8) Que como consecuencia de las multas impuestas ilegalmente, la declaratoria de incumplimiento en forma ilegal, el retardo injustificado de la liquidación y el desconocimiento de los derechos de mi cliente, se ordene al FONDATT pagar los perjuicios morales causados a mi cliente, para la cual le solicito al despacho sean basados en 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de su tasación.

“9) Que a las sumas reconocidas por el FONDATT en las resoluciones cuya declaratoria de nulidad aquí se impetra se les reconozca el valor de las respectivas actuaciones con intereses moratorios desde mayo 11 de 2005, hasta la fecha de la sentencia en firme.

“10) Que se haga efectiva la condena de acuerdo con lo señalado en el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

2. Los hechos

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Mediante el Contrato de Concesión 093 suscrito el 31 de octubre de 1996 entre el señor Jaime Hernando Lafaurie Vega y el FONDATT, el primero de ellos se obligó a prestar por su cuenta y riesgo el servicio de patios o garajes de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá D.C., pudiendo cobrar las tarifas oficiales fijadas por el FONDATT.

2.2. De acuerdo con el pliego de condiciones de la licitación pública que precedió la celebración al Contrato de Concesión 093, el concesionario se obligó a presentar un programa de remates de los vehículos depositados que tuvieran más de cinco años en los patios, con el fin de descongestionar y racionalizar la utilización de los mismos.

2.3. Mediante el Otrosí No. 2 suscrito el 31 de diciembre de 1997, las partes acordaron que los remates se efectuarían por cuenta del concesionario y que los ingresos correspondientes se distribuirían entre las mismas, de acuerdo con los porcentajes previstos en la propuesta que hizo parte del contrato.

2.4. Inicialmente el FONDATT expidió las Resoluciones 111 de 5 de junio de 1998 y 163 de 17 de julio de 1998, mediante las cuales dictó las normas correspondientes a los remates de los vehículos inmovilizados. Las citadas resoluciones fueron expedidas con apoyo en el Acuerdo 09 de 1989 emanado del Concejo del Distrito Especial de Bogotá³ y el Decreto 304 de 1989. En estas disposiciones se autorizaba al FONDATT para *“rematar, donar o vender los elementos de su propiedad.”*

2.5. Según observó el demandante, el FONDATT nunca estuvo autorizado para rematar en forma directa los vehículos, lo cual resultó, además, un procedimiento de expropiación contrario a la Constitución Política de 1991, tal como lo advirtió la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.6. Con la expedición de la Ley 769 de 2002, mediante la cual se adoptó el Código Nacional de Tránsito Terrestre, publicada el 6 de agosto, se estipuló la posibilidad de disponer de los vehículos inmovilizados por infracciones, a través de subasta pública.

2.7. El FONDATT expidió la Resolución 960 de 2003, en la cual le otorgó facultades al Martillo del Banco Popular para que esa entidad procediera a los remates.

³ Por el cual se transformó el Fondo Rotatorio de Seguridad Vial del DATT, en un establecimiento público denominado Fondo de Educación y Seguridad Vial del DATT –FONDATT, folios 712 a 716, cuaderno 3. .

2.8. En reiteradas comunicaciones el apoderado del concesionario advirtió al FONDATT que los remates reglamentados por esa entidad eran ilegales y que, a su juicio, se realizaban en violación flagrante del acuerdo suscrito entre las partes, contenido en el otrosí firmado el 30 de julio de 2002.

2.9. Las partes entraron en conflicto sobre los remates y el FONDATT pretendió imponer multas por el supuesto incumplimiento del contrato. Finalmente, según expuso el demandante, zanjaron las diferencias en forma definitiva, lo cual concluyó con el acuerdo plasmado en el otrosí suscrito el 27 de octubre 2003, mediante el cual se dispuso la entrega anticipada de los vehículos que permanecían en los patios de la concesión y el traslado de los mismos al patio único del FONDATT.

2.10. Una vez terminado el Contrato de Concesión 093, la interventoría realizó un proyecto de acta de liquidación y atendió las explicaciones solicitadas por el FONDATT, pero esa entidad dilató injustificadamente la liquidación del contrato y no llegó a suscribir el acta propuesta.

2.11. Mediante Resolución 160 de 17 de mayo de 2004, el FONDATT declaró el incumplimiento del Contrato de Concesión 093. Dicho acto administrativo fue confirmado mediante la Resolución 256 de 2 de agosto de 2004. Estas resoluciones fueron demandadas por el concesionario, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴ (Ref 2005 -0290).

2.12. En la sentencia C-474 de 2005 la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 128 de la Ley 769 de 2002, referido a la subasta pública de los vehículos abandonados.

⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, actor: Jaime Hernando Lafourie Vega, demandado: Fondo de Educación Vial-FONDATT en liquidación, radicación 2500-23-26-000-2005-00290-00, sentencia de 30 de abril de 2009, mediante la cual se denegaron las pretensiones del demandante, obrante en los folios 682 a 603, cuaderno 1. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 2500-23-26-000-2005-00290-01 (38118), auto de 12 de marzo de 2010, mediante el cual esta Corporación se declaró no competente para conocer del recurso de apelación. Fuente: consulta actuaciones procesales/ Consejo de Estado.gov.co.

2.13. Mediante Resolución 101 de 15 de marzo de 2005, el FONDATT realizó la liquidación unilateral del Contrato de Concesión 093, en la cual, según afirmó la parte demandante, desconoció el servicio que se le prestó sobre 1.886 rodantes. Por su parte, el FONDATT demandó al concesionario en relación con la no realización de los remates⁵.

2.14. Por otra parte, en la liquidación unilateral, el FONDATT no tuvo en cuenta la cesión parcial del contrato que había sido realizada a favor de la Fiduciaria de Occidente S.A., con la aceptación expresa del propio FONDATT.

2.15. El concesionario narró que interpuso recurso de reposición contra la Resolución 101, el cual no fue fallado en tiempo habiendo operado el silencio administrativo por haber transcurrido el plazo de dos meses fijado en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo. No obstante, indicó que el FONDATT decretó de oficio una prueba pericial, con el objeto de revisar los aspectos financieros en discusión.

2.16. El FONDATT corrió traslado del dictamen solicitado por esa entidad y a la vez requirió al perito sobre algunos aspectos en los que no se encontró de acuerdo. Según afirmó el demandante, *“tardó más el perito en presentar su contundente experticia que el FONDATT en ignorarla”*.

2.17. Mediante Resolución 1032 de 15 de diciembre de 2015, el FONDATT confirmó la liquidación unilateral del contrato de concesión.

3. Concepto de violación

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, radicado: 250002326000200500009(34800), actor: Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, demandado: Jaime Hernando Lafaurie Vega. acción contractual (proceso).

En la demanda, la parte actora estructuró su concepto de violación con fundamento en los siguientes aspectos: **i)** la violación de norma superior⁶; **ii)** la ocurrencia de las vías de hecho⁷; **iii)** la violación al debido proceso por incongruencia en la Resolución 1032 de 2.005⁸; **iv)** la desviación de poder ⁹ y **v)** la falsa motivación de los actos impugnados¹⁰.

Los anteriores conceptos giraron sobre los aspectos que se resumen a continuación:

La violación de la Constitución Política, en la que incurrió el FONDATT, por cuanto irrespetó, entre otros, los artículos 16, 29 y 58, en relación con el debido proceso, la garantía de la propiedad privada de los titulares de los vehículos y a su vez el imperativo del respeto por los derechos del concesionario, pese a que existía jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con la ilegalidad del remate administrativo.

En igual forma, el concesionario alegó la violación de los artículos 3, 4, 23, 25, 27 y 60 de la Ley 80 de 1993, en relación con los derechos y deberes del Estado contratante, el imperativo de la igualdad o equivalencia en el contrato estatal, el respeto a la buena fe y la prohibición del enriquecimiento sin causa.

Puntualizó la violación al debido proceso en la liquidación del contrato, por el hecho de no haber citado a la Fiduciaria de Occidente S.A., entidad que había sido reconocida como cesionaria mediante oficio de 17 de septiembre de 2003 emanado del FONDATT, la cual, además, nunca fue advertida de que los derechos en la liquidación del contrato estaban afectados por un supuesto incumplimiento.

⁶ Folios 114 a 120, cuaderno 1.

⁷ Folios 120 a 148, cuaderno 1.

⁸ Folios 120 a 156, cuaderno 1.

⁹ Folios 156 a 177, cuaderno 1.

¹⁰ 177 a 191, cuaderno 1.

Agregó que, a su juicio, se presentó el decaimiento de las Resoluciones 101 y 1032 de 2005, a raíz de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 128 del Código Nacional de Tránsito.

Expuso que, según se desprende del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 87 y 132 del Código Contencioso Administrativo, existió reserva legal para la declaración de incumplimiento del contrato estatal, la cual debía ser sometida al Juez de lo Contencioso Administrativo.

