



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015).

Radicación: 76001-23-31-000-2000-01195-01 (30759)
Actor: YANETH AMANDA PAONESSA CLAROS
Demandado: MUNICIPIO DE YUMBO
Proceso: Acción contractual
Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las dos partes contra la sentencia del 10 de diciembre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos del Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño, Santander, Norte de Santander y Cesar, mediante la cual se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

En demanda presentada el 6 de abril de 2000¹ contra el **MUNICIPIO DE YUMBO**, la señora **YANETH AMANDA PAONESSA CLAROS** - pide que se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales el municipio demandado terminó y liquidó unilateralmente el contrato de prestación de servicios celebrado entre ellos, y que con ocasión de la declaratoria de nulidad, se declare el incumplimiento de tal contrato.

Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene al accionado al reconocimiento y pago de los dineros dejados de percibir con motivo de la ejecución contractual, junto a la indemnización de los perjuicios consistentes en el daño emergente y el lucro cesante que le fueron ocasionados, y al pago de la

¹ Folios 220 a 272 del c. No. 1.



multa pactada en el contrato; todo esto debidamente actualizado y con los respectivos intereses.

Estimó la cuantía en \$3.562.507.225.00

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

El día 9 de diciembre de 1997 la demandante celebró con el municipio demandado un contrato de prestación de servicios.

El objeto del contrato era que la contratista revisara, liquidara, reliquidara y efectuara cobro del Impuesto de Industria y Comercio, y el complementario de avisos y tableros; respecto de diversas empresas que desarrollaban actividad dentro del municipio de Yumbo; así como de los aportes solidarios y sobrepagos que las empresas prestadoras de servicios públicos cobraban a los usuarios de estrato 5 y 6 y comerciales para efectos de los subsidios otorgados a los estratos de menores ingresos.

Se afirma en la demanda que el día 12 de diciembre de 1997, las partes ampliaron el objeto del contrato, en el sentido que el contratista, además, debía adelantar el Recaudo Jurídico procesal y extraprocesal de los dineros que por concepto de los citados impuestos y aportes se debieran al municipio.

La remuneración del contratista se pactó en un 10% del lo recuperado o recaudado con diligencias prejudiciales y del 20% si respondía a acciones judiciales.

Se afirma en la demanda que la contratista comenzó a ejecutar el contrato, inquiriendo primero a los sujetos pasivos objeto del contrato y luego requiriéndolos para que declararan y liquidaran los respectivos impuestos a su cargo; de lo cual rindió informes al municipio contratante y lo requirió para que otorgara los poderes necesarios para iniciar las correspondientes acciones judiciales.

No obstante, el 25 de marzo de 1998, mediante resolución No. 0131, el municipio declaró terminado unilateralmente el contrato, aduciendo la muerte y la



incapacidad médica del contratista; pero en la parte considerativa del acto administrativo se desarrolla es la causal de exigencias del servicio público lo requieran, sustentado en razones que no son claras, precisas y contundentes, a juicio del apoderado de la demandante.

El 1º de julio siguiente, mediante Resolución 0312 el municipio de Yumbo liquidó, también de manera unilateral el contrato; en tal acto administrativo se valoró la indemnización debida a la contratista en cero pesos.

3. El trámite procesal

Presentada la demanda, el Tribunal resolvió admitirla por auto del 18 de marzo de 2000². Noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas aduciendo que las resoluciones eran legales, toda vez que el objeto del contrato hacía parte de una atribución que podía ejercer el propio municipio a través de la jurisdicción coactiva. Propuso las excepciones de falta de competencia por la existencia de cláusula compromisoria; legalidad de las resoluciones acusadas; falta de ejecución del contrato por parte del contratista; y ausencia del recaudo de ingresos como condición para el pago de honorarios.³

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad ésta que fue aprovechada por todos ellos. En cada uno de los escritos las partes reafirmaron las posiciones que habían planteado en la demanda y en la contestación, respectivamente.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 10 de diciembre de 2004, la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Valle del Cauca, Quindío, Cauca y Nariño, denegó las súplicas de la demanda.

² Fls. 273 y 274 del c. No.1

³ Fls. 298- 313 del c. No. 1



Para tomar esta decisión el Tribunal adujo que la función de liquidar y recaudar dineros por concepto de impuestos no es una función indelegable por parte del Alcalde del municipio, comoquiera que éste está facultado para contratar apoderado en defensa de la entidad territorial. En el fallo de primera instancia concretamente dijo el Tribunal:

“Para el caso sub lite la Administración Municipal de Yumbo no ha demostrado que esta función hubiere sido delegada al señor Tesorero Municipal ni que hubiera adelantado procesos de esta índole.

Cabe advertir que la existencia de un proceso de jurisdicción coactiva taría mas(sic) el recaudo de impuestos que un cobro prejurídico que realice un mandatario, y tanto es así que el mismo Ejecutivo Municipal posteriormente a la terminación del contrato de forma unilateral, suscribió contratos de prestación de servicios con otros apoderados con el mismo fin.

De lo anterior se colige que el Alcalde Municipal de Yumbo no podía dar por terminado unilateralmente el contrato de prestación de servicios, pues no se dieron las causas contenidas en el artículo 17 de la ley 80 de 1993 como tampoco la Cláusula novena del mismo contrato, toda vez que en este caso no hubo incumplimiento por parte del contratista pues obra en el plenario los diferentes oficios por medio de los cuales la demandante requiere a las Empresa (sic) deudoras del impuesto de Industria y Comercio y sus complementarios de Aviso y Tableros a fin de que den cumplimiento a sus obligaciones, es más dichos oficios son coadyuvados por le jefe de Rentas del mismo ente territorial”.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto las partes interpusieron sendos recursos de apelación. El municipio de Yumbo solicita que la sentencia sea revocada por cuanto la ley 136 de 1994, en el artículo 91 numeral 6º, establece que el Alcalde puede delegar la función del cobro coactivo en el tesorero, y aduce un decreto municipal de 1993 mediante el cual se le asigna tal función al tesorero de ese municipio. Siendo así, sostiene el apoderado de la entidad territorial, los actos administrativos son legales y deben rechazarse las pretensiones de la demanda.



Por su parte, el apoderado de la parte actora centra su inconformidad con el fallo en la cuantificación de los perjuicios, puesto que el Tribunal los tasó únicamente con base en lo efectivamente recaudado por el municipio durante la vigencia del contrato; y según lo afirmado por la actora, la cuantificación debe tener en cuenta la totalidad de la utilidad esperada, la cual debe ser calculada, según este apelante, sobre la base de los recaudos hechos por el municipio desde la celebración del contrato hasta el día que cobre ejecutoria la sentencia que decreta la nulidad de los actos administrativos que lo dieron por terminado y liquidado.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

Para resolver el asunto objeto del proceso, la Sala estudiará los siguientes aspectos: i) lo que se encuentra probado en el proceso; ii) luego se precisará el objeto del recurso de apelación; a continuación se abordará iii) la nulidad absoluta, pero parcial, del contrato, y iv) el caso concreto.

De otro lado, se advierte que la providencia será revocada parcialmente, para declarar, en su lugar, la nulidad absoluta de una parte del contrato y acceder a algunas de las pretensiones de la demanda. Los fundamentos de esta decisión son los siguientes.

1. Lo probado en el proceso.

La Sala solo destacará las pruebas estrictamente pertinentes para los fines de la decisión. En tal sentido, en el proceso se encuentra acreditado, con prueba documental adecuadamente aportada y practicada:

1.1. Que entre la actora y el Municipio de Yumbo, se celebró, el nueve de diciembre de 1997, el contrato de prestación de servicios a que aluden ellos. Su objeto consistió en:



"... revisar, Liquidar, reliquidar y efectuar el cobro y su respectivo RECAUDO JURÍDICO PROCESAL O EXTRAPROCESAL, del impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tablero a las empresas de servicios públicos domiciliarios (E.S.P.) las cuales prestan dichos servicios de que trata la ley 142 de 1994, y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero Igualmente se efectuará la revisión, liquidación, reliquidación y cobro jurídico Procesal o extraprocesal de los aportes solidarios o sobre precios que las empresas de servicios públicos domiciliarios que presten sus servicios en el Municipio de Yumbo debieron cobrarle a los usuarios de los estratos 5 y 6, comerciales e industriales para efectos del subsidio a los estratos de menores ingresos, y que el municipio no ha recaudado." -Cláusula primera del contrato" (fl. 2, cdno. 1)-.

Pese a que obra un "otro sí", supuestamente referido a este contrato-fl.6 del C1-, en el que se incluyen como objeto de la gestión encomendada a todas las entidades oficiales y establecimientos públicos del orden Departamental o Nacional, la Sala no lo valorará toda vez que el mismo data del 12 de agosto, es decir de 4 meses antes de celebrarse el contrato, lo cual le resta credibilidad al dicho documento.

1.2. El plazo del contrato se pactó en dos años -cl. décima tercera-, y el valor bajo la forma de porcentaje, así: i) el 10% cuando el pago se lograba por cobro extrajudicial, y ii) el 20% si era judicial -cl. sexta-.

1.3. El contratista constituyó la garantía de cumplimiento y pagó los derechos de publicación en la Gaceta municipal en los términos previstos por el contrato. -fls. 8 a 9 del C.1-.

1.4. La alcaldía del municipio de Yumbo expidió las resoluciones No. 0131 del 25 de marzo de 1998, y 0312 del 1º de julio del mismo año, mediante las cuales unilateralmente dio por terminado y liquidó dicho contrato celebrado con la aquí demandante, respectivamente -fls. 10- 16 del C.1 -.



1.5. La alcaldía de ese mismo municipio celebró contratos de prestación de servicios profesionales con un objeto similar al objeto del contrato realizado con la aquí demandante así. a) Contrato celebrado con Asesorías y Soluciones Integrales Ltda, el 2 de julio de 1998-Fls. 162-166 del C.1 b) Contrato de celebrado con Sandra Isabel Rizo Ramirez, el 29 de septiembre de 1998, -Fls. 167-170 del C.1-.

1.7. Obran también comunicaciones varias, dirigidas por el contratista a diversas empresas requiriéndolas para presentar ante el municipio de Yumbo la liquidación del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros.

1.8. Comunicaciones varias, dirigidas por el contratista a la entidad estatal, con el fin de informar sobre las actividades desarrolladas; otras solicitando la firma de los poderes para proceder a desarrollar el objeto del contrato, y cuyo contenido se analizará más adelante, en la medida en que sea pertinente para resolver el caso.

2. Lo que se debate en el proceso

Para concretar los aspectos objeto de pronunciamiento en esta instancia, es necesario precisar los temas apelados, para definir la competencia de la Sección.

En primer lugar, es claro que en el proceso no se está ante un apelante único, porque las dos partes interpusieron recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia. En estos términos, Sala decidirá sin la limitación prevista por el artículo 328 del Código General del Proceso. En definitiva, las partes cuestionaron los siguientes aspectos, sobre los cuales se ocupará la Sala a continuación:

i) La parte demandada solicitó que la decisión de primera instancia fuera revocada por cuanto los actos administrativos mediante los cuales unilateralmente se declaró terminado el contrato y se liquidó el mismo, son legales; toda vez que el objeto del mismo está constituido por actividades que pueden realizarse por funcionarios de planta, con lo cual se configura la causal de terminación unilateral prevista en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, esto es: "*cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga*".



ii) La parte actora pidió que se revoque parcialmente la decisión, en el sentido que se tasen los perjuicios con base en lo efectivamente recaudado con posterioridad a la firma del contrato; y no circunscrito a lo recibido por el municipio durante la vigencia del contrato, como se hizo en el fallo de primera instancia. Fundamenta su petición en que debe pagarse la utilidad esperada, y para ello deben tenerse en cuenta los recaudos hechos hasta el momento en que se declara la nulidad de los actos administrativos que terminaron y liquidaron el contrato. Para lo anterior, solicita que no solo se valore el dictamen pericial como lo hizo el Tribunal, sino la prueba documental obrante dentro del proceso que informa que el municipio celebró un cruce de cuentas con EMCALI, en el que esta empresa pagó por concepto de impuesto generado hasta 1999; de igual manera solicita que se tenga en cuenta lo pagado por las empresas EMSIRVA E.S.P; ASEO TOTAL E.S.P; CENTRAL HIDROELÉCTRICA ANCHICAYA Y/O EPSA O E.S.P. Y INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P..