Reseñó el defecto orgánico y fáctico en los actos acusados, así como la actuación por la vía de hecho en que habría incurrido el FONDATT, toda vez que en la liquidación del contrato impuso el descuento de los servicios causados en relación con los vehículos objeto de remate y la compensación unilateral con los perjuicios imputados a la obstaculización de los remates administrativos.

Reseñó la violación al principio de la congruencia en la Resolución 1032 de 2005, toda vez que al desatar el recurso de reposición contra el acto de liquidación unilateral contenido en la Resolución 101 de 2005, FONDATT esgrimió una supuesta renuncia de los derechos del beneficiario del acto y un concepto del Procurador General de la Nación, con lo cual – a juicio de la parte demandante- varió completamente los argumentos sobre los que se había debatido en el recurso respectivo, dentro de la actuación en la vía gubernativa.

Finalmente, el concesionario se detuvo en los aspectos presupuestales y financieros de la concesión en orden a liquidar el monto de los perjuicios que sufrió por razón del incumplimiento del FONDATT¹¹. Detalló las operaciones de apalancamiento financiero que respaldó con los certificados expedidos por el fideicomiso y destacó que la mora del FONDATT le produjo efectos nefastos, en cuanto lo llevó a la incapacidad de pago. Finalmente, incorporó en la demanda los cuadros que elaboró para detallar la cuantificación y actualización de los perjuicios.

¹¹ Folios 191 a 235, cuaderno 1.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y negó la suspensión provisional de los actos acusados, en sendas providencias de 10 de agosto de 2006¹². El auto que negó la suspensión provisional fue confirmado por el Consejo de Estado, mediante providencia de 18 de julio de 2007¹³.

4.2. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las pruebas solicitadas mediante auto de 31 de julio de 2008¹⁴.

4.3. Contestación de la demanda

En la contestación de la demanda, el FONDATT se opuso a todas las pretensiones. En relación con los hechos negó la retención de suma alguna, toda vez que en la liquidación del contrato reconoció al concesionario el porcentaje que le correspondió sobre los remates efectivamente realizados. Negó igualmente que los servicios relacionados con los vehículos de tracción animal hicieran parte del contrato de concesión.

Advirtió que el artículo 128 de la Ley 769 de 2002, el cual facultaba a los Organismos de Tránsito para disponer, mediante subasta pública, de los vehículos inmovilizados por infracciones, mantuvo vigencia hasta que se expidió la sentencia C-474 de 10 de mayo de 2005, la cual se produjo con posterioridad al acto mediante el cual se adoptó la liquidación del contrato.

¹² Folios 259 a 261, cuaderno 1.

¹³ Radicado 2500-23-26-000-2006.01338-01 (33324), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, folios 287 a 302, cuaderno 6.

¹⁴ Folios 296 a 329, cuaderno 1.

En relación con la Fiduciaria de Occidente S.A., expuso que aceptó la cesión de los derechos económicos resultantes de la liquidación del contrato de concesión, pero advirtió que esa aceptación no significó la cesión parcial del referido contrato.

Especificó que el FONDATT realizó el pago total a favor del concesionario, de conformidad con la suma resultante de la liquidación del contrato.

Destacó que mediante el otrosí suscrito el 29 de enero de 2001, las partes renunciaron mutuamente al cobro de los valores *“que no alcancen a hacerse efectivos por la jurisdicción coactiva y aquellos que no alcancen a ser asumidos con el producto de los remates”*.

Invocó, como **excepciones**, el pago de los recursos resultantes de la liquidación y la falta de legitimación activa de la Fiduciaria de Occidente S.A., toda vez que, de acuerdo con el contrato de fiducia, la actividad contractual de la fiduciaria se refirió al manejo de los dineros recaudados y no se constituyó en parte contractual de la concesión¹⁵.

4.6. Dictamen Pericial

Se practicó en el proceso una prueba pericial acerca de los valores por concepto de servicios prestados y no recuperados por el concesionario, la cual se presentó mediante el dictamen elaborado por el perito contador público. La parte demandada presentó solicitud de aclaración y objeción grave al referido dictamen pericial, a través del escrito radicado el 15 de diciembre de 2011.

También, se decretó la prueba pericial acerca de la tasación de los perjuicios materiales y morales que se habrían causado al concesionario, a la cual renunció posteriormente la parte solicitante, esto es, el demandante, de acuerdo con su escrito radicado el 2 de

¹⁵ Folios 246 a 308, cuaderno 1.

mayo de 2012. El desistimiento de esta prueba fue aceptado en auto de 25 de julio de 2012¹⁶.

4.7. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera; Subsección B, profirió sentencia el 14 de febrero de 2013, mediante la cual decidió no dar trámite a la objeción por error grave imputada al dictamen, declaró probada la excepción de falta de legitimación activa por parte de la Fiduciaria de Occidente S.A. y denegó las pretensiones de la demanda. El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

Las Resoluciones 160 y 256 de 2004 no impusieron multa alguna. Lo realmente acaecido en dichos actos fue la declaratoria de incumplimiento y la imposición de la cláusula penal pecuniaria. Los referidos actos administrativos se encuentran en firme, toda vez que las pretensiones de nulidad impetradas por el concesionario fueron denegadas en sentencia de 30 de abril de 2009 emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en relación con la cual no hubo lugar a la segunda instancia, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado se declaró incompetente para conocer del recurso interpuesto contra la referida sentencia¹⁷.

Hizo notar que la sentencia C-474 de 10 de mayo de 2005 emanada de la Corte Constitucional se expidió con posterioridad a la fecha de las Resoluciones 160 y 256 de 2004, amén de que los actos constitutivos del incumplimiento que el FONDATT le imputó al concesionario, por el hecho de haberse opuesto a que se realizaran los remates que eran de su cuenta y riesgo, ocurrieron dentro de la etapa de ejecución del contrato.

¹⁶ Folios 640 y 641, cuaderno 1.

¹⁷ Folio 706, cuaderno principal.

Advirtió que los remates realizados con anterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional estaban amparados por la presunción de legalidad, por haber sido adelantados al amparo del artículo 128 de la Ley 769 de 2002, entonces vigente.

En relación con la motivación de los actos acusados, observó el Tribunal *a quo* que en la Resolución 1032 de 2005 se adujo la exclusión de 101 actas referidas al retiro de vehículos, toda vez que la remuneración se obtendría a través del remate que no llegó a realizarse, lo cual se encontró ajustado al pacto contractual y a la realidad, dado que, de acuerdo con lo dispuesto en otrosí suscrito el 29 de enero de 2001, las partes renunciaron a cobrar los saldos que no se hubiesen alcanzado a sufragar con el producto del remate.

Estimó que mal podría reconocerse el valor causado por parqueadero en relación con los vehículos respecto de los cuales el concesionario se negó a permitir las diligencias de remate, hecho que le ocasionó la declaratoria de incumplimiento del contrato de concesión.

En relación con el cargo por desviación de poder, estimó el Tribunal *a quo* que el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 otorgó a la entidad contratante la facultad de liquidar unilateralmente el contrato cuando hubiere fracasado la liquidación bilateral. Advirtió que con apoyo en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por vía jurisprudencial se entendió que la Administración podía liquidar el contrato en el mismo término de la caducidad de la acción contractual.

Finalmente, decidió no dar trámite a la objeción por error grave presentada por la parte demandada contra el dictamen pericial, en consideración a que esta no presentó la constancia del pago de honorarios al perito (artículo 239 C.P.C.).

4.8. El recurso de apelación

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia y sustentó el recurso el 10 de abril de 2013, el cual fue admitido el 24 de abril de 2013 dentro del término procesal previsto para el efecto.

Manifestó su inconformidad con los argumentos expuestos por el Tribunal *a quo* en los siguientes aspectos:

“A) FALTA DE PRONUNCIAMIENTO FRENTE A PRETENSIONES SOLICITADAS Y JUSTIFICADAS EN LA DEMANDA”. En este punto se afirmó que el Tribunal *a quo* no se pronunció sobre las pretensiones de los literales a), b) y c) de la demanda, acerca de las pérdidas originadas en once remates realizados entre 1998 y 2000, el pago de servicios por vehículos de tracción animal y el valor que le correspondía por el servicio prestado sobre los vehículos rematados entre marzo y mayo de 2003, bajo las disposiciones del artículo 128 de la Ley 769 de 2002.

“B) APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL Y FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA FIDUCIARIA DE OCCIDENTE”. Argumentó el apelante que la decisión de incumplimiento del contrato no fue notificada a la Fiduciaria de Occidente S.A., por lo cual a esa entidad le asiste la legitimación para discutir la ilegalidad de la decisión de incumplimiento del contrato, el cobro de la cláusula penal y el valor de las sumas liquidadas.