Estos dos cuestionamientos los analizará la Sala a continuación, pero antes de proceder observa que se configura una causal de nulidad absoluta sobre el contrato, pero en forma parcial, la cual declarará conforme a la siguiente argumentación. Por esta razón, y por razones metodológicas, se estudiará primero este aspecto, antes de resolver los motivos de inconformidad manifestados en el recurso.

3. La nulidad absoluta de una parte de la cláusula primera del contrato.

El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional⁴ o con abuso o desviación de poder.⁵

Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen

⁴ Numeral 2º.

⁵ Numeral 3º.



de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,⁶ razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.

El objeto descrito en la cláusula primera del contrato de prestación de servicios que dio lugar a este proceso consistió en encomendar a la abogada JANETH AMANDA PAONESSA CLAROS, *"para revisar, liquidar, reliquidar y efectuar el cobro y su respectivo RECAUDO JURÍDICO PROCESAL O EXTRAPROCESAL, del impuesto de Industria y Comercio..."* [Subrayado fuera de texto]

El contenido de esta cláusula evidencia que el municipio de Yumbo encomendó algunas actividades a un particular que no pueden ser delegadas mediante contrato de prestación de servicios, pese a la autorización genérica que se le otorgan a los particulares de cumplir funciones administrativas en el los artículos 110- 114 de la ley 489 de 1998.

La Corte Constitucional al desarrollar los alcances de la asignación de funciones administrativas ha destacado lo siguiente:

"... Resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción. Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta. La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos..."

El primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.



excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad. Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios. La atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias...

Cuando la norma acusada defiere al acto jurídico la "regulación" de la atribución de funciones administrativas a particulares, y el señalamiento de las funciones específicas que serán encomendadas, no está trasladando la función legislativa a las autoridades ejecutivas. No está poniendo en sus manos la potestad de determinar "el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas", a la que se refiere el artículo 123 superior en concordancia con el 210 ídem, sino que se está refiriendo a la potestad administrativa de determinar de manera concreta y particular dichas condiciones en un caso individual dado, a partir del régimen señalado por el legislador, y para garantizar la efectividad del mismo. Esta regulación particular se lleva a cabo mediante la expedición del acto administrativo y un contrato...

La forma en que está redactada la norma induce a confusión, por cuanto permite concluir que la regla general es la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas por los particulares, y que la excepción sería la disposición legal en contrario. En efecto, pareciera que ellos pudieran ejercer todo tipo de actividades administrativas, salvo en los casos en que la ley expresamente se los prohibiera. Si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual "solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones administrativas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al mismo artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos. La regla general se invierte y en principio no pueden ejercer todo tipo de funciones administrativas, sino sólo aquellas que, en los términos de la Constitución y de la Ley, les pueden ser conferidas según lo precisado en esta misma sentencia...

Para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto conforme a lo prescrito por la ley bajo examen, sino que es necesario, adicionalmente, que en todos los casos se suscriba con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones. Sólo de esta manera se preserva el principio de equidad, puesto que la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la atribución individual de funciones administrativas, aun cuando ella resulte onerosa para el ciudadano. Así, no se imponen entonces cargas exorbitantes a determinadas personas privadas en particular.

No exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de



"participar en la vida política, cívica y comunitaria", que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución. En el caso de los comerciantes que recaudan el impuesto al valor agregado (IVA), y en el de quienes, al hacer un pago, retienen en la fuente, la ley no ha previsto una retribución por tal gestión, porque ésta es, sencillamente, un deber de participación, conexo con la actividad que ellos desarrollan. Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad: por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social. Y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Sólo podría haberlo si la función asignada implicara una carga excesiva, desproporcionada, y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia. Si bien es cierto tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la facultad discrecional del legislador señalar cuándo establece una u otra condición..."⁷

Conforme a lo expuesto, el ejercicio de funciones públicas administrativas por terceros particulares esta sujeta al trámite y procedimiento indicado y claramente definido por la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Obsérvese, cómo, de este procedimiento está excluido el concepto de contrato de prestación de servicios profesionales, que de por sí, no constituye la vía legal adecuada para asignar funciones a particulares. Si lo que espera del particular la administración no es que este la reemplace en el cumplimiento de sus funciones, sino que la acompañe, no de manera permanente, con carácter de independencia funcional y jerárquica, sin configurar ni reunir los elementos de una relación laboral, y simplemente asesorándola en la ejecución de sus atribuciones, entonces la vía adecuada si es la del contrato de prestación de servicios profesionales.

De otra parte, la Sección Cuarta de esta Corporación, dispuso que no se puede contratar con particulares las labores de fiscalización ni determinación del impuesto a cargo de los contribuyentes, en los siguientes términos:

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

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

(...)

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999.



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

"Como de acuerdo con las normas citadas, no se puede delegar en los particulares la facultad de fiscalización tributaria, resulta ilegal y violatoria del debido proceso, y, por lo mismo, constituye motivo de nulidad, la delegación de funciones que hizo el municipio de Dosquebradas, en cabeza de un tercero."⁸ (Subrayado fuera de texto)

Con fundamento en la anterior decisión, la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció sobre la validez de los contratos mediante los cuales se delega el cobro de cartera de las entidades públicas, particularmente cuando se trata de obligaciones tributarias. Sobre el particular determinó que se permite delegar en el particular trabajos de simple gestión de cobro pre- jurídico; pero si se trata de actividades propias de la jurisdicción coactiva se precisó que éstas son del resorte exclusivo de las entidades estatales, por lo tanto no pueden ser delegadas mediante contrato con particulares.

En efecto, en sentencia del 17 de mayo de 2007-exp. AP00369 se dijo:

"Para precisar el alcance de este aserto, se debe definir qué actividades comprende la determinación de tributos y su fiscalización: "determinación del tributo" es la actividad tendiente a establecer, de conformidad con las prescripciones legales correspondientes, la obligación tributaria sustancial. Por su parte, "fiscalización", consiste en la atribución que tiene la administración de impuestos de realizar todas aquellas diligencias e investigaciones,

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, D.C. veintidós (22) de septiembre de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 66001-23-31-000-1999-0902-01(13255), Actor: Sociedad Compañía Pintuco S.A., Demandado: Municipio de Dosquebradas, C. P. Hector J. Romero Díaz



enumeradas en el artículo 684 del Estatuto Tributario, con el fin de precisar correctamente los tributos⁹.

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

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

Al comparar el texto del contrato *sub iudice*, y concretamente las obligaciones encomendadas al contratista de liquidar el valor del impuesto de industria y comercio; con la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, asumida se encuentra que parte de las gestiones encomendadas constituyen actividades prohibidas, comoquiera que a la señora Janeth Amanda Paonessa Claros se le asignaron, mediante contrato de prestación de servicio, gestiones que no son de acompañamiento de las funciones administrativas, sino la función administrativa misma, como es la de liquidar y reliquidar el impuesto de Industria y Comercio.

Al respecto, la última sentencia citada de esta Sección añadió que:

⁹ Entre otras sentencias, hacen referencia al tema de la determinación y fiscalización de los tributos, las que a continuación se refieren, y sirven como base para las definiciones expuestas: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, D. C., doce (12) de julio de dos mil dos. (2002). Radicación número: 13001-23-31-000-1993-9477-01(12637), Actor: Sociedad Braceros del Norte Ltda., Demandado: La Nación - Dian, M. P.: Germán Ayala Mantilla; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, D.C., noviembre dos (2) de dos mil uno (2001), Radicación número: 08001-23-31-000-1994-8973-01(12370), Actor: Textiles Saab de Colombia Ltda., Demandado: La Nación, C.P. Juan Angel Palacio Hincapié; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Bogotá, d.c., octubre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y siete (1997), Radicación número: 8505, Actor: Ladrillera Santa fe S.A., Demandado: Distrito Capital de Santafé de Bogotá, C. P.: Julio Enrique Correa Restrepo



"Es necesario entonces estudiar el argumento presentado en la sentencia estudiada, consistente en que el funcionario público no puede atribuir a particulares actividades tributarias, sin que exista autorización constitucional o legal para ello.

"En efecto, la atribución de las labores relacionadas con el cobro coactivo no está autorizada por ninguna norma tributaria consultada, no obstante, esta constatación no es suficiente para que la Sala concluya que una contratación con este objeto es ilegal.

"La Sala debe ir más allá y determinar cuáles son las formas mediante las cuales el particular colabora con la administración para el desarrollo del cobro coactivo, y, con base en esa constatación, concluir la viabilidad jurídica de cada una de ellas en función de la existencia o no de normas que las sustenten.

"Existen tres supuestos principales: en primer lugar, la asunción de los particulares de la jurisdicción coactiva por atribución íntegra de funciones de la administración; en segundo lugar, la atribución parcial de funciones de la administración; y, en tercer lugar, la celebración de un contrato estatal cuyo objeto sea la colaboración del particular con la administración en el desarrollo de la jurisdicción coactiva, sin que la administración esté atribuyendo la función administrativa correspondiente.

(...)

"Todos los pasos o eventos referidos contienen al menos dos partes, ámbitos o módulos: uno de preparación, instrumentación o de proyección de documentos, constituido por las actuaciones previas, concomitantes o posteriores que deben surtirse como base del cobro coactivo, y otra de decisión, representada por los actos de cobro coactivo, en sentido propio. El análisis sobre la viabilidad de la atribución de funciones administrativas debe diferenciar, respecto de cada paso o evento, las dos partes referidas. **Así, en relación con las actuaciones de instrumentación o de proyección de documentos, la Sala considera que serán susceptibles de atribución.** Por el contrario, en relación con los actos del cobro coactivo propiamente dichos, tales como expedición del mandamiento de pago, decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc., la Sala considera que constituyen una función exclusiva de la administración en ejercicio de sus poderes soberanos de cobro coactivo, y como tal no puede ser atribuida a particulares.

(...)

"En conclusión, con base en lo dispuesto en las normas jurídicas aplicables y en lo dicho por la jurisprudencia nacional, la Sala considera que puede haber una atribución parcial a favor de los particulares de las funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo, específicamente, de aquellas que atañen a la instrumentación del proceso y la proyección de documentos,



siempre y cuando la administración conserve en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998, y cumpla con el procedimiento dispuesto en la misma ley para la atribución.

"La Sala concluye también que no es jurídicamente viable la atribución total de funciones administrativas de cobro coactivo debido a que, en tal supuesto, el funcionario estaría vaciando de contenido la competencia que la ley le ha otorgado, y sería reemplazado íntegramente en sus funciones, cuestiones que la Corte Constitucional calificó claramente como límites a la atribución."

Esta conclusión tiene validez para el caso que aquí se revisa, y así lo aplicará la Sala, pues está probado que la cláusula primera del contrato atribuyó al contratista la labor de: "..., *liquidar, reliquidar y efectuar el cobro y su respectivo RECAUDO JURÍDICO PROCESAL O EXTRAPROCESAL, del impuesto de Industria y Comercio...*", lo cual es prohibido, según se acaba de analizar, pues en esta ocasión no se le encomendó la labor de proyectar o instrumentar los procesos o de proyectar documentos, sino, en forma general, la facultad de liquidar o reliquidar el monto del tributo.