“C) EXPOSICIÓN DE INCONFORMIDAD FRENTE A LA DECISIÓN EXPUESTA POR EL TRIBUNAL EN SU SENTENCIA”. Insistió el actor en la falta de competencia del FONDATT basado en que no tenía facultades para realizar los remates ilegales y que el contrato se liquidó sobre bases equivocadas. Advirtió que el Tribunal *a quo* se equivocó al considerar que ello fue así solo desde la sentencia C-474 de 1995, porque en esa misma sentencia se señalan pronunciamientos de la Corte Constitucional desde el año de 1994 en el mismo sentido.

Agregó que no se tuvo en cuenta que se encontró pactado en el contrato que el concesionario era quien debía hacer los remates y que por decisión del FONDATT se le encomendaron al martillo del Banco Popular, sin que se hubiese modificado el Contrato de Concesión suscrito entre las partes.

Afirmó que la supuesta obstaculización de los remates no permitía descontar recursos a la Fiduciaria de Occidente S.A., que era la dueña de los derechos económicos correspondientes a la partida millonaria de \$8.228'050.311 por concepto del servicio prestado a los 1.886 rodantes¹⁸.

¹⁸ Folio 769, cuaderno principal.

Por otra parte, el apelante solicitó el decreto de nuevas pruebas, petición que le fue denegada mediante auto de 28 de agosto de 2013¹⁹.

4.9. Alegatos en segunda instancia

En la oportunidad para alegar, el actor se reafirmó en sus argumentos. Observó que a pesar de existir una sentencia que le impone el incumplimiento del contrato y la efectividad de la cláusula penal, no puede ser este el factor para cerrar las puertas de la justicia en orden a revisar que la entidad distrital demandada se tomó *“por la derecha en la liquidación”*²⁰, el monto de los perjuicios por valor de \$8.228'050.311.

Por su parte, el FONDATT presentó un alegato en el hizo notar que el concesionario obstaculizó los remates y que la suma reclamada por el demandante no tenía respaldo en pacto contractual alguno.

El FONDATT se refirió al contenido del dictamen practicado en el proceso y controvertió el método de identificación de los 1.886 rodantes que se escogieron con fundamento en el software que probablemente se habría utilizado para establecer el valor del servicio prestado y no pagado.

Alegó que las sumas liquidadas por el perito en relación con los vehículos de tracción animal no pueden ser tomadas como fundamento de incumplimiento contractual por parte del FONDATT, tal como efectivamente lo reconoció el Tribunal *a quo*, toda vez que según la relación del perito, corresponden a servicios causados por el concesionario no en su condición de contratista sino como persona particular.

El **Ministerio Público** no emitió concepto en la segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad en la presentación de la acción; **3)** legitimación en la causa por activa; **4)** la procedencia de la acción contractual incoada por parte del cesionario; **5)** consideraciones generales acerca de la capacidad de las sociedades fiduciarias para constituirse en parte procesal como voceras de los patrimonios autónomos; **6)** análisis de la excepción de falta de legitimación en la causa frente a la Fiduciaria de Occidente S.A., vocera del patrimonio autónomo *“FIDUOCCIDENTE S.A. -3-1-427- JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA”*; **7)** apreciación de las normas acerca de la inmovilización de vehículos y su remate; **8)** el caso concreto y **9)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

¹⁹ Folios 847 a 852, cuaderno principal segunda instancia.

²⁰ Folio 878, cuaderno principal segunda instancia.

1.1. Jurisdicción Competente

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993²¹, en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo²², siendo en este caso una de las partes del contrato cuya liquidación se impugna una entidad estatal, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de la presente litis.

1.2. Cuantía

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que las pretensiones se estimaron en una suma mayor a \$16.000'000.000²³, valor que es superior al equivalente a 500 S.M.L.M.V (\$408.000 x 500 = \$204'000.000)²⁴, exigido para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, vigente para la fecha en que se presentó el recurso de apelación.

2. Oportunidad en la presentación de la acción

La demanda se presentó el 9 de junio de 2006, dentro del plazo de dos años que fijó el numeral 10 del artículo 136 del C.C.A para la caducidad de la acción contractual²⁵, contado en este caso a partir de la ejecutoria de la Resolución 1032, notificada el 20 de diciembre de 2005²⁶, confirmatoria de la Resolución 101 del 15 de marzo de 2005, mediante la cual se adoptó la liquidación unilateral del contrato cuyo incumplimiento se solicitó declarar en la presente acción, junto con la nulidad de los citados actos

²¹ Artículos 2 y 75.

²² El criterio orgánico se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1107 expedida el 27 de diciembre 2006. Igualmente constituye la regla general de jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012.

²³ Folio 218, cuaderno 1.

²⁴ De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2006 (\$408.000), toda vez que la demanda se presentó el 9 de junio de 2006 y el recurso de apelación se interpuso el 10 de abril de 2013, en vigencia de la Ley 1395 de 2010.

²⁵ “d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe”.

²⁶ Notificada el 20 de diciembre de 2005, de acuerdo con el acta de notificación personal obrante al folio 657, cuaderno 3.

administrativos.

Por tanto, no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual que ahora se conoce en segunda instancia.

3. Legitimación en la causa por activa

La legitimación de hecho o legitimación formal en la causa constituye un presupuesto procesal o requisito formal que se determina con fundamento en el derecho legal a incoar determinada acción. Dicho requisito precisamente se discute en este caso, de conformidad con el contenido de la apelación presentada por la sociedad fiduciaria que obra como parte del extremo demandante en el presente proceso.

Así las cosas, el presupuesto formal de la legitimación en la causa debe definirse en primer lugar, es decir, antes de entrar al fondo de las respectivas pretensiones, teniendo en cuenta que una vez se verifica el cumplimiento del requisito, se abre paso a que se trabaje la litis y se discutan las pretensiones, con independencia de que la acción del legitimado resulte exitosa en términos de un fallo favorable a sus pretensiones, siendo que esto último dependerá del derecho de fondo que se pruebe en el proceso.

La segunda acepción de la legitimación (legitimación material), corresponde al derecho sustancial o de fondo, que en su caso el demandante pretende hacer valer, el cual sólo entra a definirse partiendo del presupuesto de la legitimación de hecho, una vez surtido el debate procesal, con fundamento en el análisis crítico de las pruebas y se desata en la oportunidad de dictar la respectiva sentencia²⁷.

4. La procedencia de la acción contractual incoada por parte del cesionario

En el análisis de la legitimación activa dentro de la acción contractual debe distinguirse el titular de los derechos derivados de la cesión de créditos de aquel que apoya su calidad de demandante en la cesión de la posición de parte del contrato estatal.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: sentencia de 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, expediente 13.356; sentencia de 27 de abril de 2006, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15.352); sentencia de 31 de octubre de 2007, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Sociedad Minera Peláez Hermanos & Cía., demandado: Ministerio de Minas y Energía, radicación: 11001032600019971350300 (13.503), referencia: nulidad y restablecimiento del derecho. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 27 de noviembre de 2013, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, radicación: 660012331000200200391 (31.431), actor: Unión Temporal Auditoría Médica, demandado: E.P.S. Risaralda S.A. en liquidación, referencia: acción contractual – apelación sentencia; jurisprudencia reiterada por la Subsección A en la sentencia de 25 de junio de 2014, radicación 250002326000200050174201 (34,899), actor: Promédica Ltda., demandados: Cajanal S.A., E.P.S., en liquidación y Cajanal E.P.S., Empresa Industrial y Comercial del Estado.

La Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado sentó jurisprudencia acerca de la diferencia entre la cesión del contrato de obra y la cesión de los créditos derivados del contrato, con base en la cual concluyó que la acción procedente para el cesionario del crédito es la de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que en tal evento el cesionario del crédito no se constituye en contratista ni en tercero con interés directo para impetrar la acción contractual. Como consecuencia, el cesionario de un crédito originado en el contrato estatal debe presentar la demanda dentro del término legalmente establecido para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (cuatro meses a partir del acto que negó el pago), so pena de la caducidad de la acción²⁸.

Sin embargo, en atención a la condición de las partes del contrato estatal, legitimadas por principio para intervenir en la acción contractual de que trata el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo²⁹, procede advertir que no se desconoce la posibilidad jurídica de la figura del cesionario del contrato, factible por aplicación del artículo 887 del Código de Comercio³⁰, la cual puede dar lugar a la posición jurídica de parte contractual en la medida en que la cesión sea debidamente perfeccionada y aceptada, de acuerdo con la formalidad escrita y la consideración *intuitu personae*, propia del contrato estatal.

Bajo ese supuesto, cuando se formaliza la cesión del contrato le asiste al cesionario la legitimación activa para demandar las pretensiones contractuales, en la misma forma que lo haría la parte original, de acuerdo con la extensión de la posición contractual cedida y adquirida.

Se reconoce también que la cesión del contrato puede ser total o parcial, según las voces del artículo 887 del Código de Comercio, aplicable en el contrato estatal por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, asunto sobre el cual se abre la posibilidad jurídica de la parte plural, tanto en el contrato estatal como en el ejercicio de la acción contractual, con fundamento en lo cual habrá lugar a la figura del litisconsorte, según sea la clase de cesión.