En estos términos, se declarará la nulidad parcial, de la cláusula primera del contrato, esto es, aquella parte que autoriza al contratista a liquidar y reliquidar el monto del Impuesto de Industria y Comercio y el complementario de tableros y avisos; no así las demás actividades previstas en la misma cláusula, porque con éstas solo se asignaron al contratista funciones relacionadas con el cobro pre-jurídico o persuasivo, de allí que estos no hacen parte de las actividades propias de la jurisdicción coactiva, y por eso es admisible encomendarlas a través del contrato de prestación de servicios.

En conclusión, por tratarse de una actividad cuya contratación con particulares está prohibida por el ordenamiento jurídico, la Sala anulará los apartes pertinentes que se vienen de reseñar.



3.1 La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.¹⁰

La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido¹¹, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado.

Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que "... Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

¹⁰ Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

¹¹ La disposición expresa: "Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público".



Ahora, cuando en la contratación estatal resulta aplicable en toda su dimensión lo dispuesto en el artículo 1525 del Código Civil, es decir que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, ésta prohibición no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

Si nos atenemos a los antecedentes históricos y a la razón de ser del precepto, la conclusión no puede ser otra.¹²

Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (“repetirse”), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

En efecto, el antecedente romano se encuentra en la *condictio ob turpem vel injustam causam* que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.

Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*.

Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que “sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tomar”¹³

¹² Sobre el origen y desarrollo de esta prohibición puede leerse el excelente artículo de F. NAVIA ARROYO. *Reflexiones sobre la máxima nemo auditur*, en *Homenaje a Fernando Hinestrosa. Liber Amicorum*, t. II, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1993, del cual se han tomado parte de las consideraciones sobre este aspecto.

¹³ Partida V, Título XIV, Ley XLIX.



Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.

Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio* y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.

Por supuesto que si nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas.

3.2. La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana *"en todo caso"* por prescripción extraordinaria.

Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

3.3 Por la época en que se celebró el contrato de obra entre el municipio de Yumbo y la señora Janeth Amanda Pannessa Claros (9 de diciembre de 1997), el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el



artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.

Este término se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002 que entró a regir el 27 de diciembre de 2002, pero como la ley aplicable es la que era vigente al momento de la celebración del contrato, se sigue que cualquier nulidad absoluta que tenga este contrato, al día de hoy, todavía no se ha saneado por la prescripción extraordinaria.

3.4 El principio de la reformatio in pejus impide que, por regla general, se haga mas gravosa la situación del apelante único, principio este que admite como excepción, además del evento en “que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”, aquel en que debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte que no apeló.

3.5. Esta garantía, constitucional por cierto, ampara un derecho individual como lo es el de la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra.

Luego, quien consiente en lo desfavorable de un fallo, dispone de su interés al someterse inmediatamente a él, no obstante tener la posibilidad legal de alzarse contra la decisión mediante la interposición del recurso de apelación.

Así que entonces, el principio de la reformatio in pejus muestra en el trasfondo la protección de un interés individual que se ampara precisamente porque la otra parte dispuso del suyo al no recurrir lo que le fue desfavorable.

En conclusión, en la reformatio in pejus, las facultades del juez se restringen para proteger el derecho individual del apelante único.

3.6. Las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas.



Significa lo anterior que las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar oficiosamente.

En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas.

Por lo tanto, jamás podrá decirse que, en un caso como el que se acaba de mencionar, el decreto oficioso de la nulidad absoluta lleve consigo la violación del principio de la *reformatio in pejus* porque la protección del orden jurídico es un interés general que debe prevalecer sobre el interés particular que contiene el principio de no reformar la sentencia en perjuicio del apelante único.

En el asunto que se revisa en esta segunda instancia está plenamente demostrado que en el contrato que celebraron la señora Janeth Amanda Paonessa y el municipio de Yumbo el 9 de diciembre de 1997, se delegó en un particular una función administrativa indelegable como es la liquidación de los tributos.

4. El caso concreto

Definido lo anterior, la Sala analizará a continuación los argumentos expuestos en el recurso de apelación del Municipio de Yumbo, teniendo en cuenta la nulidad parcial que se declara en relación con lo que pudiera afectar lo debatido en el proceso.

4.1 La terminación unilateral del contrato

Aduce el apoderado del municipio demandado que la resolución 0131 del 25 de marzo de 1998, que declaró la terminación fue legal, toda vez que el objeto del contrato es una actividad de jurisdicción coactiva que debe ser adelantada de



manera exclusiva por el municipio, concretamente delegada al Tesorero municipal, como se expuso en la parte resolutive de tal acto administrativo.

Sobre el particular observa la Sala, que en lo que tiene que ver con la liquidación del impuesto, el asunto ya fue precedentemente resuelto con la nulidad que se viene de decretar. Ahora bien, en lo que atañe a cobro extraprocesal del monto de lo que se haya liquidado por concepto de impuesto de Industria y Comercio, y el complementario de tableros y avisos, sí puede ser delegado mediante el contrato de prestación de servicios entre particulares. Resta examinar si el motivo que se adujo para declarar terminado el contrato, en relación con esta actividad que es la única que conserva vigencia, fue real en el caso concreto.

Obran en el expediente dos contratos celebrados por la misma administración municipal que profirió la Resolución de terminación del contrato objeto de este proceso, con personas diversas, a las que se encargaba la misma actividad.

En efecto, obra un contrato de prestación de servicios celebrado entre el municipio de Yumbo y la señora Sandra Isabel Rizo Ramírez, el 29 de septiembre de 1998, en cuya cláusula primera se lee:

"OBJETO: El objeto del presente contrato es la asesoría a la Entidad pública(sic) en los siguientes campos: 1. Determinar los contribuyentes de Impuesto de Industria y Comercio y de su complementario de Avisos y Tableros, del Impuesto Predial Unificado y demás impuestos municipales debidamente autorizados por la ley, que estando obligados a declarar y pagar el correspondiente impuesto no lo han hecho, proyectando los requerimientos y liquidaciones oficiales aforo a que hubiere lugar y atendiendo los recursos legales que puedan presentar los contribuyentes en la Vía Administrativa o Contenciosa Administrativa; 2. Determinar los aportes solidarios, que se deben cobrar a las empresas prestadoras de servicios domiciliarios en los estratos 5 y 6, y de las zonas comerciales e industriales y que el municipio no haya recaudado. 3. Atender el cobro pre-jurídico y proyectar el cobro coactivo de la cartera morosa, que pueda tener



el Municipio, por los diferentes impuestos municipales a su favor" -fl. 167 del C.1-

Aparece también un contrato celebrado por el mismo municipio demandado con la compañía Asesorías y Soluciones Integrales Ltda., el 2 de julio de 1998. En la cláusula primera de este contrato se estipuló:

" OBJETO. El objeto del presente contrato es realizar una asesoría en las siguientes funciones: 1. Determinar los contribuyentes del Impuesto de Industria y Comercio y de su complementario de avisos y Tableros, del Impuesto Predial Unificado y demás impuestos municipales debidamente autorizados por la ley, que estando obligados a declarar y pagar el correspondiente impuesto, no lo han hecho, elaborando los requerimientos y liquidaciones oficiales o de aforo a que hubiere lugar, atendiendo y realizando los proyectos de resoluciones sobre los recursos legales que puedan presentar los contribuyentes en el agotamiento de la vía gubernativa. 2. Determinar los aportes solidarios, que se deben cobrar a las empresas prestadoras de servicios domiciliarios en los estratos 5 y 6, las zonas comerciales e industriales y que el municipio no haya recaudado. 3. Atender el cobro pre- jurídico y proyectar el cobro coactivo de la cartera morosa, que pueda tener el Municipio por los impuestos municipales a su favor" -fls. 162-163 del C.1-

Los anteriores documentos muestran a la Sala de manera incontrastable que las razones que dieron en la Resolución 0131 del 25 de marzo de 1998, mediante la cual se dio por terminado el contrato objeto de este proceso, fueron falsas; pues nada distinto se puede concluir, si en dichas resoluciones se alude a la indelegabilidad de dichas funciones a particulares, como ratio iuris del acto administrativo; y la misma administración delega 2 y 4 meses después, mediante el mismo tipo de contrato y con igual objeto, a otros particulares las mismas funciones. Así las cosas, es ineludible la declaratoria de nulidad de tal resolución y de contera del acto administrativo que consecuentemente liquidó el contrato celebrado con Janeth Amanda Paonessa Claros. En este aspecto será confirmado el fallo de primera instancia.



Además, La Sala llama la atención de las autoridades municipales para que se abstengan de delegar funciones administrativas mediante contrato de prestación de servicios; y de otra parte, ordenará compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue la comisión de posibles delitos por parte de los dos Alcaldes de Yumbo, esto es, el que celebró el contrato de prestación de servicios en el que delegó la liquidación de los tributos y su cobro coactivo; y aquél funcionario que después de revocar ese contrato aduciendo que se trataba de actividades indelegables, celebró con otros particulares dos contratos con idéntico objeto.

4.2 La utilidad esperada como factor de cálculo de la indemnización

En el recurso presentado por la parte actora se argumenta que el monto de la indemnización debe ser superior, pues para el cálculo del mismo debe tenerse presente la utilidad esperada. El escrito de sustentación finaliza con tres peticiones principales a saber: de que se reconozca que EMCALI EICE, EMSIRVA E.S.P. ASEOA TOTAL E.S.P., CENTRAL HIDROELECTRICA ANCHICAYA Y/O EPSA E.SP; INTECONEXIÓN ELECTICA S.A. E.S.P.; son parte del objeto contractual; QUE PARA LA LIQUIDACION DE la indemnización se tenga en cuenta la proyección de ingresos por concepto de recaudo de impuesto de Industria y Comercio, y su complementario de avisos y tableros, así como de los aportes solidarios de estas empresas. Y que la liquidación de los honorarios son se haga sobre el 10% pactado, sino por el 20% habida cuenta de la declaratoria de incumplimiento del contrato.

Subsidiariamente, pide que si las anteriores peticiones no tuvieran prosperidad, se ordene que para la liquidación de los perjuicios se tengan como base los recaudos obtenidos por el municipio demandado desde que se suscribió el contrato hasta la ejecutoria del fallo de primera instancia.

Sobre la utilidad esperada esta Corporación ha dicho:

"El denominado concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad -A.I.U.- que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de



tracto sucesivo y ejecución periódica, como en los de obra corresponde a: i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: "A"; ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es: "I"; iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: "U". A partir de esta discriminación, reiteradamente ha dicho esta Corporación que frente a la utilidad esperada -lucro cesante-, esta se limita precisamente sólo a la utilidad y no a los demás conceptos que conforman el A.I.U. del valor total de la oferta, como lo son la administración y los imprevistos, pues en realidad los mismos no hacen parte de la ganancia o remuneración o utilidad que por sus servicios percibe el contratista"¹⁴.

Ahora bien, en el sub judice, la parte actora alega que esas utilidades dejadas de percibir, corresponden a los pagos realizados por las diversas empresas realizados con posterioridad a la celebración del contrato objeto de este proceso. En este orden de ideas, se trata de verificar si existen pruebas de que los pagos hechos durante la vigencia del contrato y con posterioridad a esa fecha, fueron hechos como consecuencia de las labores de cobro pre-jurídico realizado por la contratista aquí demandante.

Sobre el particular obran diversas comunicaciones que la demandante Janeth Amanda Paonessa Claros dirigió a diversas empresas. La sala examinará las comunicaciones enviadas a las empresas respecto de las cuales, la parte actora se solicita en el recurso tenerlas como parte del objeto contractual.

A este respecto obran los siguientes documentos:

Comunicaciones enviadas el 25 de febrero requiriendo a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI- EMCALI EICE; a la Administración Postal Nacional- ADPOSTAL y a la CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYÁ, CHIDRAL S.A.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080; En similar sentido, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2003, exp.17.554; y sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16433, C.P.



E.S.P.; a la EMPRESA DE SERVICIOS VARIOS –EMSIRVA E.S.P.; Y a ASEO TOTAL E.S.P. para que presentaran ante el municipio de Yumbo su declaración y liquidación de impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros.