5. Consideraciones generales acerca de la capacidad de las sociedades fiduciarias para constituirse en parte procesal como voceras de los patrimonios autónomos

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 25 de abril de 2012, radicación número: 25000-23-26-000-1994-09759-01(20817), actor: Sociedad Diamante Compañía de Financiamiento Comercial S.A., demandado: Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y adecuación de Tierras Himat (Hoy Inat en Liquidación), referencia: acción contractual.

²⁹ El presupuesto de la acción contractual se expresa en el artículo 87 C.C.A., con el enunciado: “Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir (...)”

³⁰ “Artículo 887. Cesión de Contratos. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato (...)”.

En primer lugar, la Sala pone de presente la regla jurídica que después de muchos años logró decantar el sector fiduciario en Colombia en torno a la capacidad de las entidades fiduciarias para ejercer los derechos y acciones del patrimonio autónomo, inicialmente desarrollada con apoyo en la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia³¹ sobre las normas del contrato de fiducia mercantil contenidas en el Código de Comercio y que luego fue objeto de consagración normativa expresa, mediante la figura jurídica de la personería reconocida a la entidad fiduciaria cuando obra como *vocera del patrimonio autónomo*, de acuerdo con el Decreto 1049 de 2006, finalmente incorporado en el Decreto 2555 de 2010³²:

“TÍTULO 2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS Y EJECUTADOS POR EL FIDUCIARIO

“(…).

“Artículo 2.5.2.1.1 Derechos y deberes del fiduciario.

“Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

*“El fiduciario, **como vocero y administrador del patrimonio autónomo**, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, **el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.***

“En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno, sentencia de 3 de agosto de 2005, referencia: expediente No. 1909, recurso extraordinario de casación en el proceso ordinario seguido por la sociedad Hisslap Limitada contra la Fiduciaria B.N.C. S.A. (antes Fiduciaria Caldas S. A.).

³² “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”.

ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

“Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”. (La negrilla no es del texto).

De acuerdo con la anterior disposición normativa, se establece que la entidad fiduciaria puede acudir al proceso judicial obrando en calidad de demandante o demandada, como vocera del patrimonio autónomo, esto es, por cuenta del conjunto de bienes afecto al fin del contrato fiduciario, al cual la ley reconoce una identidad jurídica independiente.

En este orden de ideas, se advierte que en el supuesto de comparecer al proceso judicial como vocera de un patrimonio autónomo, la entidad fiduciaria tiene que acreditar el contrato de fiducia que da lugar a la existencia de dicho patrimonio³³. Se agrega que, teniendo en cuenta el carácter real propio de la constitución del patrimonio autónomo³⁴, la fiduciaria debe probar el registro correspondiente al bien o derecho que invoca, si es de aquellos cuya transferencia está sometida a registro³⁵.

³³ “Artículo 1226 C.Co.- La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

³⁴ “Por definición expresa de la citada norma [artículo 1226 C.Co.] el negocio fiduciario en comento supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad. **Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo.** Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (artículos 1226 a 1244 del C. Co)” Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2013010362-001 del 18 de marzo de 2013.

³⁵ “Artículo 1228 C.Co. Constitución De La Fiducia. La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida Mortis causa, deberá serlo por testamento”.

Decreto 2555 de 2010 (Único del Sector Financiero). “Artículo 2.5.1.1.1 (Artículo 1°. del Decreto 847 de 1993). Solemnidad. Los contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitados sean exclusivamente bienes muebles. De conformidad con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado”.

En los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía, la legislación exigió un registro en la Cámara de Comercio, con fines de oponibilidad. (Decreto 1074 de 2015 - Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo - artículo 2.2.2.10.1.1. En el mismo sentido se exigió el registro en el régimen de insolvencia de acuerdo con el artículo 123 de la 1116 de 2006 y artículo 41 de la Ley 1429 de 2010).

En conclusión, para el caso concreto se anticipa que el requisito de la prueba de la constitución del patrimonio autónomo en este proceso se infería como obligatorio con fundamento en el contenido de las normas del Código de Comercio acerca del contrato de fiducia mercantil, vigente para la época en que fue presentada la demanda en el *sub lite*. Entonces, su análisis resulta esencial para determinar el derecho de la entidad fiduciaria en orden a legitimarse como demandante en la causa que invocó.

Se agrega que actualmente las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se corresponden con el tratamiento probatorio que exigió el Código General del Proceso (C.G.P.), aplicable en sus vacíos al Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)³⁶.

6. Análisis de la excepción de falta de legitimación en la causa frente a la Fiduciaria de Occidente S.A., vocera del patrimonio autónomo “FIDUOCCIDENTE S.A. -3-1-427- JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA”

De conformidad con el contenido del contrato de fiducia celebrado entre Jaime Hernando Lafaurie Vega y la Fiduciaria de Occidente S.A., el patrimonio autónomo se constituyó con el *“100% de los derechos económicos activos o de cobro netos provenientes de las facturas, actas o demás documentos económicos derivados de la liquidación del CONTRATO DE CONCESIÓN”*.

En la modificación al respectivo contrato de fiducia mercantil se invocó, para efectos de la transferencia de tales derechos económicos, la notificación realizada al FONDATT mediante la comunicación de 11 de septiembre de 2003, y se estableció el siguiente procedimiento:

“De acuerdo con lo anterior, cada vez que el FONDATT vaya a girar recursos por cualquier concepto a favor del FIDEICOMITENTE, derivados de EL CONTRATO DE CONCESIÓN, este último se obliga a realizar todas las gestiones necesarias para que los recursos sean girados y/o consignados a favor del fideicomiso”.

De lo anterior se desprende que la Fiduciaria de Occidente S.A. obrando como vocera del patrimonio autónomo “FIDUOCCIDENTE S.A. -3-1-427- JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA” tenía titularidad sobre: **i)** los créditos incorporados en las actas, facturas o documentos de contenido económico que le fueran transferidos y **ii)** los

³⁶ Código General del Proceso (C.G.P.). “Artículo 85. Prueba de la existencia, representación legal o calidad en que actúan las partes. (...). **En los demás casos, con la demanda se deberá aportar la prueba de la existencia y representación legal del demandante y del demandado, de su constitución y administración, cuando se trate de patrimonios autónomos**, o de la calidad de heredero, cónyuge, compañero permanente, curador de bienes, albacea o administrador de comunidad o de patrimonio autónomo en la que intervendrán dentro del proceso”. // (...). 3. Cuando en el proceso no se demuestre la existencia de la persona jurídica o del patrimonio autónomo demandado, se pondrá fin a la actuación”. (La negrilla no es del texto).

derechos a recibir los recursos netos provenientes de la liquidación del contrato de concesión.

Es importante observar las comunicaciones cruzadas entre las partes del Contrato de Concesión 093, toda vez que con base en ellas se evidencia que los derechos de la Fiduciaria de Occidente S.A., obrando como vocera del patrimonio autónomo identificado en este proceso, estaban circunscritos a lo que resultara de la liquidación del referido contrato de concesión, de manera que esa entidad no tomó posición de parte contractual dentro del Contrato de Concesión 093 de 1996, sino que, de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente y concesionario, fue aceptada por el FONDATT como beneficiaria de los recursos que se liquidaran a favor del referido concesionario, ahora demandante.

En efecto, el concesionario solicitó el 11 de septiembre de 2003. *“dando aplicación a las consideraciones previstas en los ítems D, E, F, G, H, I, otrosí al Contrato de Concesión 093/96”*, lo siguiente:

*“(…) cordialmente solicito ACEPTAR EXPRESAMENTE LA CESIÓN DE TODOS LOS DERECHOS ECONÓMICOS a favor del CONCESIONARIO **que se deriven de la liquidación** del contrato de concesión 093/96 a favor de la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A.*

*“En consecuencia a la liquidación del contrato de concesión 093/96 proceder conforme lo establecido en los considerandos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO del precitado OTROSI al CONTRATO DE CONCESIÓN 093/96 suscrito el 31 de julio de 2002, **para que el valor resultante** a favor del CONCESIONARIO, sea trasladado directamente a la FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., cuenta corriente No. 256-05569 - FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE 3-1-427 – JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA”³⁷. (La negrilla no es del texto).*

En respuesta a la anterior solicitud, el Director Ejecutivo del FONDATT contestó, mediante comunicación SJ11-22404 de 17 de septiembre de 2003:

“(…) el FONDATT manifiesta que se da por notificado y acepta la cesión, que previa liquidación del contrato, en los términos previstos en sus cláusulas, lleguen a surgir a favor del concesionario.

*“De conformidad con lo anterior, el FONDATT atenderá sus instrucciones **en relación con el beneficiario del pago de las sumas de dinero** que resultaren a su favor, como consecuencia de la liquidación”³⁸. (La negrilla no es del texto).*

³⁷ Folio 1323, cuaderno 5.

³⁸ Folio 1322, cuaderno 5.

Con apoyo en las comunicaciones citadas, la Sala comparte la decisión del Tribunal *a quo* en cuanto a declarar probada la excepción de falta de legitimación activa en la causa por parte de la Fiduciaria de Occidente S.A., toda vez que esa sociedad no se constituyó en parte del Contrato de Concesión 093 de 1996 y su posición jurídica se circunscribió a recibir la suma resultante de la liquidación del referido contrato.

7. Apreciación de las normas acerca de la inmovilización de vehículos y su remate

El eventual derecho material sobre los valores provenientes de los remates de vehículos, debe ser establecido en el marco de las limitaciones legales que imponían las normas de tránsito, según se explica a continuación:

Con la expedición del Código Nacional de Tránsito Terrestre, contenido en la Ley 769 de 6 de agosto 2002³⁹, se consagró en el artículo 140 la potestad administrativa en cabeza de los “*Organismos de Tránsito*”, consistente en la orden de inmovilización de los vehículos⁴⁰ por razón de determinadas infracciones, la cual fue prevista como medida propia para lograr el cobro coactivo en la ejecución de las multas⁴¹.

Aunque la inmovilización ya se encontraba consagrada para algunas infracciones en el Código de Tránsito anterior⁴², en la parte final del artículo 14 de la ley 769 de 2002 se introdujo como una sanción que debía ser impuesta en todo caso cuando las multas no fueran pagadas en el término de 30 días. No obstante, mediante sentencia C-799 de 2003, la Corte Constitucional declaró la inexecutable parcial del artículo 140, en relación con la imposición obligatoria de la inmovilización⁴³. La Corte se apoyó en que la normativa acusada incurrió en la transgresión del derecho constitucional a la libre circulación y a la actividad económica de los propietarios de los vehículos.

Por otra parte, la Corte Constitucional se refirió a la posibilidad del cobro coactivo de las multas que fueran impuestas por los Organismos de Tránsito, mediante actos administrativos, con apoyo en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta que el artículo 140 de la Ley 769 de 2002, estableció que dicha potestad de inmovilización podía desplegarse “*a través*

³⁹ Con correcciones publicadas en el Diario Oficial No. 44932 de 13 de septiembre de 2002.

⁴⁰ “Artículo 2. Definiciones. (...) Inmovilización: suspensión temporal de la circulación de un vehículo.”

⁴¹ “Artículo 2. Definiciones. (...) Multas. Sanción pecuniaria”.

⁴² Decreto- ley 1344 de 1970, modificado por el Decreto 2591 de 1990.

⁴³ Sentencia C 799 de 2003, referencia: expediente D-4517, demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 140 de la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), actora: Yolanda Cañón Pineda, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, sentencia de 16 de septiembre de 2003. “*Declarar INEXEQUIBLE la expresión ‘En todo caso será procedente la inmovilización del vehículo o preferiblemente la retención de la licencia de conducción si pasados treinta (30) días de la imposición de la multa, ésta no ha sido debidamente cancelada’ contenida en el artículo 140 de la Ley 769 de 2002*”.

de la jurisdicción coactiva, con arreglo a lo que sobre ejecuciones fiscales establezca el Código de Procedimiento Civil”⁴⁴.

A su turno, en el artículo 128 de la Ley 769 de 2002, se autorizó el mecanismo de subasta pública para que los Organismos de Tránsito pudieran disponer de los vehículos abandonados, “con arreglo al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en un término no inferior a un año”. En esa norma legal se facultó al Ministerio de Transporte para expedir el procedimiento respectivo. No obstante, mediante sentencia C-474 de 10 de mayo de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable el referido artículo 128 del Código Nacional de Tránsito Terrestre⁴⁵.

En igual forma, el Código Nacional de Tránsito contempló la responsabilidad de pago del servicio de parqueadero, por parte de los propietarios de los vehículos inmovilizados, así:

“Artículo 125. Inmovilización. La inmovilización en los casos a que se refiere este código, consiste en suspender temporalmente la circulación del vehículo por las vías públicas o privadas abiertas al público. Para tal efecto, el vehículo será conducido a parqueaderos autorizados que determine la autoridad competente, hasta que se subsane o cese la causa que le dio origen, a menos que sea subsanable en el sitio que se detectó la infracción.

⁴⁴ Cita original de la sentencia: “en concordancia con lo dispuesto por el código nacional de tránsito terrestre, numeral 3° del artículo 562 del código de procedimiento civil dispone que las resoluciones ejecutoriadas de funcionarios administrativos o de policía, que impongan multas a favor de las entidades de derecho público prestan mérito ejecutivo para ser cobradas por jurisdicción coactiva. estas ejecuciones, de conformidad con el artículo inmediatamente anterior, se siguen ante los funcionarios que determine la ley, por los trámites del proceso ejecutivo de mayor o menor y de mínima cuantía que regula el mismo código, según fuere el caso, teniendo en cuenta las normas especiales contenidas en los artículos 564 a 568 ibidem”.

⁴⁵ Sentencia C-474 de 2005, Referencia: expediente D-5410, Actor: Carlos Alberto Hernández Gaitán, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 128 de la Ley 769 de 2002, “Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

“En conclusión, el primer contenido normativo examinado es contrario a la Constitución por diversas razones: 1) En primer lugar porque autoriza a unas autoridades administrativas a disponer de bienes de propiedad de terceros, sin regular lo relacionado con la declaratoria de abandono y la extinción de dominio sobre los mismos; 2) En segundo término porque la ausencia de previsión legal sobre los extremos antes señalados vulnera la reserva de ley en la limitación de los derechos constitucionales, pues ante el vacío legal correspondería al Ministerio de Transporte expedir las disposiciones reglamentarias que regulen no sólo el procedimiento de subasta pública sino también la declaratoria de abandono y la extinción del dominio; 3) También vulnera criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional en cuanto a la procedencia de la figura de extinción del dominio por el no ejercicio del derecho de propiedad, 4) Finalmente porque existen medidas menos lesivas del derecho de propiedad que permiten cumplir con los mismos propósitos que el mecanismo de subasta de vehículos abandonados. (...) // Entonces, el segundo contenido normativo que se desprende el artículo 128 de la Ley 769 de 2002 vulnera el principio de reserva de ley porque faculta al Ministerio de Transporte a establecer restricciones al derecho de propiedad privada, por esa razón será declarado inconstitucional”.

“(...).

“PARÁGRAFO 6o. El propietario del vehículo será el responsable del pago al administrador o al propietario del parqueadero por el tiempo que estuvo inmovilizado el vehículo”.

Como consecuencia de lo anterior se establece que la inmovilización era un mecanismo legal no obligatorio y solo podía abrir paso a un remate dentro de las reglas del cobro coactivo adelantado contra el propietario.

Finalmente conviene advertir que la función administrativa propia del cobro coactivo no puede ser objeto de delegación íntegra en particulares, toda vez que un acuerdo contractual en ese sentido desnaturaliza la potestad excepcional que se reconoce a la Administración, y solo a ella, como juez de la cobranza de su propio acto administrativo, en protección del recaudo público.

Se apoya la Sala en las consideraciones de la Corte Constitucional en relación con la inexequibilidad de las disposiciones legales que habilitaron la contratación de servicios de abogados para desplegar la función de cobro coactivo:

“La Corte considera que la previsión normativa que habilita a las entidades estatales para contratar apoderados encargados de adelantar los procedimientos de cobro coactivo, desconoce las limitaciones constitucionales para el ejercicio de funciones públicas por particulares, en la medida en que vacía de contenido las competencias de las autoridades públicas, en tanto les permite desprenderse integralmente de ellas, y en que transfiere una función que solo podría ser adelantada por las propias agencias estatales⁴⁶.

8. El caso concreto

8.1. Fijación del objeto de la apelación

⁴⁶ C-224/13, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, sentencia de 18 de abril de 2013, mediante la cual se declaró la inexequibilidad del artículo 66 de la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor – apoderados especiales para el cobro coactivo) y la inexequibilidad del fragmento del artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 que dispone que “o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados” (cobro coactivo de entidades nacionales), referencia: expediente D-9266, actor: Carolina Jerez Montoya.

Encontrándose establecida la falta de legitimación activa en la causa por parte de la Fiduciaria de Occidente S.A., la apelación se concreta a los cargos presentados por el concesionario, es decir, al estudio de la nulidad de los actos de liquidación unilateral del Contrato de Concesión 093, originada en la no inclusión de las sumas por concepto de servicio de parqueo sobre los vehículos objeto de remate y sobre los vehículos de tracción animal.

Para resolver lo anterior se seguirán los cargos expuestos por el apelante.

8.2. Valor correspondiente a las pérdidas por servicios prestados sobre 1.886 vehículos, estimadas por el apelante en la suma de \$8.228'050.311

La Sala no comparte la interpretación del actor, según la cual correspondía al FONDATT la obligación de pagar al concesionario el valor de los servicios causados por el uso de los parqueaderos, en relación con los vehículos que completaron más de 3 años en los patios de la concesión.