A este requerimiento EMCALI respondió:

"La historia del proceso de negociación de las deudas mutuas entre el Municipio de Yumbo y EMCALI- EICE, se remonta por lo menos diez años atrás. En su más recientes etapa a partir de 1995, con la anterior Administración Municipal se acordó el cruce de cuentas, como mecanismo de cancelación de las mismas..."

La actual administración ... retomó el proceso que se encuentra en la etapa de análisis y revisión de las negociaciones adelantadas anteriormente, con el objeto de finiquitar las dudas que por el lado del Municipio se derivan del consumo de servicios públicos y por parte de EMCALI- EICE, del pago de impuestos de industria y comercio, complementarios de avisos y tableros predial y otros.

Por tanto no se entiende, si actualmente el Municipio de Yumbo y EMCALI EICE adelantamos este proceso de negociación, como se nos presenta un requerimiento desconociéndolo"-fls.101-102 del C.1-.

A propósito de esta empresa, entre los soportes que presentaron los peritos con su dictamen pericial se aprecia el pago de impuesto de industria y comercio, correspondientes a los años 1995 y 1996, el primero de ellos, hecho el 29 de marzo de 1996- fl. 77 del c. de pruebas de la parte demandante-; el segundo realizado el 21 de abril de 1997,- Fl. 77 del mismo cuaderno-. Los demás recibos corresponde a años gravables diversos a aquellos en los que tuvo vigencia el contrato celebrado entre el municipio y la aquí demandante, por lo tanto, no tienen ninguna relación de causalidad con el mismo, máxime si se tiene presente que esos pagos obedecieron a un acuerdo directo de cruce de cuentas entre la entidad territorial y el empresa prestadora de servicios públicos.



A su vez, en relación con la EMPRESA DE SERVICIOS VARIOS – EMSIRVA E.S.P., obra en el expediente el acta de compromiso para el pago del servicio de disposición final, del 4 de diciembre de 1997, en el que se lee:

" Los puntos básicos para definir el compromiso de pago fueron:

- 1.- EMSIRVA abona el valor de los sobrepagos desde enero a diciembre de 1997 que percibe por la prestación del servicio en ACOPI y que suma \$64.316.875*
- 2.- Se rebajan intereses moratorios*
- 3.- El total a pagar después de los puntos anteriores es de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MCTE(\$200.000.000).*

Además, la comunicación enviada por la Contratista aquí demandante, fue contestada por esta empresa en los siguientes términos.

"En atención a su comunicación fechada en febrero 25 de 1998 y recibida en este Despacho en marzo 16 de 1998, me permito precisarle lo siguiente:

La Empresa Servicios Varios Municipales de Cali EMSIRVA presentó ante la Tesorería Municipal de Yumbo el formulario de inscripción y censo, el día 19 de abril de 1996.

El día veintidós(22) de abril de 1996 se presentó la declaración y liquidación privada del Impuesto de Industria y Comercio correspondiente al año de 1995.

El día quince (15) de abril de 1997 se presentó la declaración y liquidación privada del Impuesto de Industria y Comercio correspondiente al año de 1996...

Como puede verse, hemos cumplido tanto con la matrícula, como con las respectivas declaraciones y a la fecha estamos al día con esta obligación- fls 66-67 del C.1-.

Por su parte, la empresa ADPOSTAL respondió el 27 de marzo de 1998:

"En atención a lo requerido por su despacho en oficio del 25 de febrero del presente año, muy comedidamente solicito la ampliación en diez (10) (sic) mas (sic) del término establecido por ud. Para la presentación de la declaración y liquidación privada del impuesto de industria y comercio "[...]" Lo anterior debido a que por motivos de manejo de nuestros archivos no se ha efectuado esta liquidación".- fl. 26 del C.1-.



Ahora bien, en el dictamen rendido por los peritos que concurrieron a la diligencia de inspección judicial se constató, con los soportes correspondientes, que esta empresa se inscribió el 30 de abril de 1998 y pagó por concepto de impuesto de industria y comercio por los años gravables comprendidos entre 1987 y 1997, durante la vigencia del contrato, la suma de \$516.228 -fl.22 y 25 del C de pruebas de la parte demandante. Así las cosas, se confirmará este rubro que fue tenido en cuenta por el Tribunal de primera instancia, pues evidente la relación de causalidad entre la actividad desplegada por la demandante y los recaudos hechos por el municipio demandado.

A su turno, CHIDRAL S.A. E.S.P. respondió así:

"Conviene aclarar que desde el momento en que la ley 56 de 1981 consagró el gravamen de Industria y Comercio a cargo de las empresas generadoras de energía CHIDRAL S.A. E.S.P. la sociedad ha sido consciente de la importancia de los recursos que percibirá el Municipio de Yumbo por tal concepto, para el desarrollo de sus obras sociales, y por ello en forma reiterada ha comunicado a las autoridades de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Yumbo sobre la necesidad de promover el Acuerdo Municipal correspondiente que regule la materia, sin que a la fecha se haya obtenido pronunciamiento legal que favorezca los intereses del territorio municipal- fl. 397 del C.1-.

No existe prueba de que esta empresa haya pagada suma alguna, lo cual se encuentra ratificado por el apoderado de la parte actora quien manifiesta en el escrito que sustentó el recurso:

"No hay explicación alguna, para que a una empresa tan importante ubicada en el Municipio de Yumbo, no se le haya requerido y mucho menos se le haya realizado LIQUIDACION OFICIAL DE AFORO".

De lo anterior, la Sala tiene por probado que nada ha percibido el municipio de manos de esta empresa, por lo tanto mal haría la Sala en reconocer alguna indemnización, pues la sola circunstancia de que se haya declarado terminado unilateralmente el contrato no genera automáticamente el perjuicio reclamado. Y



no existe razón lógica alguna para proyectar los ingresos con base en lo declarado por otra empresa, como lo solicita el apoderado de la parte actora.