Por el contrario, se encuentra suficiente respaldo normativo y contractual para establecer que el concesionario tenía que asumir el riesgo propio de la cartera originado en el servicio de parqueaderos cuyo valor debió ser cobrado a los propietarios de los vehículos, por cuenta y riesgo del concesionario.

Es cierto que el concesionario pudo acudir a hacer valer sus derechos en el proceso de cobro coactivo de la multa y que tenía un pacto contractual acerca de la distribución del recaudo que fuera logrado por la vía del remate. Sin embargo, se hace notar que la distribución acordada entre concedente y concesionario fue porcentual y sobre la base de los recaudos derivados de las tarifas cobradas por la operación de los patios.

No se encuentra probada obligación alguna con base en la cual se pueda establecer el presunto incumplimiento del FONDATT por el hecho de no haber incluido en la

liquidación del Contrato de Concesión 093 de 1996 el monto de las pérdidas causadas para el concesionario, por cuanto en el esquema propio del contrato de concesión previsto en la Ley 80 de 1993 se imponía que la explotación del bien o servicio era por cuenta y riesgo del concesionario, de conformidad con el artículo 32, y, también, ello era así, de acuerdo con lo que las partes indicaron en el contrato de concesión.

Se apoya lo anterior en las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión 093 suscrito el 31 de octubre de 1996⁴⁷:

*“PRIMERA. OBJETO. **El CONCESIONARIO se obliga para con el FONDATT a explotar por su cuenta y riesgo** el servicio de patios (garajes) que presta la Secretaría de Tránsito y Transporte y administrar los patios que usufructúa el FONDATT.*

*“SEGUNDA. OBLIGACIONES (...) B) DEL CONCESIONARIO: **El CONCESIONARIO se obliga para con el FONDATT a: (...) 2) Explotar por su cuenta y riesgo**, con carácter de exclusividad las tarifas oficiales fijadas por el FONDATT– SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE, **el servicio de patios (garajes)** que presta la secretaria de Tránsito y Transporte.- (...) - **8) Asumir los gastos de operación** que demande el desarrollo de la concesión. **9) Asumir los gastos generales** que demande el desarrollo de la concesión (...).”* (La negrilla no es del texto).

En igual forma se destaca que, de acuerdo con el Contrato de Concesión 093, el concesionario se encontraba facultado para recibir los ingresos por tarifas y estaba obligado a reconocer al FONDATT una participación porcentual. Sin embargo, el FONDATT no asumió obligación alguna de garantizar un monto de recaudo. Nótese que las obligaciones del FONDATT y los compromisos de participación, eran del siguiente tenor:

*“SEGUNDA. OBLIGACIONES A) DEL FONDATT: **El FONDATT se compromete para con el concesionario a: 1) Entregar mediante acta en el lugar y con los vehículos que en ellas se encuentran, los patios que usufructúa la entidad.- 2) Suministrar la información que el concesionario requiera para la explotación del servicio de PATIOS que presta la Secretaria de Tránsito y Transporte.- 3) Determinar las tarifas correspondientes al servicio de patios e informar las modificaciones de las mismas.- 4) Las demás que se deriven del presente contrato.***

⁴⁷ Folios 2 a 6, cuaderno 3.

“(...)”.

“TERCERA. REMUNERACIÓN AL FONDATT: El CONCESIONARIO cancelará al FONDATT una remuneración establecida así: a) diez por ciento (10%) por concepto de administración de los patios del FONDATT; b) 25% por explotación de la concesión en los patios del FONDATT y c) veinte por ciento (20%) por la explotación de la concesión en los patios del CONCESIONARIO. PARÁGRAFO: Para el manejo de las participaciones del FONDATT el concesionario se compromete a constituir una fiducia (...)”.

Con fundamento en los acuerdos contractuales puede observarse con claridad que el derecho sobre las sumas percibidas por la vía del remate se determinó por consenso entre las partes, como un porcentaje de los recaudos, establecido de acuerdo con el tiempo de duración del vehículo en los patios, según se lee en el otrosí suscrito el 31 de diciembre de 1997, en el cual se hizo constar:

*“(...) en nuestra condición de contratantes y en uso de la autonomía de la voluntad, por medio del presente OTROSI **aclaremos** el contrato 093 de 1996 respecto a la parte de los remates de los vehículos que han permanecido en los patios de la concesión durante más tiempo del establecido legalmente, punto que aunque no se contempla en el contrato a él se hace referencia en el pliego de condiciones, el cual forma parte integral del mismo y que al respecto dice: ‘**El proponente adjudicatario de la licitación deberá máximo dentro de los 90 días siguientes a la firma del acta de iniciación , presentar un programa para el remate de los vehículos depositados entregados para su administración, que tengan más de cinco años en ellos con el fin de racionalizar la utilización de los mismos.- Los ingresos obtenidos de estos remates serán un 60% para el concesionario, quien correrá con todos los gastos necesarios para su realización y un 40% para el FONDATT- SECRETARIA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE**’. Las partes contratantes, con las mismas facultades con las que suscribieron el contrato 093 de 1996 manifiestan **que es su voluntad que los remates se efectúen por cuenta del concesionario, quien correrá con todos los gastos del mismo, pero que se efectuará por la oferta más favorable presentada en sobre cerrado y en diligencia a efectuar en la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fé de Bogotá en donde los ingresos que se reciban por este concepto se distribuirán de acuerdo con el monto adeudado a las partes contratantes. Es decir se establecerá el monto del valor de cada vehículo a rematar y así se distribuirá el porcentaje de participación de cada una de las partes, considerando el tiempo que dure el vehículo***

dentro de los patios de la concesión que entregó la Secretaría y los que aportó el concesionario⁴⁸. (La negrilla no es del texto).

Ahora bien, en el momento en que las partes entraron en conflicto y renegociaron algunas condiciones del contrato, el FONDATT no asumió la obligación de pagar las pérdidas del concesionario originadas en los valores del servicio que no se recuperaran con el producto del remate. Por el contrario, la lectura de los otrosíes firmados el 29 de enero de 2001 y el 30 de julio de 2002 lleva a la conclusión de que la distribución de los ingresos continuó pactada con base en los recaudos efectivamente logrados.

En efecto, en el otrosí suscrito el 29 de enero de 2001, considerando la paralización del servicio que había ordenado el concesionario, avisada el 23 de octubre de 2000 y ocurrida a partir de la media noche del 13 de diciembre de 2000, las partes acordaron, con el ánimo de reactivar el servicio y restablecer el funcionamiento de la concesión, las siguientes medidas: la reiniciación inmediata de actividades por parte del concesionario; un plazo de seis meses para el pago de los aportes pendientes con destino al fondo de reserva de la concesión; realizar el trámite para expedir el acto mediante el cual se reajustaran las tarifas del servicio de los patios; la entrega anticipada de los rodantes depositados en los patios de la concesión y la prórroga del contrato por un período de dos (2) años, contado a partir del 19 de noviembre de 2001.

En lo que importa para este caso, se formalizaron los acuerdos que se identifican a continuación, acerca del denominado Programa de Jurisdicción Coactiva, el cual fue identificado entonces como base para buscar la recuperación de la cartera:

“TERCERO: El FONDATT se compromete a establecer en un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha del presente documento, el programa de Jurisdicción Coactiva, con el fin de iniciar el cobro de la cartera morosa. EL FONDATT se obliga a asumir los costos logísticos y operativos que se requieran en desarrollo del programa, de acuerdo al protocolo que formará parte del presente documento. En razón lo anterior, los recursos producidos por el mencionado programa, se distribuirán de la siguiente forma: FONDATT – SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE: veinticinco por ciento (25%); JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA: setenta y cinco por ciento (75%).
PARÁGRAFO PRIMERO: El desarrollo del programa de Jurisdicción Coactiva no implica el desmonte del programa de Remates Abandonados en los Patios, que contractualmente vienen desarrollando las partes, según el protocolo que hará parte del contrato. PARÁGRAFO: Queda entendido que las partes renuncian mutuamente a reclamar los mayores valores entre lo cobrado y lo adeudado, que no alcancen a hacerse efectivos

⁴⁸ Folios 9 y 10, cuaderno 3.

por jurisdicción coactiva y aquellos que no alcancen a ser asumidos con el producto de los remates.

“(…).

“OCTAVO: El valor que por concepto de servicios de patios generen los rodantes que ingresen a la Concesión a partir del momento de la reactivación y que no sean retirados por sus propietarios y/o poseedores dentro de los tres meses siguientes a su ingreso, al igual que el generado por aquellos depositados en los patios al momento de reiniciar labores la Concesión, **será cobrado por Jurisdicción Coactiva, previo suministro de la información por parte del CONCESIONARIO** dentro de los tres días hábiles siguientes al cumplimiento de los tres (3) meses, **iniciando los procesos a la mayor brevedad posible** para los rodantes ya depositados en la concesión.

“NOVENO: Las partes acuerdan lo siguiente para la terminación y liquidación del Contrato 093 de 1996: (...) E) Dentro del período de liquidación el **FONDATT- SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE** continuará con la obligación de llevar a cabo los procedimientos que le competen dentro de la Jurisdicción Coactiva, entregando al concesionario **el porcentaje de los ingresos que le corresponden** por la prestación del servicio **hasta el momento en que cese su responsabilidad de custodia de los bienes ejecutados mediante Jurisdicción Coactiva.** F) Al momento de terminación del periodo pactado para la liquidación del contrato, el **FONDATT- SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE** cancelará al **CONCESIONARIO**, en un término no superior a 60 días, **el porcentaje del valor de la Cartera originado por los rodantes** cuyo proceso de Jurisdicción Coactiva se encuentre en curso y el de aquellos que no pudiesen haber sido vinculados al mismo⁴⁹. (La negrilla y subraya no son del texto).

El riesgo de cartera, en cabeza del concesionario, tampoco sufrió variación en el otrosí suscrito el 30 de julio de 2002⁵⁰, en el cual se acordaron los mecanismos “con el fin de disminuir a la terminación del plazo contractual, las sumas a cargo del FONDATT- SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE BOGOTÁ y a favor del CONCESIONARIO”: Se precisa que en el referido otrosí el concesionario hizo constar su renuncia expresa a reclamar las sumas que no se recuperaran en los respectivos remates:

⁴⁹ Folios 11 a 21 cuaderno 3.

⁵⁰ Folios 25 a 31, cuaderno 3.

*“TERCERO: El CONCESIONARIO acepta que si a la liquidación del contrato, la suma resultante de multiplicar el SETENTA Y TRES PUNTO CERO SETENTA Y DOS POR CIENTO (73,072%) equivalente **a su participación contractual** por el valor de la prestación del servicio de patios sobre los rodantes existentes al momento de la terminación del Contrato de la Concesión **es inferior a la suma reservada en virtud del presente Otrosí, le cancelará al Fondo de Educación y Seguridad Vial – FONDATT- de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, la diferencia correspondiente a su favor**, so pena de la efectividad de las garantías constituidas, dentro de los sesenta días siguientes a la liquidación del contrato”. (La negrilla no es del texto).*

Es importante hacer notar que dentro del contexto contractual en que fueron acordados los referidos otrosíes, no puede interpretarse que surgió un cambio en las condiciones básicas de distribución del riesgo bajo las cuales el contrato de concesión fue adjudicado y ejecutado. Por el contrario, la Sala acepta la defensa que expuso el FONDATT en cuanto a que no estaba obligado a responder por la cartera no recuperada, la cual se encontraba a cargo de los infractores que abandonaron sus vehículos y constituía un riesgo a cargo del concesionario.

8.3. Servicios no recuperados en relación con los vehículos rematados por el FONDATT en marzo y mayo de 2003, bajo la disposición del artículo 128 de la Ley 769 de 2002, estimados por el actor en la suma \$5.683'416.269

De acuerdo con la comunicación 203 ER 13670 de 25 de abril de 2003, mediante la cual el apoderado de la Concesión le manifestó al Secretario de Tránsito y Transporte de Bogotá que “*a partir de la fecha no ingresarán a los patios ni funcionarios de ese despacho, ni terceras personas*” (...), expedida en atención a que, en su concepto, la concesión no podía cohonestar los remates que venía adelantando esa Secretaría⁵¹; resulta ser un hecho probado en este proceso que el concesionario se opuso a facilitar la actuación del FONDATT y obstaculizó el acceso de los funcionarios designados para las diligencias relacionadas con los remates.

También se encuentra acreditada en el plenario la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de abril de 2009 en el proceso instaurado por Jaime Hernando Lafaurie contra el FONDATT⁵², en la cual se denegaron las pretensiones de nulidad de las Resoluciones 160 y 256 de 2004, contentivas de la declaración de incumplimiento del Contrato de Concesión 093 de 1996, fundadas entre otras, en los informes y demás pruebas que de acuerdo con lo que se lee en la referida providencia, demostraron que “*existiendo la obligación contractual de efectuar por su*

⁵¹ Folios 736 a 739, cuaderno 3.

⁵² Radicación 25002326000-2005-0290, obrante en los folios 682 a 693, cuaderno 1.

cuenta los remates de los vehículos abandonados en los patios, éste [el concesionario] se negó a realizarlos, obstaculizando incluso el acceso de los funcionarios del Martillo del Banco Popular para realizar la correspondiente revisión de los lotes de propiedad de la Secretaría de Tránsito, y según informes de interventoría en tal sentido”.

Se recuerda que de conformidad con la información obrante en el proceso, tal como lo estableció el Tribunal a quo, la mencionada sentencia quedó en firme, al declararse el Consejo de Estado incompetente para conocer del recurso de apelación⁵³.

En ese sentido, los actos correspondientes al incumplimiento contractual en que incurrió el concesionario se encuentran en firme y amparados por la presunción de legalidad. Como consecuencia, no procede cuestionar el acto de liquidación del contrato con fundamento en la omisión de una partida relacionada con los remates que se realizaron por fuera del control del concesionario y en desarrollo de la subasta pública que en su momento permitió la Ley 769 de 2002, en cuanto el concesionario incumplió su deber de colaboración con el FONDATT.

En este punto puede agregarse que el concesionario no tenía la función ni la potestad de cobro coactivo, la cual estaba en cabeza del Organismo de Tránsito concedente y además, no existe asidero normativo para entender que esa facultad había sido asignada en forma integral y exclusiva al concesionario, por cuanto tal acuerdo habría constituido un pacto contrario a los dictados de la Constitución Política⁵⁴.

Por el contrario, se debe tener en cuenta que, de conformidad con el otrosí firmado el 30 de julio de 2002, el concesionario solo asumió la obligación de sustanciación, en la prórroga del contrato, para facilitar el cobro coactivo por parte del FONDATT.

Ahora bien, tal como alegó el concesionario, resultaba inconstitucional cualquier modalidad de disposición directa de los vehículos, en la cual se pasara por alto el derecho a la propiedad y a la defensa de los infractores de tránsito sobre los vehículos inmovilizados en los patios⁵⁵. Por ello, se precisa que el concesionario tampoco tenía

⁵³ Folios 694 y 695. Cuaderno 1.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-224 de 18 de abril de 2013, referencia: expediente D-9266, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 (parcial) de la Ley 1480 de 2011, actor: Carolina Jerez Montoya, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

“La Corte considera que la previsión normativa que habilita a las entidades estatales para contratar apoderados encargados de adelantar los procedimientos de cobro coactivo, desconoce las limitaciones constitucionales para el ejercicio de funciones públicas por particulares, en la medida en que vacía de contenido las competencias de las autoridades públicas, en tanto les permite desprenderse integralmente de ellas, y en que transfiere una función que solo podría ser adelantada por las propias agencias estatales”.

⁵⁵ “Artículo 58 C.P. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (...). Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha

derecho alguno a disponer de los vehículos en forma directa, ni a definir, de manera autónoma y aislada del proceso de cobro coactivo, el remate y la apropiación del recaudo. El reproche que varias veces le hizo el concesionario al FONDATT acerca del respeto a la propiedad privada de los titulares de los vehículos, como derecho constitucionalmente protegido, le era igualmente aplicable a su propia gestión.

También observa la Sala, que dentro del cobro coactivo se imponía el debido proceso y el respeto al derecho de defensa del infractor, antes de hacer efectivo el remate.

Se afirma lo anterior teniendo en cuenta que las partes acordaron que el concesionario debía entregar la sustanciación del mandamiento de pago contra cada uno de los propietarios de los vehículos, de acuerdo con lo pactado en la cláusula cuarta del otrosí suscrito el 30 de julio de 2002, a cuyo tenor:

*“CUARTO: (...), Los servicios prestados y no cancelados sobre los que recae la obligación de pago a cargo del Fondo de Educación y Seguridad Vial –FONDATT- de la Secretaria de Tránsito y Transporte de Bogotá, **se originan en los rodantes cuyo proceso de Jurisdicción Coactiva no se haya agotado al momento de la terminación del contrato, siempre y cuando el concesionario hubiere remitido el mandamiento de pago a la fecha de terminación del contrato**, y el de aquellos que no hubiesen sido vinculados al mismo en el momento de la expiración del plazo contractual”.*
(La negrilla no es del texto).

Las pruebas aportadas por el concesionario en ese aspecto – y en especial los anexos del dictamen practicado por el auxiliar de la justicia- se concentraron en relacionar la facturación que se generó en el software de la concesión, mas esa prueba no acreditó la gestión del demandante en la sustanciación que asumió sobre los mandamientos de pago a cargo de cada uno de los propietarios.