En cuanto concierne a la EMPRESA INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.E., obra en el plenario la respuesta que dio al requerimiento, en ésta, después de analizar la normativa que la obliga a pagar el impuesto de industria y comercio, concluyó:

"Así las cosas, a partir del año gravable de 1998, ISA liquidará y pagará el impuesto d industria y comercio por estos ingresos generados en la jurisdicción del municipio de Yumbo" -fl.48 del c.1-.

Concordantemente con lo anterior, se observa que entre los documentos que los peritos presentaron como soporte del dictamen rendido, aparece que esta empresa pagó el impuesto de industria y comercio correspondiente a los años 1996, 1997, y 1998, por un valor de \$161.831.339, suma que fue tomada en cuenta por el Tribunal para el pago de la indemnización, respecto de la cual la Sala se limitará actualizar la cifra correspondiente.

Los pagos hechos con posterioridad a la vigencia del contrato no pueden tenerse en cuenta dentro de los factores de liquidación, puesto que esas obligaciones se generaron después del requerimiento hecho por la contratista demandante; así las cosas, no aparece razón lógica para interpretar que todos los pagos que en el futuro haga esta compañía siguen obedeciendo al requerimiento que le hicieron en febrero de 1998; aquella conminación fue válida para las obligaciones que en ese momento tenía la empresa INTERCONEXION ELÉCTRICA S.A. E.S.P.; para ninguna otra.

Resta por analizar si es procedente el reconocimiento de la multa prevista en el contrato, estipulada en la cláusula decima segunda en los siguientes términos:

"El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en el presente contrato, por alguna de las partes, dará lugar a la otra, a exigir, el pago de multas sucesivas que oscilarán entre 10 y 30 salarios mínimos legales mensuales en cada



ocasión. Las multas se harán exigibles con la mera demostración de la parte cumplida”.

La Sala a este respecto tiene un reparo que la lleva a revocar el reconocimiento que de estas multas se hizo en el fallo de primera instancia. En efecto, esta Sala ha distinguido entre las funciones que cumple la cláusula penal y las multas. sobre el particular se ha dicho:

“... la cláusula penal pecuniaria se encuentra definida como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consisten en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”

Así, la cláusula penal pecuniaria tiene como funciones garantizar el cumplimiento, compeler al deudor a la satisfacción de la prestación, sancionar su incumplimiento y estimar anticipadamente el valor de los eventuales perjuicios que se podrían ocasionar con la inejecución de lo pactado, a diferencia de las multas contractuales las cuales tienen una finalidad eminentemente conminatoria”¹⁵

En los anteriores términos no resulta aplicable al caso *sub judice*, la aplicación de la multa estipulada, toda vez que el propósito de las mismas es simplemente conminatorio, esto es para intimar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato; y en la demanda lo que se persigue es la indemnización de los perjuicios derivados de ese incumplimiento; así las cosas, forzoso es concluir que tales multas tampoco pueden constituir un factor para calcular el monto de la indemnización, razón por la cuál este aspecto de la sentencia será modificado.

Actualización de la condena impuesta en primera instancia.

En el fallo del Tribunal A quo se condenó al municipio de Yumbo, a título de liquidación judicial del contrato de prestación de servicios profesionales, a pagar la suma de \$25.062.623, suma que se actualizará aplicando la siguiente fórmula:

$$Va = Vi (lf / li)$$

donde,

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. sentencia de 14 mayo de 2014 exp. 29.741



Va : valor actual

Vi : valor inicial, equivalente a la suma reconocida en el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, esto es, \$25.062.623.00

If : Índice final, equivalente al IPC correspondiente a febrero de 2015, esto es, 120,28

Ii : Índice inicial, equivalente al IPC correspondiente a diciembre de 2004, fecha del fallo de primera instancia, esto es, 80,21

En este orden, $Va = Vi (If / Ii)$

$$Va = 25.062.623.00 (120,28 / 80,21)$$

$$VA = 37.582.998.30$$

En conclusión, la Sala modificará la sentencia, en la parte pertinente, por las razones anotadas.

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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia del 10 de diciembre de 2004, la cual quedará así:

PRIMERO. No prospera la excepción de legalidad de los actos administrativos.

SEGUNDO. ANÚLASEN de oficio las expresiones "liquidar", "reliquidar" y "recaudo jurídico Procesal", previstas en la cláusula primera del contrato de prestación de servicios, suscrito entre la señora Janeth Amanda Paonessa Claros y el Municipio de Yumbo, el 9 de diciembre de 1997, cuyo objeto era el cobro pre jurídico de las sumas adeudadas a esa entidad territorial por concepto de Impuesto de Industria y Comercio, y el complementario de



*Expediente 30759
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

tableros y avisos; así como de las cifras recaudadas por las empresas prestadoras de servicios públicos por concepto de aportes de solidaridad.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 0131 del 25 de marzo de 1998, por medio de la cual el Alcalde Municipal de Yumbo declaró terminado unilateralmente el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el 9 de diciembre de 1997 entre el MUNICIPIO DE YUMBO y la doctora JANETH AMANDA PAONESSA CLAROS.

CUARTO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 0312 del 1º de julio de 1998 por medio de la cual el Alcalde Municipal de Yumbo liquida unilateralmente el contrato de prestación de servicios suscrito entre la doctora JANETH PAONESSA CLAROS y el Municipio de Yumbo.

QUINTO: CONDÉNASE al MUNICIPIO DE YUMBO, a pagar a la doctora JANETH PAONESSA CLAROS, a título de liquidación judicial del contrato de prestación de servicios profesionales, la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$37.582.998.30).

SEXTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO. COMPÚLSESE copias a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la comisión de posibles delitos por parte de los dos alcaldes del municipio de Yumbo, esto es, el que celebró el contrato de prestación de servicios que dio lugar a este proceso, mediante el cual atribuyó funciones indelegables de la administración; y el funcionario que declaró la terminación unilateral de ese contrato aduciendo que se trataba de una actividad indelegable de la administración, y pese a ello, posteriormente celebró dos contratos de prestación de servicios con objeto idéntico.

OCTAVO: Sin condena en costas.



NOVENO: ÚMPLASE lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE


OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

Magistrado Ponente