8.4. Servicios prestados sobre los vehículos de tracción animal

El actor pretende la condena al pago del servicio sobre 180 vehículos de tracción animal, denominados “zorras”, por valor total de \$1.519'220.761,00.

Además de las consideraciones expuestas en cuanto al riesgo de cartera asumido por el concesionario de acuerdo con el Contrato de Concesión 093 de 1996, la Sala observa que los vehículos de tracción animal no eran susceptibles de remate dentro del proceso de cobro coactivo sustanciado por el concesionario, toda vez que el servicio no estaba sometido a las tarifas de los parqueaderos de patios, en la medida en que las infracciones cometidas por los conductores de los mismos solo daban lugar a multas y no tenían establecida la sanción de inmovilización prevista en el Código Nacional del Transporte expedido a través de la Ley 769 de 2002⁵⁶.

Se corrobora lo anterior con el contenido de las resoluciones aportadas al proceso, mediante las cuales se fijaron las tarifas aplicables al servicio de patios de la concesión, en cuyo texto se contemplaron dichas tarifas solamente en relación con los servicios prestados a vehículos automotores⁵⁷.

Es un hecho cierto que en los patios administrados por el concesionario se encontraron las denominadas “zorras” o vehículos de tracción animal. Se entiende que esos vehículos ingresaron por vínculos con hechos investigados por la fiscalía o autoridades judiciales, o quizás por infracciones respecto de las cuales se dispuso, en forma desproporcionada, la inmovilización o no se dispuso tal medida, pero se impuso de hecho.

Empero, los documentos que aluden al inventario de los vehículos constituyen pruebas de una situación fáctica, pero no indican que los costos de custodia de tales vehículos estuvieran sometidos al Contrato de Concesión 093.

⁵⁶ El artículo 131 de la Ley 769 de 2002 se refirió a las multas por infracciones de tránsito. En el literal A, se regularon las infracciones cometidas por conductores de los vehículos de tracción animal, las cuales se sancionaron con la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales y no contemplaron la sanción de inmovilización. La inmovilización fue prevista en algunas de las infracciones enumeradas en el literal B, referido a las multas imponibles a los conductores de vehículos automotores.

⁵⁷ Resolución 001 de 1996, mediante la cual se establecieron las tarifas de los derechos y servicios de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, la cual incluye las tarifas por “servicio de patios”, para: “vehículos tipo automóvil”, “Vehículos tipo, bus, buseta y camión” y “vehículos pesados tractomulas”; Resolución 0209 de 31 de diciembre de 1996, por la cual se determinaron las tarifas para los servicios que presta la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, entre otros, las tarifas por servicios de concesión por concepto de “centros de diagnóstico”, “servicio de grúa”; Resolución 001 de 1998 la cual establece las tarifas por categorías, sin contemplar los vehículos de tracción animal. En efecto, la citada resolución solo relacionó las tarifas del servicio de patios para: “motocicletas”, “automóviles”, “colectivos, busetas y camiones” y “buses, camiones y tracto camiones”. (folios 291 a 316, cuaderno 14).

En el plenario obran los documentos diligenciados con la firma de algunos propietarios de los vehículos de tracción animal, utilizados para hacer constar las condiciones de recibo de tales vehículos, en los cuales el concesionario empleó la proforma destinada al *“Inventario de Motos”* y aclaró en cada caso la identificación del vehículo denominado como *“zorra”*, en el cuerpo del formato.

De acuerdo con el texto de los referidos formatos se hizo constar la responsabilidad de quien fungía como propietario, el cual se obligaba a pagar al concesionario los servicios de parqueo para poder retirar la *“zorra”* o los elementos de la misma que resultaban retenidos.

De esta prueba se concluye que si el concesionario aceptó recibir las denominadas *“zorras”* en los patios y asumir la inmovilización, lo hizo bajo el riesgo de pago del servicio en forma directa, es decir mediante la cobranza a cada propietario.

Ahora bien, si hubo un acuerdo para el depósito de las zorras, entre el FONDATT y el ahora demandante, ese habría sido objeto de un contrato diferente a aquel cuya liquidación se debate en el presente proceso, el cual requería escrito firmado por las partes, en los términos del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, no obstante, tal contrato no se probó en el presente caso⁵⁸.

En consecuencia, no proceden los cargos relacionados con el reconocimiento de derechos sobre supuestos remates de los vehículos de tracción animal.

8.4. Debida motivación y ausencia de desviación de poder en relación con los actos acusados

Teniendo en cuenta que en su apelación el demandante recabó en los argumentos relacionados con la falsa motivación y desviación de poder en la determinación de las

⁵⁸ La circunstancia de la ausencia de prueba idónea para soportar el cobro de servicios sobre los vehículos de tracción animal fue advertida por el experto designado en el proceso de conciliación, de acuerdo con el informe de septiembre 12 de 2005, obrante en los folios 327 a 367, cuaderno 14.

cifras no incluidas en la liquidación del Contrato de Concesión 093, se considera lo siguiente:

A juicio de la Sala, la Resolución 101 de 2005, en el punto 8, referente a los “*ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO*”, consideró correctamente el saldo de cartera, sin incluir la facturación causada por la concesión en relación con los servicios que ahora se discuten.

En efecto, en el balance de liquidación fueron incluidos los servicios prestados a vehículos que no estaban dentro de los lotes dispuestos para remate, consideración que se encuentra ajustada a los pactos contractuales, toda vez que de acuerdo con la interpretación del Contrato de Concesión 093 de 1996 y con los otrosíes acreditados en el proceso⁵⁹, siguiendo las razones ya expuestas en esta providencia, se reitera que el riesgo de la cartera debía ser asumido por el concesionario y que la distribución entre las partes dependía del recaudo. Se agrega que el concesionario se negó a facilitar la ejecución de aquellos remates cuyo producto echa de menos en el acto de liquidación unilateral del contrato y, por último, se advierte que no demostró el cumplimiento de la entrega de los mandamientos de pago individualizados que se comprometió a sustanciar.

Por lo anterior, la Sala no encuentra configurada la falsa motivación o desviación de poder en las consideraciones atacadas por el demandante en relación con el acto contentivo de la liquidación unilateral del Contrato de Concesión 093⁶⁰.

Se reafirma la apreciación anterior con fundamento en la explicación expuesta en el Oficio I.1.2.798 UN, radicado el 12 de abril de 2004, suscrito por el Director de Interventoría de la Universidad Nacional de Colombia, en la cual contestó las observaciones al proyecto de liquidación del Contrato 093 de 1996 y explicó las categorías incluidas en el mismo⁶¹. En el referido oficio se lee:

*“No se discriminó el monto de los remates como un ingreso separado de los servicios, pues se entiende, que las partes convinieron en que **el producto de los remates haría parte de los ingresos contractuales y en ese sentido, no se incluyeron dentro de las sumas pendientes. Pues ya han sido percibidas por el concesionario.** En cuanto a las diferencias del producto de los remates y el valor de los servicios, consideramos que las controversias sobre el punto, de no ser objeto entre las partes, deben ser ventiladas ante la jurisdicción, y no dentro del acta de liquidación⁶²”.*

⁵⁹ Folio 9 a 31, cuaderno 1.

⁶⁰ Folios 604 a 607, cuaderno 3.

⁶¹ Folios 829 a 845, cuaderno 5.

⁶² Folio 840, cuaderno 5.

En igual sentido, se aprecia debidamente motivada la Resolución 1032 de 15 de diciembre de 2005, mediante la cual se confirmó la liquidación unilateral del Contrato de Concesión 093 de 1995, teniendo en cuenta que allí se advirtió que las partes renunciaron a los mayores valores⁶³, aspecto que en manera alguna era un hecho nuevo dentro de la correspondiente actuación administrativa, toda vez que simplemente se trajo a colación un acuerdo contractual suscrito con anterioridad entre las partes.

También se aprecia como acertada la motivación que llevó a no considerar las actas de entrega de los vehículos, toda vez que esos documentos no constituyeron título a cargo de FONDATT, como en efecto se hizo constar en el acto administrativo:

“Retomando el tema de las actas de entrega suscritas por el Subsecretario Operativo de la entidad, y en aras de no olvidar cuál es la naturaleza de las mismas frente a la liquidación del contrato, se recuerda que estas en ningún momento dadas las calidades de quienes las suscriben, como la de su contenido, solo corresponden a documentos de entrega de rodantes, en donde a título enunciativo son señalados los mismos. Con relación a su finalidad legal, esta no puede ser entendida como la de un documento que reconozca suma alguna a cargo de FONDATT, pues no son documentos de los cuales se desprendan obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles para el FONDATT⁶⁴.

9. Costas

Habida cuenta de que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas de acuerdo con la conducta de las partes y que en este caso no se puede establecer que alguna de ellas hubiera obrado temerariamente en el *sub lite*, se concluye que el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

⁶³ Folio 686, cuaderno 3.

⁶⁴ Folio 693, cuaderno 3.



F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección B, el 14 de febrero de 2013.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA