

REVOCATORIA DIRECTA - De actos administrativos proferidos por la Administración. Procedencia / REVOCATORIA DIRECTA - De contratos estatales. Improcedencia / REVOCATORIA DIRECTA - De contrato de prestación de servicios. Improcedencia

Resulta necesario precisar que el acto objeto de la revocatoria directa no era un acto administrativo que exteriorizara la voluntad unilateral de la administración, con miras a producir efectos jurídicos, en torno a una situación jurídica de carácter laboral, pues se trataba de una orden de prestación de servicios constitutiva de un verdadero contrato estatal sin formalidades plenas, de aquellos previstos por el parágrafo final del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) y regulados por los artículos 25 y 26 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, vigente para la época en que fue proferida la orden de prestación de servicios. (...) el Gobernador del Departamento de Córdoba "revocó", a través del acto administrativo cuestionado en la demanda, un contrato estatal, a pesar de que carecía de competencia para ello, pues no existe norma dentro del ordenamiento jurídico que le otorgue la facultad o el poder a la administración pública de revocar directamente los contratos estatales, porque éstos, a términos de los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 1495 del Código Civil, surgen por el concurso de voluntades de las partes con el objeto de dar, hacer o no hacer una cosa y dentro de esta categoría están comprendidos los contratos sin formalidades plenas, que constituyen o constituían una verdadera fuente de obligaciones.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1495 / DECRETO REGLAMENTARIO 679 DE 1994 - ARTICULO 25 / DECRETO REGLAMENTARIO 679 DE 1994 - ARTICULO 27 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 39 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 32

CELEBRACION DEL CONTRATO ESTATAL - Por regla general deben constar por escrito. Con solemnidades plenas. Regulación normativa / CELEBRACION DEL CONTRATO ESTATAL - Por excepción sin solemnidades plenas. Regulación normativa

En los contratos sin formalidades plenas y, particularmente, en las llamadas órdenes de trabajo, obra, suministro o servicios, puede ocurrir, incluso, que el contratista no suscriba el documento contentivo de la misma, como adelante se verá; sin embargo, esa circunstancia no significa que no se de el concurso de voluntades entre las partes. En estos casos, la voluntad del contratista se presenta de manera expresa o tácita a través de la ejecución del objeto de las obligaciones a su cargo, en tanto el de la administración pública se da de manera expresa, mediante la orden escrita impartida por el jefe de la entidad o su delegado, tal como lo prevé el inciso segundo del artículo 25 del Decreto 679 de 1994 (derogado por el Decreto 00734 de 2012). En efecto, por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, pues así lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que es esta la forma que deben adoptar tales actos jurídicos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus). Esta exigencia es una de las llamadas formalidades plenas de los contratos del Estado. Por excepción, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) contempla la posibilidad de celebrar contratos sin formalidades plenas, cuando su valor se halle dentro de los rangos previstos por la norma, rangos que están concebidos en función de los presupuestos anuales de las entidades respectivas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 39 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 32 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 25 / DECRETO 00734 DE 2012

FORMALIDADES PLENAS EN UN CONTRATO ESTATAL - Concepto. Regulación normativa

El primer interrogante que surge es el concerniente al concepto de formalidades plenas, pues la Ley 80 de 1993 no contiene una noción al respecto; no obstante, el artículo 25 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, señala que debe entenderse por formalidades plenas “la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyan las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el parágrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993”; ahora, por oposición, podría pensarse en que en la contratación desprovista de formalidades plenas se prescinde de los anteriores requisitos, pero ello no es así. Normas como el artículo 24 y el propio artículo 25 del Decreto 679 de 1994 sólo excluyen el cumplimiento de algunas formalidades que, por regla general, la legislación requiere para que el contrato estatal surja al universo jurídico y pueda ejecutarse en legal forma, particularmente, las que tienen que ver con el procedimiento de escogencia del contratista, la forma que reviste el contrato estatal y la publicidad del mismo; pero, otras de las formalidades, como la disponibilidad y registro presupuestales, por ejemplo, deben ser satisfechas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993- ARTICULO 41.3 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 24 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 25

CONTRATO ESTATAL SIN FORMALIDADES PLENAS - Fundamento / CONTRATO ESTATAL SIN FORMALIDADES PLENAS - Principios de celeridad, eficacia y economía / CONTRATO ESTATAL SIN FORMALIDADES PLENAS - No requiere que conste por escrito

El contrato sin formalidades plenas tiene fundamento en los principios de celeridad, eficacia y economía que rigen la función administrativa y la actividad contractual del Estado, permitiendo escoger al contratista de manera rápida y eficaz, mediante un procedimiento sucinto, con un mínimo de exigencias formales y teniendo en consideración únicamente los precios del mercado, todo lo cual tiene por objeto satisfacer la prestación de servicios, la ejecución de trabajos y obras y la adquisición de bienes hasta por las cuantías previstas en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, pues la finalidad de esta modalidad de contratación es ser una de las herramientas necesarias para que las entidades estatales suplan las necesidades más recurrentes que se generan día tras día. Así, los contratos sin formalidades plenas no revisten la exigencia ad solemnitatem prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y ello implica que se perfeccionan con el acuerdo de voluntades de los intervinientes en el iter contractus, sin que se requiera que el acuerdo conste en un escrito, que satisfaga los requisitos de que trata el precitado artículo 25 del Decreto 679 de 1994, contrario a lo que sucede en los contratos estatales con formalidades plenas; no obstante, se trata de verdaderos contratos estatales, a los cuales les son aplicables las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 y, por expresa disposición del artículo 13 ibídem, las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 39 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 25

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL SIN FORMALIDADES PLENAS - Requisitos para que nazca a la vida jurídica

Desde el punto de vista estrictamente formal, lo único que exige el artículo 25 del Decreto 679 de 1994 es que las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato sean ordenados, previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, precisando el objeto del contrato y la contraprestación, aunque, pueden contener otro tipo de estipulaciones que las entidades consideren necesarias de acuerdo con la ley; empero, dicha orden no constituye propiamente el contrato, pues para que éste se perfeccione se requiere de un elemento fundamental, esto es, el consentimiento del destinatario de la orden. Por lo anterior, la orden escrita impartida por el jefe de la entidad constituye la exteriorización del acto volitivo de la administración pública y, por lo mismo, tiene la connotación de una verdadera oferta, dirigida a una persona determinada, que se ajusta exactamente a las exigencias contempladas por el artículo 845 del C. de Co., en la medida en que contiene no sólo la manifestación clara e inequívoca de la entidad de obligarse a través de un acto contractual, sino que comprende, además, el proyecto del negocio que se cierne, con la previsión de los elementos esenciales y el precio que se ofrece pagar como contraprestación, de modo que, para perfeccionarlo, sólo basta que el destinatario preste su consentimiento aceptando la oferta, bien de manera expresa, a través de la suscripción de la orden o bien mediante un escrito aparte, en el cual manifieste de manera incondicional la voluntad de ejecutar el contrato a cambio del precio indicado en la orden, o bien de manera tácita, exteriorizada a través de actos o hechos irrefutables e inequívocos de ejecución del contrato propuesto, tal como lo prevé el artículo 854 ibídem, de tal suerte que, una vez se produzca el concurso real de voluntades de la administración y del destinatario de la orden, surge a la vida jurídica el contrato sin formalidades plenas, incluso, como puede verse, sin necesidad de la firma del contratista.

FUENTE FORMAL: DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 25 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 845

CONTRATO ESTATAL CON Y SIN FORMALIDADES PLENAS - Diferencias. Regulación normativa

Según el primer inciso del artículo 25 del Decreto 679 de 1994, el contrato con formalidades plenas implica, entre otras cosas, “la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes”, al paso que, conforme al segundo inciso de dicho artículo, el contrato sin formalidades plenas requiere que sea ordenado “previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación”, sin que se exija la firma del contratista, formalidad esta última de la que, bien puede prescindirse en las voces del mismo artículo. Se sigue de lo anterior que el destinatario de la orden puede rechazarla válidamente, bien sea de manera expresa mediante la manifestación de la voluntad en tal sentido, o de manera tácita, como, por ejemplo, cuando guarda silencio y se abstiene de ejecutar el objeto contractual definido en la orden.

FUENTE FORMAL: DECRETO 679 DE 1994 - ARTICULO 25

CONTRATO ESTATAL SIN FORMALIDADES PLENAS - En la actualidad no se encuentran previstos en ordenamiento legal nacional. Derogación / CONTRATO ESTATAL SIN FORMALIDADES PLENAS - Denominado en la actualidad como contrato de mínima cuantía. Regulación normativa

Hoy día, los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues, como se dijo, el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y por el capítulo V del Decreto 734 de 2012; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 39 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 32 / LEY 1474 DE 2011 - ARTICULO 94 / DECRETO 734 DE 2012

ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS - No suscrita por el contratista. No pierde su naturaleza contractual / ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS NO SUSCRITA POR EL CONTRATISTA - Realización de actos irrefutables e inequívocos que implican la aceptación de la oferta por parte del contratista. Configuración de un contrato estatal

El hecho de que la orden de servicios no fuera suscrita por el contratista no implicaba que el acto jurídico perdiera su naturaleza contractual o que se entendiera como un acto administrativo proveniente de la voluntad unilateral de la administración, susceptible de ser revocado directamente, pues en este específico evento se concretó el acto jurídico contractual por el acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes. En efecto, la administración departamental, a través de la orden de prestación de servicios, manifestó su intención de celebrar el contrato y la señora Hilda Hoyos de Rodríguez realizó actos irrefutables e inequívocos que revelan la aceptación de la oferta contenida en esa orden, con la ejecución del contrato propuesto, pues, como se verá más adelante, la demandante recaudó las rentas departamentales indicadas en la citada orden hasta la fecha en que fue proferido el acto administrativo cuestionado en el presente proceso.

REVOCATORIA DIRECTA - Noción. Definición. Concepto / REVOCATORIA DIRECTA - Procede únicamente respecto de actos administrativos / REVOCATORIA DIRECTA - No procede respecto de contratos estatales / PROCEDENCIA DE LA REVOCATORIA DIRECTA - Regulación normativa vigente para la época de los hechos. 22 de agosto de 1997

La revocatoria directa, vista de manera general, es la figura a través de la cual la administración pública retira definitivamente del ordenamiento jurídico un acto administrativo suyo, a través de otro acto administrativo en sentido contrario. De la anterior definición se deduce que la revocatoria directa sólo es procedente respecto de los actos administrativos y no de otro tipo de actos jurídicos, como los

contratos. Así lo consagraban las normas que conformaban el Título V del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época (Decreto 01 de 1984), particularmente el artículo 69, que decía: "Artículo 69.- Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: "1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley; "2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él; "3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 69

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL - Mediante acto administrativo. Procedencia / TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL - Mediante revocatoria directa. Improcedencia

Surge así el vicio que afecta la legalidad del acto administrativo cuya declaración de nulidad se depreca, por falta de competencia *ratione materiae*, pues la entidad pública no podía dar por terminada la relación negocial a través de la figura de la revocatoria directa, de suerte que, al hacerlo, se arrogó prerrogativas que sólo pueden tener origen en la ley. Cabe precisar que, dentro de la relación contractual, la administración pública goza de algunas potestades que le permiten terminar unilateralmente el contrato estatal mediante acto administrativo motivado, específicamente, cuando acaezca alguno de los supuestos contemplados en los artículos 17 y 44 (numerales 1, 2 y 4) de la Ley 80 de 1993; pero, lo cierto es que, en el asunto sub - lite, la entidad territorial no declaró la terminación del contrato en ejercicio de alguna de dichas potestades; sencillamente, recurrió a la figura de la revocatoria directa para eliminar del universo jurídico un acto jurídico contractual que, en entender suyo, tenía naturaleza de acto administrativo y que había sido expedido en manifiesta oposición a la Constitución Política y a la ley.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 17 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44.1.2.3

COMPETENCIA - Marco de actuación de las autoridades públicas / COMPETENCIA - Ámbitos material, temporal y territorial / COMPETENCIA - Delimitada por normas de orden público de carácter imperativo / COMPETENCIA - Presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos

Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente; por lo mismo, la competencia está delimitada por normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de las autoridades públicas. Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13414

NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Por afectación de su validez por vicios de competencia / NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Declaración de oficio. Procedencia por vulneración del derecho fundamental al debido proceso / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA EROGACION - Excepción

El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política. En el asunto sub - lite, la demanda no formuló cargos por falta de competencia en la expedición del acto, pero la Sala, por las razones anotadas, considera que el vicio es palmario y, por tal razón, declarará de manera oficiosa la nulidad total de la Resolución 0004265 del 22 de agosto de 1997, "Por medio de la cual se revoca unilateralmente una Orden de Prestación de Servicios".

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137.4 / RESOLUCIÓN 0004265 DEL 22 DE AGOSTO DE 1997

FACULTAD OFICIOSA PARA DECLARAR DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Por vicios que afectan su validez. Procedencia

La Sala no puede pasar desapercibidos los vicios que afectan la validez del contrato sin formalidades plenas que surgió como consecuencia de la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997. A pesar de que la legalidad de la citada orden de prestación de servicios no fue cuestionada en el presente proceso, el artículo 1742 del C.C. contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos cuando éstas aparezcan de manifiesto en el mismo, con el fin de garantizar la prevalencia del orden público que debe regir las relaciones jurídicas. Esa misma noción fue acogida por el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en cuanto consagra la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando adolezcan de vicios de tal raigambre. Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad. La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede

transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por la vía de acción, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1742 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45

DECLARATORIA DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Facultad del Juez no es ilimitada / FACULTAD OFICIOSA PARA DECLARAR DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Requisitos

La facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente Por otra parte, se precisa que el término de prescripción extraordinaria que rige en el caso concreto es el de 20 años, según lo dispuesto por el artículo 2532 del C.C., norma de carácter sustancial que se hallaba vigente para la fecha en que comenzó a correr el término, el cual resulta aplicable a términos del artículo 41 de la Ley 153 de 1887.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1742 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2532 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 41

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar Corte Constitucional sentencia C - 597 de 1998 y Consejo de Estado sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13414

DECLARATORIA DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS - Procedencia

En el asunto sub - lite, la Sala encuentra reunidos los presupuestos para declarar, de manera oficiosa, la nulidad absoluta de la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997. En efecto, no han transcurrido los veinte años (20) años de la prescripción extraordinaria contemplada por el artículo 2532 del C.C., pues la orden de prestación de servicios fue expedida el 16 de enero de 1997, las partes intervinientes en el negocio jurídico fueron vinculadas al presente proceso y el vicio que afecta la validez surge de manera ostensible

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 2532

RECAUDACION DE RENTAS PUBLICAS EN EL ORDEN DEPARTAMENTAL - Corresponde a la Administración y excepcionalmente puede ser encomendada a particulares

El numeral 11 del artículo 305 de la Constitución Política consagra que una de las atribuciones del gobernador departamental es "Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean

objeto de transferencias por la Nación” .Dicha función, que se halla radicada en el representante legal de la entidad territorial y jefe de la administración seccional, constituye propiamente una función de carácter público, en la medida en que está concebida como un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado (criterio material) y más exactamente encarna el ejercicio de una función administrativa, por cuanto está directamente relacionada con el funcionamiento de la administración seccional; además, constituye una función que envuelve una típica gestión fiscal, por cuanto, los dineros de los impuestos, una vez son objeto de recaudo, se consideran dineros públicos; por tal razón, la función de recaudación de rentas departamentales debe ser ejercida por los respectivos servidores públicos del departamento y, excepcionalmente, puede ser encomendada a los particulares, siempre y cuando la ley lo autorice y se cumplan los requisitos contemplados por la misma (...) la Sala quiere significar que, a pesar de que dentro del expediente no existe prueba de alguna ordenanza proferida por la Asamblea de Córdoba en la cual se regule el tema atinente a la organización y recaudo de los tributos administrados por el departamento, lo cierto es que, de llegar a existir, tal disposición debería ser armónica con lo dispuesto por la Constitución y la ley, de modo que no podría, por ejemplo, autorizar al Gobernador para que contratara con personas naturales la función administrativa de recaudación de rentas departamentales (numeral 11, artículo 305 de la Constitución), porque no existía ni existe norma Constitucional o legal que así lo permita (...) las Asambleas Departamentales no podían prever el otorgamiento de autorizaciones para el cumplimiento de la mencionada función a personas naturales e, igual, el Gobernador Departamental carecía de facultad para suscribir contratos, expedir órdenes de prestación de servicios, celebrar convenios o cualquier tipo de negocio jurídico con particulares para tal fin, pues las autoridades públicas se rigen por el principio de legalidad, que se hace radicar en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho y ello se traduce en que las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello que la Constitución y la ley les permita, de manera que son responsables por la omisión y por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones y, en este caso, no existía norma en el ordenamiento jurídico que le permitiera hacerlo

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 122 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 305.11

EJECUCION Y CUMPLIMIENTO DE LA FUNCION DE RECAUDO DE RENTAS EN EL ORDEN DEPARTAMENTAL - Regulación normativa

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

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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 287 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 288.3 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 298 / DECRETO - LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 62.15

CONTRATO ESTATAL SIN FORMALIDADES PLENAS VICIADO DE NULIDAD - Por objeto ilícito / DECLARATORIA DE OFICIO DE NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO SIN FORMALIDADES PLENAS - Procedencia. La entidad estatal encomendó en un particular el ejercicio de la función administrativa de recaudar tributos, lo que está prohibido por la Constitución y la Ley

El Gobernador de Córdoba encomendó a una persona natural ajena a la administración pública, el ejercicio de la función administrativa que, en los términos contemplados por el numeral 11 del artículo 305 de la Constitución Política, se encuentra a su cargo, razón por la cual la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997 se encuentra viciada de nulidad absoluta, por objeto ilícito, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, en la medida en que el objeto de las obligaciones del contrato, esto es, aquello a lo que se obligó el deudor en virtud del contrato (el cumplimiento de la función administrativa por parte de un particular –persona natural-, específicamente), no estaba permitido en aquella época por la ley y hoy en día se halla expresamente prohibido por ésta. En efecto, la demandante fue “autorizada”, a través de la citada orden de prestación de servicios, para recaudar las rentas departamentales correspondientes a los impuestos de degüello de ganado mayor, transporte de pieles, peso departamental y placa de control y, según se desprende de los comprobantes de consignación y de los comprobantes de egreso aportados al proceso por la entidad demandada, los cuales obran en copia auténtica en el cuaderno de pruebas 2, la contratista recibía los dineros de los contribuyentes, los consignaba en una cuenta corriente a favor del departamento y como contraprestación recibía el 40% de la suma total recaudada. La realización de esa función administrativa no estaba permitida en esa época y actualmente está expresamente prohibida por la Ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 305.11 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1519 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1523

NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Restituciones mutuas

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato declarado nulo y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; sin embargo, no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de la restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir, como cuando se convierte en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, como sucede en el sub lite. En efecto, a pesar de que la orden de prestación de servicios adolece de nulidad absoluta, resulta imposible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato, pues ello implicaría deshacer lo ejecutado por la demandante para que, a su turno, ésta -como contratista- devolviera los valores pagados por la ejecución del objeto contractual, lo cual deviene materialmente irrealizable; por consiguiente, las restituciones mutuas no proceden en este evento

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1746

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del doctor Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140)

Actor: HILDA HOYOS DE RODRIGUEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, el 14 de diciembre de 2000, en cuya parte resolutive dispuso negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 9 de enero de 1998 en el Tribunal Administrativo de Córdoba, la señora Hilda Hoyos de Rodríguez formuló demanda, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el departamento de Córdoba, con el fin de obtener pronunciamiento respecto de las siguientes pretensiones (se transcriben como aparecen en la demanda, fls. 1 y 2, C. 1):

“1º- Que es NULA, por ser violatoria de la Constitución, y de la Ley el Acto Administrativo emitido por la gobernación del Departamento de Córdoba y representado en la Resolución 0004265 de Agosto 22/97, y mediante la cual, se procedió a revocar unilateralmente una orden de prestación de servicios hecha a mi poderdante HILDA HOYOS DE RODRIGUEZ como sub-tesorera auxiliar del Departamento en el corregimiento de los Garzones Municipio de Montería, Córdoba.

“2º.- Que como consecuencia lógica de la declaración anterior, a mi poderdante debe serle restablecido su derecho al Trabajo y la honra, que con la expedición del acto demandado se conculcó de manera arbitraria e irresponsable.

“3º.- Que se declare igualmente responsable de los perjuicios recibidos por mi mandante a la Administración Departamental de Córdoba, quien lo pagará por intermedio del erario, y personalmente al funcionario que permitió los efectos del acto pudiendo evitarlo, es decir, el Gobernador encargado FERNANDO FERRUCHO VERGARA.

“4º.- Que se le INDEMNICE, a mi poderdante así: A) por los perjuicios materiales causados con el ACTO ANULADO, la suma de SIETE MILLONES DE PESOS (\$7'000.000), por concepto de salarios dejados de percibir por la ejecución del acto demandado.

“B) Por los perjuicios MORALES, es decir, aquellos que no son cuantificables y producidos con la expedición del acto acusado, los cuales estimo en la suma de Un Mil gramos oro - fino, según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado consistente en la aflicción y la pérdida de autoestima.

“5º) Que el Departamento de Córdoba dará cumplimiento a la respectiva sentencia, dentro del término señalado en el art. 176 y concordantes del D. 01/ 84”.

2.- Hechos.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se pueden compendiar así:

2.1.- Al amparo del Decreto 04 del 24 de junio de 1952, proferido por la Junta Organizadora del Departamento de Córdoba, la demandante fue nombrada “*sub - colector de rentas del corregimiento de Garzones*”. Dicho nombramiento se produjo a través de la resolución 007 de febrero de 1991.

2.2.- El salario devengado correspondía al 40% de lo recolectado por el departamento de Córdoba por concepto de los impuestos de “*...degüello de ganado, transporte de pieles, peso departamental y placa de control...*”.

2.3.- A partir de la fecha del nombramiento, la demandante prestó sus servicios al departamento sin que, durante el tiempo que permaneció en el cargo, recibiera llamado de atención alguno.

2.4.- Precisó la demanda que, “*...En enero 16 de 1997, y sin que mediara una explicación legal para el caso y sin haberla declarado insubsistente, la Secretaria de Hacienda Departamental con el visto bueno del Gobernador de entonces (...) cambió la forma de vinculación de mi mandante que venía como reglamentaria, por una ORDEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS identificada con el #000074, indicando que conforme al procedimiento que se tiene establecido se le seguiría cancelando el cuarenta por ciento (40%) de lo que se recaudara mensualmente, especificando que la vigencia de dicha orden sería solamente por un (1) año contados a partir de dicha fecha....*”.

2.5.- Como consecuencia de lo anterior, las condiciones en las cuales la demandante venía desempeñando su labor fueron desmejoradas, porque con la orden de prestación de servicios desapareció el vínculo laboral y la obligación prestacional a cargo de la entidad pública, de modo que la relación jurídica se tendría que renovar expresamente año tras año.

2.6.- La demanda señala que:

“...Mediante la resolución hoy demandada identificada con el #0004265 de Agosto 22 de 1997, la Gobernación del Departamento de Córdoba, y contentiva de un largo y extenso considerando, procedió a REVOCAR, en

todas y cada una de sus partes la orden de prestación de servicios a que hicimos referencia en el punto anterior.

“Para ello adujo que el Decreto 04 ibídem no existía en el mundo jurídico por haber perdido fuerza ejecutoria, pero sin explicar las razones de dicha pérdida.

“Así mismo, manifiestan que se apoyó su expedición en la Ordenanza # 41 de Diciembre 5/96 que estableció como se ha venido haciendo todos los años desde 1991 en que vincularon a la obligación legal el Sistema de Clasificación y Nomenclatura de los empleos del Estado al servicio de la Administración central y descentralizada. En esta ordenanza se cambió la denominación de sub - colector de rentas por la de Tesorero Auxiliar Grado 4630 código 03, y obviamente, no se mencionó a los subtesoreros auxiliares.

“Finalmente argumentaron como justificante de su accionar ilegal el hecho de que el Código de Rentas Departamentales u ordenanza 04/91 y la 19/92 que la modifica parcialmente, así como el D. 1222/86 no preven (sic) ese sistema o procedimiento de cobro tributario (supongo que se refieren al 40%), así como tampoco lo consagra la CONSTITUCION POLITICAde 1991, ley o decreto alguno”.

2.7.- Por lo expuesto en el numeral anterior y por considerar que se trataba de un acto administrativo manifiestamente opuesto a la Constitución y a la Ley, el Gobernador del departamento procedió a revocar directamente la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997 (fls. 2 a 4, C. 1).

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

La demanda invocó los artículos 1, 2, 6, 25, 29, 58, 90 y 124 de la Constitución Política, 28, 69, 73, 83, 84, 85 del C.C.A. y 13 y 14 del Decreto 2304 de 1989.

3.1.- “Violación del debido proceso”.-

Según la demanda, la señora Hilda Hoyos de Rodríguez fue vinculada a la administración pública, inicialmente, a través de un acto legal y reglamentario, de modo que sólo mediante la expedición de otro acto administrativo de la misma jerarquía normativa podía ser desvinculada del servicio; pero, la entidad demandada, arbitrariamente, decidió asignarle las mismas funciones a través de

una orden de prestación de servicios que “...ostenta todos los elementos del contrato de trabajo, en las mismas condiciones de su vinculación inicial...”.

3.2.- “Falsa Motivación”.-

En opinión de la parte actora, el acto administrativo cuestionado se encuentra falsamente motivado, porque no mencionó las razones por las cuales, en su entender, el Decreto 04 de 1952, proferido por la Junta Organizadora del Departamento, había perdido fuerza ejecutoria; además, no es cierto que el vínculo laboral entre la demandante y el departamento estuviera llamado a desaparecer con la entrada en vigencia de las ordenanzas departamentales 04 de 1991, 19 de 1992 y 41 de 1996, porque tales actos administrativos fueron proferidos antes de que la orden de prestación de servicios 000074, del 16 de enero de 1997, fuera suscrita por el Gobernador del departamento.

Por otra parte, la demanda aseguró que no es cierta la afirmación referida a que el cargo que desempeñaba la demandante hubiera desaparecido de la “...clasificación y nomenclatura del Departamento...”; en realidad, sólo fue modificada la denominación del empleo por la de tesorero auxiliar, grado 4630, código 03, pues las funciones se mantuvieron incólumes, según se puede constatar con el manual de requisitos y funciones de la entidad.

Asimismo, en el acto administrativo cuestionado se dijo que la revocatoria era procedente por ser el acto manifiestamente contrario a la Constitución y la ley; sin embargo, no precisó cuál era el fundamento de tal afirmación.

Con la orden de prestación de servicios se creó una situación jurídica a favor de la demandante, de manera que la entidad territorial no podía revocar el acto sin el cumplimiento del procedimiento previsto por el artículo 28 del C.C.A., tal como lo dispone el artículo 73 ibídem (fls. 5 a 7, C. 1).

4.- La actuación procesal.-

Por auto del 7 de mayo de 1998, el Tribunal Administrativo de Córdoba admitió la demanda y ordenó notificar personalmente la providencia al Gobernador del Departamento y al agente del Ministerio Público; asimismo, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la parte demandante (fl. 36, C. 1).

4.1.- Dentro del término de fijación en lista y actuando por conducto de apoderado judicial, el Departamento de Córdoba contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptando algunos de ellos como ciertos, negando otros y pidiendo la prueba de los demás.

Formuló la excepción perentoria que denominó "*FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA*", aduciendo, para el efecto, que la demandante no interpuso recurso alguno dentro del término de ejecutoria de la resolución 00042651 del 22 de agosto de 1997 (fls. 42 a 45, C. 1).

5.- Los alegatos de primera instancia.-

Mediante auto del 31 de agosto de 2000, el Tribunal de primera instancia corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al agente del Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Todos los sujetos procesales guardaron silencio.

6.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 2 de noviembre de 1999, el Tribunal Administrativo de Córdoba puso fin a la controversia, en primera instancia, negando las súplicas de la demanda.

Para el efecto, desestimó la excepción formulada por la entidad demandada, aduciendo que contra el acto cuestionado sólo era procedente el recurso de reposición, cuya interposición no era obligatoria, a términos de lo dispuesto por el artículo 51 del C.C.A.

Enseguida, analizó el fondo del asunto y concluyó que el acto administrativo demandado fue expedido porque el cargo de Sub - Tesorera Auxiliar del corregimiento de Garzones, Córdoba, no se encontraba dentro de la clasificación y nomenclatura de empleos del Estado al servicio de la Administración central y descentralizada del departamento, de modo que la revocatoria directa era procedente, al amparo de la causal primera del artículo 69 del C.C.A., en la medida en que, a términos de lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política, *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento”*, por lo que el acto era manifiestamente contrario a la Constitución (fls. 74 a 79, C. Consejo).

7.- El recurso de apelación.-

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

Según el recurrente, el Tribunal no tuvo en cuenta que el cargo que desempeñaba la demandante sólo desapareció nominalmente, porque las funciones fueron asignadas al empleo denominado Tesorera Auxiliar, de suerte que la motivación del acto de *“insubsistencia”* es falsa y, por tal razón, debe ser declarado nulo.

Además, adujo que la demandante cumplió las funciones del empleo, bajo la nueva modalidad de vinculación, tal como se desprende de los comprobantes de egreso enviados al Tribunal de primera instancia por el Departamento de Córdoba (fls. 82 y 83, C Consejo).

8.- El trámite de la segunda instancia.-

Por auto del 7 de febrero de 2001, el Tribunal Administrativo de Córdoba concedió el recurso de apelación interpuesto (fl. 85, C. Consejo) y, por auto del 8 de junio de 2001, la Sección Segunda de esta Corporación lo admitió.

Mediante providencia del 27 de julio de 2001 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; sin embargo, los sujetos procesales guardaron silencio.

Posteriormente, mediante auto del 12 de septiembre de 2003 el Consejero de la Sección Segunda, a cuyo cargo se encontraba la confección de la ponencia del fallo de segunda instancia, dispuso remitir el proceso a la Sección Tercera de la Corporación, después de dialogar con el entonces Presidente de esta última (fl. 92, C. Consejo).

CONSIDERACIONES

I. La competencia.-

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 14 de diciembre de 2000, por cuanto la cuantía del proceso, determinada por la pretensión de mayor valor, asciende a la suma de \$7'000.000.00¹. Para la época de interposición de la demanda², eran susceptibles de acceder a la segunda instancia los procesos promovidos en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuya cuantía excediera la suma de \$4'320.000.00³, monto que, como se puede observar, se encuentra ampliamente superado. Por otra parte, es de anotar que el Consejo de Estado es funcionalmente competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, a términos de lo dispuesto por el artículo 129 del C.C.A.

II.- Análisis de la Sala.-

Resulta necesario precisar, *ab initio*, que el litigio fue distorsionado en el curso de la primera instancia y los extremos del debate sustancial que debían ser objeto de decisión fueron fijados de manera equivocada, pues, si se examina con detenimiento la demanda –pese a que está concebida de manera confusa-, se deduce que la demandante pretende obtener, fundamentalmente, la declaración

¹ Pretensión 4 de condena.

² 26 de junio de 1997.

³ Artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución 0004265 del 22 de agosto de 1997, mediante el cual el Gobernador del Departamento de Córdoba dispuso *“Revócase en todas y cada una de sus partes la Orden de Prestación de Servicios otorgada a la señora HILDA HOYOS DE RODRÍGUEZ, mediante oficio No. 000074 de enero 16 de 1997...”*.

Para obtener la prosperidad de la pretensión declarativa, la demandante formuló cargos de ilegalidad contra el acto administrativo, referidos a la vulneración del debido proceso y a la falsa motivación; además, formuló algunas pretensiones consecuenciales de condena con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios que, según afirma, le fueron ocasionados con el acto administrativo cuya nulidad depreca; sin embargo, al decidir la controversia, el Tribunal de primera instancia entendió que, a través de la resolución objeto de demanda, el Gobernador de Córdoba había revocado directamente un acto administrativo de carácter laboral y consideró que la decisión administrativa se hallaba ajustada a la legalidad, porque *“...el cargo de Subtesorera Auxiliar, Garzones, Córdoba, para recolectar las rentas de deguello (sic), transporte de pieles, peso departamental y placa de control, desempeñado por la actora, no se encontraba en la Clasificación y Nomenclatura de los empleos del Estado al servicio de la Administración Central y Descentralizada del Departamento...”* (subraya fuera del texto original), razón por la que el supuesto *“acto administrativo”* revocado era contrario al artículo 122 de la Constitución Política, de suerte que, en opinión del a quo, la administración obró correctamente al eliminarlo del ordenamiento jurídico, a través de la revocatoria directa.

A juicio de esta Sala, resulta necesario precisar que el acto objeto de la revocatoria directa no era un acto administrativo que exteriorizara la voluntad unilateral de la administración, con miras a producir efectos jurídicos, en torno a una situación jurídica de carácter laboral, pues se trataba de una orden de prestación de servicios constitutiva de un verdadero contrato estatal sin formalidades plenas, de aquellos previstos por el párrafo final del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) y regulados por los artículos 25 y 26 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, vigente para la época en que fue proferida la orden de prestación de servicios.

En efecto, el documento contentivo de la orden de prestación de servicios, que obra en copia auténtica en el proceso (fl. 60, C. 1), dice:

“GOBERNACION DE CORDOBA

SECRETARIA DE HACIENDA

“ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS

“Montería, 16 ENE 1997

000074

“Señora

HILDA HOYOS DE RODRÍGUEZ

Sub - Tesorera Auxiliar

Garzones

“Comedidamente me permito autorizarla para que recolecte las rentas de Deguello (sic), Transporte de Pieles, Peso Departamental y Placa de Control en el territorio de su jurisdicción.

“Sus honorarios, conforme al procedimiento que se tiene establecido, se le hará con cargo al total recaudado por Usted, mensualmente equivalente a un cuarenta (40%).

“Esta orden tiene vigencia solamente por un (1) año, contado a partir de la fecha, al cabo del cual, si se estimare necesario, deberá ser renovada expresamente; pero no engendra derecho laboral ni genera obligación prestacional con relación al Departamento, por el tiempo que demore su servicio, ya que esta orden no es una orden de trabajo, sino una Orden de Prestación de Servicios.

“Atentamente,

(Hay firma)

ROSAURA BARGUIL ESQUIVEL

Secretaria de Hacienda Dptal

Vo. Bo.

(Hay firma)

CARLOS MIGUEL BUELVAS ALDANA

Gobernador”

Como se puede observar, la orden contemplaba el objeto del servicio (obligación de hacer) y la contraprestación que se pagaría al contratista; además, constaba por escrito y había sido autorizada por el representante legal de la entidad territorial, de modo que, sin perjuicio de la validez del acto jurídico -cuyo análisis se realizará más adelante-, el contrato sin formalidades plenas satisfacía los elementos esenciales y los requisitos de forma previstos por el ordenamiento jurídico para los de su clase, de modo que estaba llamada a producir efectos jurídicos.

Lo anterior significa que el Gobernador del Departamento de Córdoba “revocó”, a través del acto administrativo cuestionado en la demanda, un contrato estatal, a pesar de que carecía de competencia para ello, pues no existe norma dentro del ordenamiento jurídico que le otorgue la facultad o el poder a la administración pública de revocar directamente los contratos estatales, porque éstos, a términos de los artículos 32 de la Ley 80 de 1993 y 1495 del Código Civil, surgen por el concurso de voluntades de las partes con el objeto de dar, hacer o no hacer una cosa y dentro de esta categoría están comprendidos los contratos sin formalidades plenas, que constituyen o constituían una verdadera fuente de obligaciones.

Conviene precisar que en los contratos sin formalidades plenas y, particularmente, en las llamadas órdenes de trabajo, obra, suministro o servicios, puede ocurrir,

incluso, que el contratista no suscriba el documento contentivo de la misma, como adelante se verá; sin embargo, esa circunstancia no significa que no se de el concurso de voluntades entre las partes. En estos casos, la voluntad del contratista se presenta de manera expresa o tácita a través de la ejecución del objeto de las obligaciones a su cargo, en tanto el de la administración pública se da de manera expresa, mediante la orden escrita impartida por el jefe de la entidad o su delegado, tal como lo prevé el inciso segundo del artículo 25 del Decreto 679 de 1994 (derogado por el Decreto 00734 de 2012).

En efecto, por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, pues así lo disponen los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, al señalar que es esta la forma que deben adoptar tales actos jurídicos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, es decir, para que sean válidos desde la perspectiva estrictamente formal (*requisito ad solemnitatem o ad substanciam actus*). Esta exigencia es una de las llamadas formalidades plenas de los contratos del Estado.

Por excepción, el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 (derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007) contempla la posibilidad de celebrar contratos sin formalidades plenas, cuando su valor se halle dentro de los rangos previstos por la norma, rangos que están concebidos en función de los presupuestos anuales de las entidades respectivas.

Al respecto, el primer interrogante que surge es el concerniente al concepto de formalidades plenas, pues la Ley 80 de 1993 no contiene una noción al respecto; no obstante, el artículo 25 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80, señala que debe entenderse por formalidades plenas *“la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyan las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el párrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993”*; ahora, por oposición, podría pensarse en que en la contratación desprovista de formalidades plenas se prescinde de los anteriores requisitos, pero ello no es así.

Normas como el artículo 24 y el propio artículo 25 del Decreto 679 de 1994⁴ sólo excluyen el cumplimiento de algunas formalidades que, por regla general, la legislación requiere para que el contrato estatal surja al universo jurídico y pueda ejecutarse en legal forma, particularmente, las que tienen que ver con el procedimiento de escogencia del contratista, la forma que reviste el contrato estatal y la publicidad del mismo; pero, otras de las formalidades, como la disponibilidad y registro presupuestales, por ejemplo, deben ser satisfechas.

El contrato sin formalidades plenas tiene fundamento en los principios de celeridad, eficacia y economía que rigen la función administrativa y la actividad contractual del Estado, permitiendo escoger al contratista de manera rápida y eficaz, mediante un procedimiento sucinto, con un mínimo de exigencias formales y teniendo en consideración únicamente los precios del mercado, todo lo cual tiene por objeto satisfacer la prestación de servicios, la ejecución de trabajos y

⁴ “Artículo 24. (Derogado por el Decreto 2504 de 2001) De la publicación de los contratos. Deberán publicarse en la forma prevista en el párrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos que deben tener formalidades plenas de acuerdo con el artículo 39 de la misma ley”.

“Artículo 25. De los contratos con formalidades plenas. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, se entiende por formalidades plenas la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista por el párrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80.”

“De acuerdo con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 se prescindirá de las formalidades plenas cuando el valor del contrato sea igual o inferior a las cuantías que se señalan en dicha disposición, caso en el cual las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación de acuerdo con la ley.

“Las órdenes a que se refiere dicho artículo deberán precisar cuando menos el objeto del contrato y la contraprestación, así como los demás elementos necesarios para proceder al registro presupuestal del acto, cuando a ello haya lugar, y podrán contener las demás estipulaciones que las entidades estatales consideren necesarias de acuerdo con la ley. Adicionalmente el contratista deberá manifestar que no se encuentra en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la ley.

Para efectos del pago de las obligaciones derivadas de contratos sin formalidades plenas no será necesario la expedición de una resolución de reconocimiento y pago”.

obras y la adquisición de bienes hasta por las cuantías previstas en el párrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, pues la finalidad de esta modalidad de contratación es ser una de las herramientas necesarias para que las entidades estatales suplan las necesidades más recurrentes que se generan día tras día.

Así, los contratos sin formalidades plenas no revisten la exigencia *ad solemnitatem* prevista por los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y ello implica que se perfeccionan con el acuerdo de voluntades de los intervinientes en el *iter contractus*, sin que se requiera que el acuerdo conste en un escrito, que satisfaga los requisitos de que trata el precitado artículo 25 del Decreto 679 de 1994, contrario a lo que sucede en los contratos estatales con formalidades plenas; no obstante, se trata de verdaderos contratos estatales, a los cuales les son aplicables las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 y, por expresa disposición del artículo 13 *ibídem*, las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

Desde el punto de vista estrictamente formal, lo único que exige el artículo 25 del Decreto 679 de 1994 es que las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato sean ordenados, previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, precisando el objeto del contrato y la contraprestación, aunque, pueden contener otro tipo de estipulaciones que las entidades consideren necesarias de acuerdo con la ley; empero, dicha orden no constituye propiamente el contrato, pues para que éste se perfeccione se requiere de un elemento fundamental, esto es, el consentimiento del destinatario de la orden.

Por lo anterior, la orden escrita impartida por el jefe de la entidad constituye la exteriorización del acto volitivo de la administración pública y, por lo mismo, tiene la connotación de una verdadera oferta, dirigida a una persona determinada, que se ajusta exactamente a las exigencias contempladas por el artículo 845 del C. de Co., en la medida en que contiene no sólo la manifestación clara e inequívoca de la entidad de obligarse a través de un acto contractual, sino que comprende, además, el proyecto del negocio que se cierra, con la previsión de los elementos esenciales y el precio que se ofrece pagar como contraprestación, de modo que, para perfeccionarlo, sólo basta que el destinatario preste su consentimiento aceptando la oferta, bien de manera expresa, a través de la suscripción de la

orden o bien mediante un escrito aparte, en el cual manifieste de manera incondicional la voluntad de ejecutar el contrato a cambio del precio indicado en la orden, o bien de manera tácita, exteriorizada a través de actos o hechos irrefutables e inequívocos de ejecución del contrato propuesto, tal como lo prevé el artículo 854 ibídem, de tal suerte que, una vez se produzca el concurso real de voluntades de la administración y del destinatario de la orden, surge a la vida jurídica el contrato sin formalidades plenas, incluso, como puede verse, sin necesidad de la firma del contratista.

En relación con esto último, recuérdese que, según el primer inciso del artículo 25 del Decreto 679 de 1994, el contrato con formalidades plenas implica, entre otras cosas, *“la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes”*, al paso que, conforme al segundo inciso de dicho artículo, el contrato sin formalidades plenas requiere que sea ordenado *“previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la contratación”*, sin que se exija la firma del contratista, formalidad esta última de la que, bien puede prescindirse en las voces del mismo artículo.

Se sigue de lo anterior que el destinatario de la orden puede rechazarla válidamente, bien sea de manera expresa mediante la manifestación de la voluntad en tal sentido, o de manera tácita, como, por ejemplo, cuando guarda silencio y se abstiene de ejecutar el objeto contractual definido en la orden.

Hoy día, los contratos sin formalidades plenas no están previstos por la legislación nacional, pues, como se dijo, el parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993 fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Ahora se les denomina contratos de mínima cuantía y se encuentran regulados por los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 94 de la Ley 1474 de 2011 y por el capítulo V del Decreto 734 de 2012; no obstante la denominación que reciban, realmente los contratos de mínima cuantía están desprovistos de algunas formalidades, como la instrumentación por escrito del acto contractual y ello hace que el tratamiento sea muy similar al que reciben los denominados contratos sin formalidades plenas; sin embargo, es de anotar que en el proceso de formación del consentimiento en los contratos de mínima cuantía, quien presenta la oferta es quien tiene la expectativa

de contratar con la entidad estatal y ésta, a su turno, es la que acepta, de manera expresa e incondicional, la oferta presentada por el particular, sin que en estos casos pueda darse el perfeccionamiento del contrato por el consentimiento tácito de los intervinientes, contrario a lo que sucedía en los contratos sin formalidades plenas.

En conclusión, el hecho de que la orden de servicios no fuera suscrita por el contratista no implicaba que el acto jurídico perdiera su naturaleza contractual o que se entendiera como un acto administrativo proveniente de la voluntad unilateral de la administración, susceptible de ser revocado directamente, pues en este específico evento se concretó el acto jurídico contractual por el acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes. En efecto, la administración departamental, a través de la orden de prestación de servicios, manifestó su intención de celebrar el contrato y la señora Hilda Hoyos de Rodríguez realizó actos irrefutables e inequívocos que revelan la aceptación de la oferta contenida en esa orden, con la ejecución del contrato propuesto, pues, como se verá más adelante, la demandante recaudó las rentas departamentales indicadas en la citada orden hasta la fecha en que fue proferido el acto administrativo cuestionado en el presente proceso.

Ahora bien, la revocatoria directa, vista de manera general, es la figura a través de la cual la administración pública retira definitivamente del ordenamiento jurídico un acto administrativo⁵ suyo, a través de otro acto administrativo en sentido contrario⁶. De la anterior definición se deduce que la revocatoria directa sólo es procedente respecto de los actos administrativos y no de otro tipo de actos jurídicos, como los contratos. Así lo consagraban las normas que conformaban el Título V del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época (Decreto 01 de 1984), particularmente el artículo 69, que decía:

⁵ Cabe anotar que la revocatoria directa sólo procede en relación con los actos administrativos de carácter particular y concreto, pues los actos administrativos de contenido general, impersonal y abstracto son objeto de derogatoria, mas no de revocatoria directa, pese a la imprecisión conceptual en la que incurrió el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), vigente para época de los hechos. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, exp. 15.652.

⁶ En ese sentido ver, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Thomson Civitas, págs. 658 y 659.

“Artículo 69.- Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

“1) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley;

“2) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;

“3) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona (Subraya fuera del texto original).

Surge así el vicio que afecta la legalidad del acto administrativo cuya declaración de nulidad se depreca, por falta de competencia *ratione materiae*, pues la entidad pública no podía dar por terminada la relación negocial a través de la figura de la revocatoria directa, de suerte que, al hacerlo, se arrogó prerrogativas que sólo pueden tener origen en la ley.

Cabe precisar que, dentro de la relación contractual, la administración pública goza de algunas potestades que le permiten terminar unilateralmente el contrato estatal mediante acto administrativo motivado, específicamente, cuando acaezca alguno de los supuestos contemplados en los artículos 17 y 44 (numerales 1, 2 y 4) de la Ley 80 de 1993; pero, lo cierto es que, en el asunto sub - lite, la entidad territorial no declaró la terminación del contrato en ejercicio de alguna de dichas potestades; sencillamente, recurrió a la figura de la revocatoria directa para eliminar del universo jurídico un acto jurídico contractual que, en entender suyo, tenía naturaleza de acto administrativo y que había sido expedido en manifiesta oposición a la Constitución Política y a la ley.

En efecto, la motivación de la resolución 0004265 del 22 de agosto de 1997, “*Por medio de la cual se revoca unilateralmente una Orden de Prestación de Servicio*”, la cual obra en copia auténtica a folios 57 a 59 del cuaderno 1, es la siguiente (se transcribe como aparece a folios 57 a 59, C. 1):

“Que la Secretaría de Hacienda Departamental, con visto bueno de este Despacho, mediante oficio No. 000074 calendado enero 16 de 1997, autorizó a la señora HILDA HOYOS DE RODRÍGUEZ, Sub Tesorera Auxiliar, Garzones - Córdoba, para recolectar las rentas de degüello, Transporte de Pieles, Peso Departamental y Placa de Control en territorio de su jurisdicción.

“Que como contraprestación se señala que los honorarios de la señora HILDA HOYOS DE RODRÍGUEZ, conforme al procedimiento que se tiene establecido, se hará con cargo al total recaudado por ésta mensualmente, equivalente a un cuarenta por ciento (40%).

“Que a dicha orden se le estipuló una vigencia solamente por un año (1), contado a partir del 16 de enero de 1997, pudiéndose renovar expresamente, si se estima necesario, con la salvedad de que ella no genera derecho laboral ni obligación prestacional con relación al Departamento, por el tiempo que demore sus servicios, ya que esa orden no es de trabajo, sino de Prestación de Servicios.

“Que según la Secretaría de Hacienda Departamental, el mecanismo de recaudo de impuestos por particulares, como en el presente caso, tiene su origen en la expedición del Decreto No. 4 de junio 24 de 1952, sobre la nomenclatura de empleos y asignaciones, proferido por la Junta Organizadora y Coordinadora del Departamento de Córdoba, con carácter urgente, creando los Sub - Colectores de Rentas, los cuales devengaban asignaciones en relación directa con el producto efectivo de sus recaudos, de acuerdo con las tarifas fijadas.

“Que no es legal y procedente que el Decreto No. 4 de junio 24 de 1952, continúe como fundamento o soporte del procedimiento aludido, ya que al tenor del Artículo 66 del C.C.A. perdió su fuerza ejecutoria, por 5º. ‘Cuando pierden su vigencia’.

“Que la Ordenanza No. 41 del 5 de diciembre de 1996, que establece el sistema de Clasificación y Nomenclatura de empleos del Estado al servicio de la Administración Central y Descentralizada del Departamento y se fijan las escalas de asignación correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones, determina en su Artículo 22 la nomenclatura y clasificación de los empleos de nivel técnico, entre los cuales se encuentra Tesorero Auxiliar Grado 4630, Código 03, sin absolutamente ninguna referencia a Sub Tesoreros Auxiliares.

“Que el Código de Rentas Departamentales (Ordenanza No. 04 de 1991 y la 19 de 1992 que lo modifica parcialmente), el Código Fiscal del Departamento, el Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), no preveen o contemplan ese sistema o procedimiento de cobro tributario, tampoco lo consagra la Constitución Política de 1991, Ley o Decreto alguno.

“Que siendo la autorización concedida a la señora HILDA HOYOS DE RODRIGUEZ, contenida en el oficio No. 000074 de enero 16 de 1997, manifiestamente opuesta a la Constitución Política y a la Ley, procede su revocatoria directa, por mandato del Artículo 69 del C.C.A., ordinal 1º”.

En la parte resolutive del acto administrativo de revocatoria directa, se lee:

“ARTÍCULO PRIMERO: Revócase en todas y cada una de sus partes, la Orden de Prestación de Servicios otorgada a la señora HILDA HOYOS DE RODRÍGUEZ, mediante oficio No. 000074 de enero 16 de 1997, con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa de esta Resolución.

“ARTÍCULO SEGUNDO: Contra la presente Resolución proceden recursos de Ley (Artículo 51 de C.C.A.)”.

La Sala ha precisado en reiteradas oportunidades que *“...La competencia de las autoridades estatales constituye un ingrediente vital del Estado de Derecho que nos rige y del cual es una manifestación el principio de legalidad, que impone límites a las actuaciones de aquéllas, consistentes en que los funcionarios estatales sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizados por la Constitución y la ley...”*⁷. Así lo disponen el artículo 6 de la Constitución Política, según el cual *“...Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”* y el artículo 121 ibídem que dice *“... Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”*.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 13414.

Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente; por lo mismo, la competencia está delimitada por normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de las autoridades públicas.

Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos⁸, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.

El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos⁹ y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso¹⁰. Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política.

En el asunto sub - lite, la demanda no formuló cargos por falta de competencia en la expedición del acto, pero la Sala, por las razones anotadas, considera que el vicio es palmario y, por tal razón, declarará de manera oficiosa la nulidad total de la Resolución 0004265 del 22 de agosto de 1997, *“Por medio de la cual se revoca unilateralmente una Orden de Prestación de Servicios”*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de mayo de 1999; Expediente 10.196.

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 16.367

III.- El restablecimiento del derecho y la nulidad absoluta de la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997

Como consecuencia de la declaración de nulidad de la Resolución 0004265 del 22 de agosto de 1997, la demanda solicita que se restablezca "...el derecho al trabajo y (sic) la honra...", que le fueron vulnerados con la expedición del acto administrativo.

A juicio de la Sala, la pretensión está formulada de manera equivocada, pues la demandante asume que, mediante la expedición del acto administrativo de revocatoria directa, se extinguió la relación laboral o legal y reglamentaria que la vinculaba con la administración pública; sin embargo, la Sala explicó párrafos atrás que la revocatoria directa recayó sobre un contrato estatal y no respecto de un acto administrativo de carácter laboral.

Ahora bien, si la demandante realmente pretendía obtener la declaración de la existencia de una relación laboral con fundamento en la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997, debió provocar, previamente, el pronunciamiento de la administración pública respecto del reconocimiento de la situación jurídica de carácter laboral y del pago de los emolumentos que, en su entender, se hallaban causados, para que el Departamento produjera un acto administrativo definiendo tal situación y, sólo si negaba tales requerimientos, el administrado pudiera ejercer el derecho de acción, para que el juez decidiera sobre la legalidad de dicho acto administrativo y se pronunciara sobre el restablecimiento del derecho de orden laboral y la indemnización de los perjuicios que, a juicio de la demandante, debían ser reparados.

En este caso, la demandante no agotó la actuación administrativa aludida y, simplemente, decidió cuestionar la legalidad del acto administrativo a través del cual la administración departamental "revocó" directamente la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997, de manera que, dentro una correcta estructuración del fenómeno, la declaración de nulidad de la Resolución 0004265 del 22 de agosto de 1997 conduciría, en principio, a que surgiera la posibilidad de obtener la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato sin formalidades plenas, por parte de la administración pública; sin embargo, la demanda no formuló ninguna pretensión orientada a obtener una

declaración de incumplimiento de la relación comercial, consecuencial a la declaratoria de nulidad del acto administrativo y apenas solicitó la indemnización de los perjuicios causados por la expedición de éste, sin precisar la forma en que se concretaron, de modo que las pretensiones indemnizatorias están condenadas al fracaso.

Ahora bien, al margen de lo anterior, la Sala no puede pasar desapercibidos los vicios que afectan la validez del contrato sin formalidades plenas que surgió como consecuencia de la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997.

A pesar de que la legalidad de la citada orden de prestación de servicios no fue cuestionada en el presente proceso, el artículo 1742 del C.C.¹¹ contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos cuando éstas aparezcan de manifiesto en el mismo, con el fin de garantizar la prevalencia del orden público que debe regir las relaciones jurídicas. Esa misma noción fue acogida por el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en cuanto consagra la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando adolezcan de vicios de tal raigambre.

Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad¹².

¹¹ Artículo 1742.- Subrogado. Ley 50 de 1936, art. 2°. Acción de nulidad absoluta. Titularidad. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

¹² BRUGI Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Págs. 122 y s.s.

La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por la vía de acción, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos; sin embargo, la facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar:

i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios¹³ ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente¹⁴.

Por otra parte, se precisa que el término de prescripción extraordinaria que rige en el caso concreto es el de 20 años, según lo dispuesto por el artículo 2532 del C.C.¹⁵, norma de carácter sustancial que se hallaba vigente¹⁶ para la fecha en que comenzó a correr el término¹⁷, el cual resulta aplicable a términos del artículo 41 de la Ley 153 de 1887¹⁸.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-597 de 1998.

¹⁴ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de febrero de 2006, exp. 13.414

¹⁵ Art. 2532.- Tiempo necesario para la prescripción extraordinaria. El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de [veinte] años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas por el artículo 2530. El artículo original disponía un término de 30 años para la prescripción extraordinaria, pero ésta fue reducida a 20 años por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936.

¹⁶ Para la fecha en que comenzó a correr dicho término no se hallaba vigente el artículo 6º de la Ley 791 de 2002, en virtud del cual se redujo el término de prescripción extraordinaria a 10 años.

¹⁷ Debe entenderse que el término comenzó a correr a partir de la fecha de suscripción del contrato sin formalidades plenas, esto es, el 16 de enero de 1997.

¹⁸ Art. 41.- La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no comenzará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.

En el asunto sub - lite, la Sala encuentra reunidos los presupuestos para declarar, de manera oficiosa, la nulidad absoluta de la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997.

En efecto, no han transcurrido los veinte años (20) años de la prescripción extraordinaria contemplada por el artículo 2532 del C.C., pues la orden de prestación de servicios fue expedida el 16 de enero de 1997 (fl. 60, C. 1), las partes intervinientes en el negocio jurídico fueron vinculadas al presente proceso y el vicio que afecta la validez surge de manera ostensible, como pasa a verse.

El numeral 11 del artículo 305 de la Constitución Política consagra que una de las atribuciones del gobernador departamental es *“Velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias por la Nación”* (subraya fuera del texto). Dicha función, que se halla radicada en el representante legal de la entidad territorial y jefe de la administración seccional, constituye propiamente una función de carácter público, en la medida en que está concebida como un instrumento para el cumplimiento de los fines del Estado (criterio material) y más exactamente encarna el ejercicio de una función administrativa¹⁹, por cuanto está directamente relacionada con el funcionamiento de la administración seccional; además, constituye una función que envuelve una típica gestión fiscal²⁰, por cuanto, los dineros de los impuestos, una vez son objeto de recaudo, se consideran dineros públicos; por tal razón, la función de recaudación de rentas departamentales debe ser ejercida por los respectivos servidores públicos del departamento y, excepcionalmente, puede ser encomendada a los particulares, siempre y cuando la ley lo autorice y se cumplan los requisitos contemplados por la misma.

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

¹⁹ Así lo ha sostenido también la Sección Cuarta de esta Corporación Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 2 de agosto de 2006, exp. 14.197.

²⁰ Ibídem.

Para la fecha en que se expidió la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997, aún no había sido promulgada la Ley 489 de 1998, cuyos artículos 110 y 111 regularon el marco general para el ejercicio temporal de las funciones administrativas por los particulares, en desarrollo de los mandatos constitucionales indicados, de modo que, en principio, las funciones administrativas eran desempeñadas por los servidores públicos, salvo que la ley habilitara a los particulares para desempeñarlas.

La ejecución y el cumplimiento de la función de recaudo de rentas en el orden departamental están supeditados, en principio, a lo normado por las Asambleas Departamentales, pues, a términos de lo dispuesto por el artículo 62 (numeral 15) del Decreto - Ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), a estas corporaciones corresponde *“Arreglar todo lo relativo a la organización, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Departamento”*; empero, si bien el artículo 287 de la Constitución Política les otorga autonomía a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, dichas atribuciones, en materia tributaria y fiscal, no son absolutas, pues están limitadas por las normas de orden Constitucional y legal²¹ pertinentes, de suerte que las corporaciones públicas del orden territorial (asambleas y concejos) deben ejercer sus competencias, en tales materias, conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley²².

Precisamente, una de aquellas limitaciones está constituida por la regulación del procedimiento en la administración de los tributos, que comprende la recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro y devolución de los mismos, lo cual implica que las entidades territoriales no tienen autonomía para fijar las reglas tendientes a obtener el cumplimiento de las obligaciones tributarias en los aspectos referidos y, por el contrario, deben sujetarse a los lineamientos establecidos por la ley. Así se desprende de lo dispuesto por los artículos i) 287 de la Constitución Política, según el cual las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites previstos por la propia Constitución y la ley y, en tal virtud, tienen derecho a administrar sus

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-232 de 1998.

²² Corte Constitucional, sentencia C-335 de 1996.

recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (numeral 3 del mismo artículo), ii) 288 (inciso segundo) ibídem, según el cual las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios señalados en el párrafo anterior y iii) 298 de la misma Constitución, el cual dice que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y que la ley reglamentará lo relacionado con el ejercicio de las atribuciones que la Constitución les otorga.

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

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

La Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con la autonomía de las entidades territoriales en materia tributaria y la sujeción de sus procedimientos de orden tributario y fiscal, así²³:

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

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

(...)

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

²³ Corte Constitucional, sentencia C-232 de 1998. En el mismo sentido, ver las siguientes sentencias también proferidas por la Corte Constitucional: C-521 de 1997, C-177 de 1996, C-004 de 1993, C-517 de 1992, C-070 de 1994, C-084 de 1995 y C-222 de 1995.

(...)

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

(...)

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

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

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

Recientemente, a través de la Ley 1386 de 2010, se prohibió expresamente a las entidades territoriales y a sus entidades descentralizadas celebrar contrato o convenio alguno que tenga por objeto la administración de los tributos a su cargo y dispuso que la recepción de las declaraciones y el recaudo de los impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podía realizarse a través de las entidades autorizadas por el Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de los medios de pago no “*bancarizados*” (sic), es decir, por intermedio de los “*bancos y demás entidades financieras*”²⁴, las cuales, previo el cumplimiento de los requisitos previstos por los artículos 800 y 801 Estatuto Tributario (Decreto - Ley 624 de 1989), son los únicos particulares autorizados para recaudar, total o parcialmente, impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses. Así reguló el legislador el ejercicio de esta función administrativa.

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

Por lo anterior, las Asambleas Departamentales no podían prever el otorgamiento de autorizaciones para el cumplimiento de la mencionada función a personas naturales e, igual, el Gobernador Departamental carecía de facultad para suscribir contratos, expedir órdenes de prestación de servicios, celebrar convenios o cualquier tipo de negocio jurídico con particulares para tal fin, pues las autoridades públicas se rigen por el principio de legalidad, que se hace radicar en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política, lo cual impone que toda actuación de los órganos del Estado se encuentre sometida al imperio del derecho y ello se

²⁴ Es de anotar que si bien el Estatuto Tributario en varias de sus disposiciones autoriza y en algunos casos impone la obligación a los particulares de servir de agentes retenedores de impuestos, tasas y contribuciones (ver artículos 368, 437, 516 y 876 del E.T, entre otras normas), los únicos particulares autorizados para recaudar tributos son los bancos o entidades financieras que cumplan las condiciones contempladas por el artículo 801 *ibídem*.

traduce en que las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello que la Constitución y la ley les permita, de manera que son responsables por la omisión y por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones y, en este caso, no existía norma en el ordenamiento jurídico que le permitiera hacerlo.

En este caso, el Gobernador de Córdoba encomendó a una persona natural ajena a la administración pública, el ejercicio de la función administrativa que, en los términos contemplados por el numeral 11 del artículo 305 de la Constitución Política, se encuentra a su cargo, razón por la cual la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997 se encuentra viciada de nulidad absoluta, por objeto ilícito, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 1519²⁵ y 1523²⁶ del Código Civil, en la medida en que el objeto de las obligaciones del contrato²⁷, esto es, aquello a lo que se obligó el deudor en virtud del contrato (el cumplimiento de la función administrativa por parte de un particular –persona natural-, específicamente), no estaba permitido en aquella época por la ley y hoy en día se halla expresamente prohibido por ésta.

En efecto, la demandante fue “*autorizada*”, a través de la citada orden de prestación de servicios, para recaudar las rentas departamentales correspondientes a los impuestos de degüello de ganado mayor, transporte de pieles, peso departamental y placa de control y, según se desprende de los comprobantes de consignación y de los comprobantes de egreso aportados al proceso por la entidad demandada, los cuales obran en copia auténtica en el cuaderno de pruebas 2, la contratista recibía los dineros de los contribuyentes, los consignaba en una cuenta corriente a favor del departamento y como contraprestación recibía el 40% de la suma total recaudada. La realización de esa función administrativa no estaba permitida en esa época y actualmente está expresamente prohibida por la Ley.

²⁵ ARTICULO 1519. <OBJETO ILICITO>. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.

²⁶ ARTICULO 1523. <OBJETO ILICITO POR CONTRATO PROHIBIDO>. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

²⁷ El “objeto de las obligaciones” hace referencia a lo que se obliga el deudor en virtud del contrato o convención, según surge del artículo 1517 ibídem

En consecuencia, la Sala declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato sin formalidades plenas que se concretó con la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997.

V.- Las restituciones mutuas.-

La nulidad absoluta del contrato, además de hacerlo desaparecer del mundo jurídico, genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto o contrato declarado nulo y, por lo mismo, cada una de las partes está en el deber de devolver a la otra aquello que ha recibido como prestación durante la vigencia del acto contractual, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; sin embargo, no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de la restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir, como cuando se convierte en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio, como sucede en el sub lite.

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

VI.- Costas.-

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

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

F A L L A:

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 14 de diciembre de 2000, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad de la resolución 0004265 del 22 de agosto de 1997, proferida por el Gobernador del Departamento de Córdoba.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato sin formalidades plenas que surgió con ocasión de la orden de prestación de servicios 000074 del 16 de enero de 1997, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

POTESTAD DEL JUEZ ADMINISTRATIVO DE DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO - Contenido, alcance e interpretación del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993

Los presupuestos para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal por la causal 2° del artículo 44 de la Ley 80, son los siguientes: Que exista una prohibición expresa, esto es que haya un mandato claro, tangible, manifiesto, palpable, dirigido a impedir, vedar o evitar, la realización de un tipo contractual en especial o la celebración de un negocio jurídico bajo ciertos aspectos. Que la prohibición este contenida en la Constitución o en una norma con fuerza de ley, de manera cualquier otra disposición que no reúna estas condiciones, así se desconozca, no da lugar a que se genere el vicio de nulidad absoluta del contrato. De igual forma, la norma que contenga la prohibición manifiesta, debe interpretarse de manera estricta, de tal forma que aplica, única y exclusivamente, al supuesto de hecho previsto en la respectiva disposición, sin que, por ende, haya lugar a que sus efectos se extiendan a otros conceptos no contenidos en la norma. (...) el artículo 45 de la Ley 80 prevé que la declaración de nulidad absoluta de un contrato estatal puede ser oficiosa, siempre y cuando no hubiere transcurrido el término de prescripción extraordinaria, que las partes del contrato hayan sido vinculadas al proceso y que la nulidad se encuentre plenamente demostrada, es decir cuando aparezca de manifiesto en el contrato o, en otras palabras, que no haya duda o dubitación alguna en cuanto a su configuración.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44.2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencias de: 22 de diciembre de 2007, exp. 28010; 29 de agosto de 2007, exp. 15324; 2 de mayo de 2007, exp. 15599; 1 de diciembre de 2008, exp. 15603; 18 de marzo de 2010, exp. 14390 y de 23 de junio de 2010, exp. 18294

AUTONOMIA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION - Declaratoria de oficio de la nulidad absoluta del contrato estatal / ENTIDAD TERRITORIAL - Posibilidad de que un particular realice el recaudo de tributos e impuestos. Regulación normativa

En el presente caso se llega a la conclusión de que no están dados los presupuestos antes aludidos para declarar, de oficio, la nulidad absoluta de la orden de prestación de servicios No. 000074 del 16 de enero de 1997, puesto que no está plenamente demostrado el vicio, en el sentido de que no existe una prohibición clara, expresa y precisa, contenida en norma constitucional o con fuerza de ley, destinada a evitar la celebración de un negocio jurídico a través del cual una entidad territorial confíe a un particular el recaudo de un impuesto. Lo primero que debe anotarse es que el tipo contractual celebrado –prestación de servicios- es un negocio jurídico permitido de manera expresa en el artículo 32 de la Ley 80. Respecto de la posibilidad de que un particular recaude un impuesto administrado por una entidad territorial, conviene realizar las siguientes precisiones: El artículo 305 de la Constitución Política le atribuyó la función a los gobernadores de “velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias por la Nación”. De entrada se observa que la disposición en mención no consagra prohibición alguna, por el contrario, una interpretación lógica y coherente de la aludida disposición da a entender que le corresponde a la referida autoridad ejecutar todos los medios que se encuentren a su alcance para lograr que la recaudación de las rentas del departamento se haga de manera eficiente y óptima,

lo cual incluye la opción de que para realizar esa recaudación se valga de la contratación de particulares. En efecto, la sola asignación de una función a una autoridad no supone, de manera alguna, que su cumplimiento sólo pueda efectuarse por su titular intuitu personae o a través de los funcionarios que prestan sus servicios en la entidad correspondiente, una afirmación en ese sentido sería tanto como desconocer el esquema constitucional vigente, el cual ve en el contrato estatal una modalidad de gestión pública con la finalidad de hacer efectivas las finalidades del Estado. (...) la Constitución y la ley habilitan a las autoridades a las cuales se les ha atribuido determinada función, para que adopten las medidas y herramientas que tienen a su alcance, entre ellas, por supuesto, el contrato estatal, con el fin de darle pleno y efectivo cumplimiento a esas atribuciones, claro está en las condiciones, limitaciones y parámetros señalados en el ordenamiento. No sobra recordar que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 consagra la prevalencia del postulado de la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos por las entidades estatales, como, según la Corte Constitucional, principio nuclear de las relaciones negociales del Estado, para efectos de lograr que el acuerdo contractual se fundamente en la autodeterminación y la autovinculación de las partes (...) la ley le otorga a la Administración, en desarrollo de la autonomía contractual, amplias facultades para celebrar y pactar con cierta libertad –sin que constituya un poder ilimitado- las cláusulas que correspondan según el tipo negocial elegido, conforme a las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario. De manera que sólo el legislador tiene la potestad y la competencia de limitar la capacidad de autodeterminación de los sujetos en una relación negocial, restricción que se justifica en tanto que, con el contrato estatal, se reitera, se persigue el interés general y la protección del patrimonio público. En el presente caso, no sobra mencionarlo nuevamente, al analizar el objeto del negocio jurídico contenido en la orden de prestación de servicios No. 000074 del 16 de enero de 1997, no se encuentra que sea contrario a derecho, por la sencilla, pero potísima razón de que no existe en el ordenamiento o, por lo menos no emerge de manera palmaria y evidente, disposición con fuerza de ley alguna que, al momento en que se suscribió la aludida orden, prohibiera la celebración del acuerdo, motivo por el cual se concluye que no hay lugar a declarar la nulidad absoluta de dicho negocio por ausencia de los presupuestos que de manera enfática, unánime y reiterada ha expuesto esta Sección, los cuales por su puesto, se encuentran regulados por la ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 305 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 40

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional sentencias C-088 de 2000, C-372 de 2002, C-932 de 2007, C-128 de 2003, C-713 de 2009, C-154 de 1997, C-230 de 1995, C -154 de 1996, C-949 de 2001. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: octubre 15 de 1997, exp. 11212; 13 de mayo de 1988, exp. 4303; 23 agosto de 1991, exp. 6582; y Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos de 6 de abril de 2000, exp.1263 y de 25 de abril de 2002, exp. 1417

ESTATUTO TRIBUTARIO - Ámbito de aplicación / ESTATUTO TRIBUTARIO - Para el momento de celebración del contrato, 16 de enero de 1997, no procedía su aplicación en el ámbito territorial

En principio podría entenderse que los bancos y demás entidades especializadas que autorice el Ministerio de Hacienda y Crédito Público son los únicos que pueden recaudar y cobrar impuestos, anticipos retenciones, sanciones e intereses y para recibir declaraciones tributarias. Sin embargo, un análisis del ámbito de

aplicación de esas normas conduce a la conclusión de que para la fecha en la cual se realizó el negocio jurídico objeto de debate, dichas disposiciones no resultaban aplicables a las entidades territoriales. Ciertamente, el objeto del referido Decreto-ley no es otro que el de regular los aspectos atinentes al manejo de los impuestos que son administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales –DIAN-, situación que, de entrada, indica que el ámbito de aplicación de la normativa en cita se circunscribe a los impuestos del orden nacional. Según el artículo 3° del Decreto 2117 de 1992 –vigente para la época de los hechos-, a la DIAN le competía –como aún le compete- la administración de “los impuestos de renta y complementarios, de timbre nacional y sobre las ventas; los derechos de aduana y los demás impuestos del orden nacional cuya competencia no esté asignada a otras entidades del Estado”. De igual forma, según la misma disposición en cita, la administración de los impuestos comprende su “recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributaria y aduanera”. De manera que las normas que en el Estatuto Tributario hacen referencia al recaudo de los impuestos, encuentran aplicación –para el caso concreto- única y exclusivamente respecto de los impuestos del orden nacional, como así, de manera expresa, lo prevé el artículo 800 antes citado según el cual: “El Gobierno Nacional podrá recaudar total o parcialmente los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, a través de bancos y demás entidades financieras”. Por consiguiente, debe afirmarse que las normas en mención no pueden aplicarse al negocio jurídico objeto del presente debate, comoquiera que el acuerdo fue suscrito por una entidad territorial en relación con un impuesto –degüello- del orden departamental.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2117 DE 1992 - ARTICULO 3 / DECRETO 2117 DE 1992 - ARTICULO 800

DECLARATORIA DE OFICIO LA NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO DE RECAUDO DE TRIBUTO O IMPUESTO CON UN PARTICULAR - Imprudencia por no aparecer manifiesta una prohibición legal expresa, clara y precisa

Para el momento en el cual sucedieron los hechos, no existía una prohibición legal expresa, clara y precisa aplicable a los departamentos, relacionada con la imposibilidad de contratar con un particular el recaudo de un impuesto administrado por dicha entidad. (...) dado que no se demostró que la orden de prestación de servicios en examen se hubiere celebrado con desconocimiento de expresa, clara y evidente prohibición contenida en una norma constitucional o con fuerza de ley, no hay lugar a concluir acerca de la configuración de una nulidad absoluta que estuviere viciando ese vínculo contractual y menos a efectuar una declaratoria de oficio.

EXPEDIENTES TRIBUTARIOS - Aplicación de la reserva / EXPEDIENTES TRIBUTARIOS - Posibilidad de que un tercero tenga acceso a la información. Salvedades

La reserva de los expedientes tributarios se aplica respecto de terceros, entendidos éstos como personas totalmente ajenas a los aspectos allí discutidos, pues dada la importancia y la clase de información personal que allí se maneja, sin duda merece toda la protección legal. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de la utilización de esa información por parte de las personas o entidades que con ocasión de la colaboración que realizan con el titular de la función tributaria y para efectos del cumplimiento de sus obligaciones requieren tener acceso a esa

información, en ese caso no puede considerárseles como simples terceros y la prohibición no se les aplicaría, con la salvedad eso sí, tal como se encuentra regulado en el artículo 583 antes citado, que las personas o entidades que en virtud de una autorización accedan a la información, “deberán guardar la más absoluta reserva con relación a ellos y sólo los podrán utilizar para los fines del procesamiento de la información, que demanden los reportes de recaudo y recepción”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140)

Actor: HILDA HOYOS DE RODRIGUEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, procedo a explicar las razones por las cuales debí apartarme, de manera parcial, del fallo que se profirió dentro del litigio citado en la referencia, en cuanto considero que no había lugar a declarar la nulidad absoluta de la Orden de Prestación de Servicios No. 000074 del 16 de enero de 1997 –numeral tercero de la sentencia de la referencia-.

1. Problema jurídico a resolver.

El aspecto a discutir, en relación con el aspecto sobre el cual debo manifestar mi desacuerdo, se circunscribe a determinar si para el momento en el cual se suscribió la orden de prestación de servicios No. 000074 del 16 de enero de 1997, existía disposición constitucional y/o legal expresa que prohibiera a las entidades

territoriales contratar con particulares el recaudo de impuestos administrados por ellos.

Si la respuesta es afirmativa, de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, habría lugar a declarar la nulidad absoluta del referido negocio jurídico.

2. Contenido, alcance e interpretación del numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. La potestad del juez administrativo de declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato.

Respecto del alcance del numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según la cual un contrato estatal es absolutamente nulo cuando “se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal”, resultan ilustrativas las consideraciones expuestas en la sentencia de fecha agosto 16 de 2006²⁸:

“6.3.1. El concepto de “ley”, en el contexto del numeral 2 del art. 44 de la ley 80 de 1993.

El numeral 2 del art. 44 de la ley 80 de 1993 establece que los contratos estatales son nulos cuando “se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”, por lo que es necesario establecer, en este contexto, a cuáles disposiciones el ordenamiento jurídico les confiere el carácter de Ley prohibitiva cuya trasgresión genere la sanción de nulidad absoluta. Para el a quo los acuerdos son leyes en “sentido material”, y por tanto sirven de fundamento para estructurar la causal prevista en el numeral citado.

Para responder esta pregunta hay que remitirse a la Constitución Política, la cual define, de manera taxativa, cuáles normas tienen naturaleza de ley, tanto en sentido formal como material.

En este orden de ideas, y en primer lugar, la potestad legislativa sólo la ostentan el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, éste último cuando se presentan las condiciones establecidas en los artículos que a continuación se analizarán.

El congreso es el legislador por excelencia y, en término de los artículos 150, 151 y 152 –entre otros --, le corresponde hacer las leyes.

No obstante, en forma extraordinaria, el Gobierno Nacional puede expedir normas con fuerza de ley, a lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan leyes en sentido material, aunque formalmente no lo sean. En esos casos, la nota común radica en que, sin excepción, la Constitución expresa en cada caso que la norma que se expide, con fundamento en ellas, tendrá “fuerza de ley”, de manera que este se convierte en el criterio jurídico preciso para distinguir cuáles normas, además de las leyes

²⁸ Expediente: 31480

expedidas por el Congreso, tienen la misma fuerza normativa. A contrario sensu, cualquier otra norma que no disponga de un fundamento constitucional de esta naturaleza carece de fuerza de ley y pertenecerá a otra categoría normativa.

Precisado lo anterior, la Sala encuentra que la segunda causal de nulidad de los contratos estatales consiste en que estos **se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, lo que significa que el negocio jurídico debe estar prohibido bien por una "norma constitucional" -cuyo alcance y contenido es bastante preciso-, o por una norma con fuerza de ley.**

En el último caso, es necesario que la norma que prohíba el negocio jurídico sea una ley en sentido formal o en sentido material, entendiendo por esta última acepción aquellas normas que, según la Constitución Política, tienen "fuerza de ley", es decir, las que se relacionaron párrafos atrás. **Cualquier otra norma del ordenamiento jurídico carece de fuerza de ley, luego su violación no genera el vicio de nulidad del contrato.**

Esta conclusión se refuerza, además, con otros argumentos:

De un lado, el concepto de "ley", contenido en el numeral 2 del art. 44, debe ser interpretado en forma **restrictiva**, o mejor en forma **estricta**, pues se trata de una norma que establece una sanción para los actos jurídicos que incurren en los supuestos fácticos previstos en ella; luego, **la hermenéutica propia de este tipo de normas no es la extensiva, sino la rigurosa y estricta, es decir, la que concibe los conceptos allí contenidos en forma precisa y muy técnica.**

(...)

Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la ley 80 de 1993, que, **además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley**, en los términos dichos, la prohibición constitucional o legal ha de ser **expresa**, bien en relación con **i) el tipo contractual**, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP²⁹–, o en relación con **ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones**, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991–, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.

²⁹ "Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

"El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia."

*De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato "... contra expresa prohibición constitucional o legal." **Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente***. (Se resalta y se subraya).

De conformidad con el anterior aparte jurisprudencial, el cual ha sido reiterado en distintas oportunidades³⁰, los presupuestos para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal por la causal 2° del artículo 44 de la Ley 80, son los siguientes:

- Que exista una prohibición expresa, esto es que haya un mandato claro, tangible, manifiesto, palpable, dirigido a impedir, vedar o evitar, la realización de un tipo contractual en especial o la celebración de un negocio jurídico bajo ciertos aspectos.
- Que la prohibición este contenida en la Constitución o en una norma con fuerza de ley, de manera cualquier otra disposición que no reúna estas condiciones, así se desconozca, no da lugar a que se genere el vicio de nulidad absoluta del contrato.

De igual forma, la norma que contenga la prohibición manifiesta, debe interpretarse de manera estricta, de tal forma que aplica, única y exclusivamente, al supuesto de hecho previsto en la respectiva disposición, sin que, por ende, haya lugar a que sus efectos se extiendan a otros conceptos no contenidos en la norma.

En este sentido, en sentencia del 18 de marzo de 2010³¹

"A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis

³⁰ Ver entre otras: Sentencia del 22 de diciembre de 2007. Expediente: 28010. MP: Alier Hernández Enríquez. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Expediente 15599. Sentencia del 1° de diciembre de 2008. Expediente 15603. MP: Myriam Guerrero de Escobar.

³¹ Expediente 14390.

*diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas*³².

Ahora bien, el artículo 45 de la Ley 80 prevé que la declaración de nulidad absoluta de un contrato estatal puede ser oficiosa, siempre y cuando no hubiere transcurrido el término de prescripción extraordinaria, que las partes del contrato hayan sido vinculadas al proceso y que la nulidad se encuentre plenamente demostrada³³, es decir cuando aparezca de manifiesto en el contrato o, en otras palabras, que no haya duda o dubitación alguna en cuanto a su configuración.

3. Caso concreto. Autonomía contractual de la Administración.

En el presente caso se llega a la conclusión de que no están dados los presupuestos antes aludidos para declarar, de oficio, la nulidad absoluta de la orden de prestación de servicios No. 000074 del 16 de enero de 1997, puesto que no está plenamente demostrado el vicio, en el sentido de que no existe una prohibición clara, expresa y precisa, contenida en norma constitucional o con fuerza de ley, destinada a evitar la celebración de un negocio jurídico a través del cual una entidad territorial confíe a un particular el recaudo de un impuesto.

Lo primero que debe anotarse es que el tipo contractual celebrado –prestación de servicios- es un negocio jurídico permitido de manera expresa en el artículo 32 de la Ley 80.

Respecto de la posibilidad de que un particular recaude un impuesto administrado por una entidad territorial, conviene realizar las siguientes precisiones:

El artículo 305 de la Constitución Política le atribuyó la función a los gobernadores de *“velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales, de las entidades descentralizadas y las que sean objeto de transferencias por la Nación”*.

De entrada se observa que la disposición en mención no consagra prohibición alguna, por el contrario, una interpretación lógica y coherente de la aludida disposición da a entender que le corresponde a la referida autoridad ejecutar todos

³² Ver también, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de dos mil siete (2007), Expediente: 15324.

³³ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de junio de 2010. Expediente: 18294. MP: Enrique Gil Botero.

los medios que se encuentren a su alcance para lograr que la recaudación de las rentas del departamento se haga de manera eficiente y óptima, lo cual incluye la opción de que para realizar esa recaudación se valga de la contratación de particulares.

En efecto, la sola asignación de una función a una autoridad no supone, de manera alguna, que su cumplimiento sólo pueda efectuarse por su titular *intuitu personae* o a través de los funcionarios que prestan sus servicios en la entidad correspondiente, una afirmación en ese sentido sería tanto como desconocer el esquema constitucional vigente, el cual ve en el contrato estatal una modalidad de gestión pública con la finalidad de hacer efectivas las finalidades del Estado.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

“Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y “en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.”³⁴

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares”.³⁵

El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina

³⁴ Sentencia C-088 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz). Reiterada en la sentencia C-372 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

³⁵ Sentencia C-932 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

*las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas.*³⁶

Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos,³⁷ colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines³⁸ (Se destaca).

Bajo esta perspectiva, puede concluirse que la Constitución y la ley habilitan a las autoridades a las cuales se les ha atribuido determinada función, para que adopten las medidas y herramientas que tienen a su alcance, entre ellas, por supuesto, el contrato estatal³⁹, con el fin de darle pleno y efectivo cumplimiento a esas atribuciones, claro está en las condiciones, limitaciones y parámetros señalados en el ordenamiento.

No sobra recordar que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 consagra la prevalencia del postulado de la autonomía de la voluntad para la celebración de contratos por las entidades estatales, como, según la Corte Constitucional⁴⁰, principio nuclear de las relaciones negociales del Estado, para efectos de lograr que el acuerdo contractual se fundamente en la autodeterminación y la autovinculación de las partes⁴¹.

³⁶ Sentencia C-128 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. MP: María Victoria Calle.

³⁹ "Artículo 3º.- *De los Fines de la Contratación Estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 154 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara, Sentencia C 230 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell, Sentencia C 154 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Sentencia C 949 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴¹ BENDECK OLIVELLA, Jorge, exposición de motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992 en Gaceta del Congreso No. 75, 23 de septiembre de 1992.

En sentencia del 7 de octubre de 2009, la Sala hizo importantes anotaciones acerca del contenido del postulado de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, consideraciones que bien vale la pena tenerlas de presente, dada la importancia que revisten para el caso concreto.

*“En efecto, uno de los pilares decisivos de las convicciones compartidas en occidente es la autonomía personal⁴², que en materia contractual se revela en el postulado kantiano de la **autonomía de la voluntad o autonomía privada**⁴³, conforme al cual de la libertad se desprende que el hombre sólo se obliga por su propia voluntad, o lo que es igual, se trata de la manifestación de la voluntad dirigida de manera conciente y reflexiva a la producción de efectos jurídicos⁴⁴. De ahí que ésta no sea sólo un parámetro de vida en sociedad sino también fuente de los derechos subjetivos (arts. 1495 y 1602 del C.C.) y base de la interpretación de los contratos (art. 1618 C.C.).*

(...)

*Autonomía de la voluntad que había sido reconocida por la jurisprudencia administrativa, mucho antes de su consagración expresa en la ley 80 como “núcleo esencial del negocio jurídico”⁴⁵, en sus diversas manifestaciones. Importa para el asunto sub lite sólo resaltar la concerniente a la **libertad negocial**, norma medular del régimen de las obligaciones, según la cual las partes no sólo pueden celebrar todos aquellos negocios jurídicos que emerjan de la autonomía de la voluntad, sino pactar también condiciones negociales*

⁴² Cfr. Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte, en VVAA Ideas políticas, filosofía y derecho, *Liber amicorum* en homenaje a Alirio Gómez Lobo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, p. 303 y ss.

⁴³ “cuando se habla, como es usual entre nosotros, de ‘autonomía de la voluntad’, no deja de incurrirse en algún equívoco. Porque el sujeto de la autonomía no es la voluntad sino el individuo, la persona, como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo –función de voluntad– sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad, el querer, es un requisito indudable del acto de autonomía que ha de ser simple, libre y voluntario”: DIEZ PICASSO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Vol. I., Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 387.

⁴⁴ Cfr. CARBONNIER, Jean Derecho Civil, Tomo II, Vol. II El derecho de las obligaciones y la situación contractual, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 114 y ss.

⁴⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de julio 2 de 1998, C. P. Daniel Suarez Hernández, Referencia: Expediente No. 11.818, Actor: Julio Hernán Barrera Sandoval, Demandado: Municipio de Susacón. Se puede consultar asimismo las siguientes providencias de la misma Sección: Sentencia de 16 de febrero de 1984, exp. 2509, Actor Cadavid y Herrera Ltda., C.P. José Alejandro Bonivento; Sentencia de 18 de junio de 1992, C. P. Daniel Suárez Hernández, Referencia: Expediente No. 6579, Actor: Pérez y Duque Limitada; Auto de 24 de marzo de 1994, Rad. 9354, Actor Fundación Fundar, Demandado I.S.S., C.P. Daniel Suárez Hernández; Sentencia de octubre 5 de 1.994, Ref: Expediente No. 8223 Indemnizaciones, Actor: Jaime Sanclemente S, Demandada: Departamento del Cauca; Sentencia de noviembre 27 de 1995, C. P. Juan De Dios Montes Hernandez, Expediente No. 8791 Actor: Sociedad Comercializadora "Tequendama Limitada" Demandada: Junta Directiva de la Empresa de Energía De Bogota; Sentencia de septiembre 7 de 1998, C. P. Ricardo Hoyos Duque, Ref.: Expediente No. 10.660, Actor: Ingeniería y Telemática G & C. Ltda., Demandado: Municipio de Valledupar; Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Radicación número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119), Actor. Sociedad Castro Tcherassi Y Compañía Ltda., Demandado: Instituto Nacional de Vías, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Ver igualmente CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de febrero 20 de 1975, Rad. 953, C.P. Luis Carlos Sáchica.

particulares, conforme al art. 1602 del CC., ajustando el contrato en cuanto a modo, tiempo y lugar para el cumplimiento de las prestaciones.⁴⁶ Por manera que como en el derecho común, la Administración también puede pactar con cierta libertad las cláusulas usuales según su naturaleza, siguiendo las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario⁴⁷.

Huelga decir que como en el derecho común, la autonomía de la voluntad, en el contrato estatal también está limitada por el derecho positivo, sólo que en este caso el legislador está movido por un móvil particular: el reconocimiento de la función administrativa contractual. De modo que este principio no es absoluto y así lo ha reconocido de vieja data la Sala, sobre la base de que ésta no puede contravenir normas con fuerza de ley⁴⁸, de donde la capacidad de autodeterminación de los sujetos contratantes en principio sólo puede ser limitada por la ley⁴⁹.

(...)

En definitiva, no es que la **autonomía contractual** sea concebida como un poder ilimitado en virtud del cual las partes puedan arbitrariamente definir la totalidad del contenido negocial, sino que este puede ser restringido pero **únicamente por el legislador**, con arreglo a lo previsto por los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993.

Con esta perspectiva, y en relación con los límites a la autonomía contractual en contratación estatal, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptuado que:

“el concepto de autonomía de la voluntad, en tratándose de personas de derecho público, no tiene el mismo alcance que se le otorga a la noción de autonomía privada, esto es, a los negocios jurídicos celebrados entre particulares, precisamente por estar de por medio el interés general y el patrimonio público, cuando una de las parte [sic] del negocio es una entidad estatal. Si bien el negocio jurídico, como declaración de voluntad, crea los efectos jurídicos queridos por las parte [sic] que concurren al mismo, los poderes de la administración están supeditados indefectiblemente al logro del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado, dentro de los cuales se incluyen, claro está, los de la entidad estatal contratante. Pudiera decirse que mientras el particular al contratar dispone de lo suyo, la administración al hacerlo persigue fines de

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, Sentencia de octubre 15 de 1997, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Ref. Expediente No. 11212, Actor. Sociedad Jaime Solano Salas E Hijos Ltda., Demandado. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, C. P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Sentencia de 13 de mayo de 1988, Ref: Expediente N° 4303, Contratos, Actor: Urbanizadora Villa Alicia.

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, Auto de agosto 23 de 1991, Ref.: Expediente No. 6582, Actor: Consorcio Escandón Manby y Cía. Arquitectos - Alberto Antonio Zúñiga Caballero, C. P. Daniel Suarez Hernández.

⁴⁹ Por excepción la regulación administrativa, especialmente de contenido económico, puede suponer en ocasiones la limitación de este postulado, como es el caso de la normatividad propia de la intervención económica a cargo del Estado.

*interés general y compromete el patrimonio público, con todas las consecuencias que de ello se derivan en un Estado social de derecho. De esta manera, la libertad negocial de los entes estatales no es absoluta ni igual a la de los particulares, pero bien pueden aquéllas acordar las condiciones específicas del contrato, determinadas por las necesidades del servicio, sin perder de vista que la naturaleza del contrato celebrado por las entidades estatales no se aleja irremediablemente de los principios del derecho público, por el hecho de estar sometido a las normas del derecho privado.*⁵⁰ (destaca la Sala)".

Es así entonces que la ley le otorga a la Administración, en desarrollo de la autonomía contractual, amplias facultades para celebrar y pactar con cierta libertad –sin que constituya un poder ilimitado- las cláusulas que correspondan según el tipo negocial elegido, conforme a las reglas del derecho privado, a menos que exista disposición legal en contrario.

De manera que sólo el legislador tiene la potestad y la competencia de limitar la capacidad de autodeterminación de los sujetos en una relación negocial, restricción que se justifica en tanto que, con el contrato estatal, se reitera, se persigue el interés general y la protección del patrimonio público.

En el presente caso, no sobra mencionarlo nuevamente, al analizar el objeto del negocio jurídico contenido en la orden de prestación de servicios No. 000074 del 16 de enero de 1997, no se encuentra que sea contrario a derecho, por la sencilla, pero potísima razón de que no existe en el ordenamiento o, por lo menos no emerge de manera palmaria y evidente, disposición con fuerza de ley alguna que, al momento en que se suscribió la aludida orden, prohibiera la celebración del acuerdo, motivo por el cual se concluye que no hay lugar a declarar la nulidad absoluta de dicho negocio por ausencia de los presupuestos que de manera enfática, unánime y reiterada ha expuesto esta Sección, los cuales por su puesto, se encuentran regulados por la ley.

4. Improcedencia de la aplicación, al presente caso, del Estatuto Tributario.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Concepto de abril 6 de 2000, Radicación: 1.263. En sentido similar ver Concepto de 25 de abril de 2002, Rad. 1417, C.P. Susana Montes de Echeverri.

El artículo 800 y 801 del Decreto-ley, en relación con la forma de extinguir la obligación tributaria, disponen lo siguiente –se transcribe lo pertinente–:

“ARTICULO 800. LUGAR DE PAGO. El pago de los impuestos, anticipos y retenciones, deberá efectuarse en los lugares que para tal efecto señale el Gobierno Nacional.

El Gobierno Nacional podrá recaudar total o parcialmente los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, a través de bancos y demás entidades financieras.

ARTICULO 801. AUTORIZACIÓN PARA RECAUDAR IMPUESTOS. En desarrollo de lo dispuesto en el artículo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalará los bancos y demás entidades especializadas, que cumpliendo con los requisitos exigidos, están autorizados para recaudar y cobrar impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses, y para recibir declaraciones tributarias”.

En principio podría entenderse que los bancos y demás entidades especializadas que autorice el Ministerio de Hacienda y Crédito Público son los únicos que pueden **recaudar** y cobrar **impuestos**, anticipos retenciones, sanciones e intereses y para recibir declaraciones tributarias.

Sin embargo, un análisis del ámbito de aplicación de esas normas conduce a la conclusión de que para la fecha en la cual se realizó el negocio jurídico objeto de debate, dichas disposiciones no resultaban aplicables a las entidades territoriales.

Ciertamente, el objeto del referido Decreto-ley no es otro que el de regular los aspectos atinentes al manejo de los impuestos que son administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales –DIAN–, situación que, de entrada, indica que el ámbito de aplicación de la normativa en cita se circunscribe a los impuestos del orden nacional.

Según el artículo 3° del Decreto 2117 de 1992 –vigente para la época de los hechos–, a la DIAN le competía –como aún le compete– la administración de *“los impuestos de renta y complementarios, de timbre nacional y sobre las ventas; los derechos de aduana y los demás impuestos del **orden nacional** cuya competencia no esté asignada a otras entidades del Estado”.*

De igual forma, según la misma disposición en cita, la administración de los impuestos comprende su *“**recaudación**, fiscalización, liquidación, discusión,*

cobro, devolución y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributaria y aduanera”.

De manera que las normas que en el Estatuto Tributario hacen referencia al recaudo de los impuestos, encuentran aplicación –para el caso concreto- única y exclusivamente respecto de los impuestos del orden nacional, como así, de manera expresa, lo prevé el artículo 800 antes citado según el cual: *“El Gobierno Nacional podrá **recaudar** total o parcialmente los **impuestos**, anticipos, retenciones, sanciones e intereses **administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales**, a través de bancos y demás entidades financieras”.*

Por consiguiente, debe afirmarse que las normas en mención no pueden aplicarse al negocio jurídico objeto del presente debate, comoquiera que el acuerdo fue suscrito por una entidad territorial en relación con un impuesto –degüello⁵¹- del orden departamental.

Ahora bien, en sentencia C-232 de 1998⁵², la Corte Constitucional manifestó que las normas procedimentales establecidas en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional, también son aplicables a las entidades territoriales, con la finalidad de unificación, precisamente, del régimen procedimental en materia de la administración de impuestos.

Al respecto consideró:

“Ello al contrario de lo afirmado por los demandantes, constituye cabal desarrollo y concreción de uno de los principios constitucionales (preámbulo y artículo 1o.), según el cual Colombia se organiza en forma de República unitaria, por lo que la autonomía no puede realizarse por fuera de la organización unitaria del Estado, razón por la cual, en aras de darle seguridad, transparencia y efectividad al recaudo, administración y manejo de los impuestos y contribuciones, compete al legislador fijar un régimen procedimental único, aplicable tanto a nivel nacional, como a tributos del orden local.

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

⁵¹ Código de Régimen Departamental -Decreto 1222 de 1986-.

⁵² Corte Constitucional. MP: Hernando Herrera Vergara.

(...)

De otro lado, cabe destacar que cuando la norma acusada consagra un procedimiento tributario uniforme, aplicable tanto a nivel nacional, como departamental, distrital y municipal, no está quebrantando el principio constitucional de la autonomía territorial, pues estos entes conservan todas aquellas facultades que en desarrollo del mandato constitucional les corresponde en materia fiscal, como lo son la organización administrativa, el recaudo, la conservación, la inversión y el manejo de sus recursos. No obstante, ello no equivale a que dichas atribuciones puedan entenderse en términos absolutos e ilimitados, pues dentro del Estado unitario y con base en las normas superiores, están sometidos a la Constitución y a la ley. Además, según el numeral 4o. del artículo 150 de la Carta Política, al Congreso le corresponde establecer las competencias de las entidades territoriales, así como regular los procedimientos tributarios, por lo que en consonancia con el artículo 287 superior, puede válidamente hacer extensiva la aplicación del procedimiento de carácter nacional a las entidades territoriales. En tal virtud, a juicio de la Corte, el legislador al actuar como lo hizo en el precepto impugnado, no excedió el límite de sus atribuciones, sino que, por el contrario, obró de conformidad con el ordenamiento constitucional”.

Sin embargo, los razonamientos antes expuestos deben analizarse dentro del contexto en el cual fueron dictados, con el fin de determinar si deben considerarse como un precedente a aplicarse en el caso concreto.

Ciertamente, la Corte Constitucional, en aquella oportunidad, se pronunció acerca de la exequibilidad, o no, de la siguiente disposición prevista en el artículo 66 de la Ley 383 del **10 de julio de 1997** “Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones”:

*“ARTICULO 66. ADMINISTRACION Y CONTROL. Los **municipios y distritos**, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro **relacionados con los impuestos administrados** por ellos, aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional”. (Se resalta).*

Luego, del análisis de constitucionalidad correspondiente, se tiene claramente que la Corte Constitucional declaró exequible –sin condicionamiento alguno- la citada disposición.

A partir de lo anterior, puede concluirse lo siguiente:

- La norma objeto del análisis de constitucionalidad entró en vigencia el 10 de julio de 1997 esto es con posterioridad a la fecha en la cual se suscribió el negocio jurídico -16 de enero de 1997- objeto del presente proceso, de manera que con anterioridad a ese momento en que la Ley 383 empezó a producir efectos, aún teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional –lo que tampoco es de recibo según se expondrá a continuación–, las normas previstas en el Estatuto Tributario no eran de obligatorio cumplimiento para las entidades territoriales. Una afirmación en sentido contrario sería tanto como aplicar de manera retroactiva la ley, situación que a su vez supondría el desconocimiento del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su iniciación”*.
- Aún en el evento –que no lo es- en que se llegara a la conclusión de que la norma encuentra aplicación al caso concreto, lo cierto es que las disposiciones contenidas en el Estatuto Tributario sólo serían de obligatorio cumplimiento para los **municipios y distritos**, puesto que esa fue la intención del legislador. Así las cosas, los efectos de la norma en cita no pueden extenderse a los Departamentos.

Si bien en el pronunciamiento antes transcrito la Corte Constitucional indicó que a partir de la expedición de esa norma existía un régimen unificado procedimental contenido en el Estatuto Tributario, lo cierto es que esas consideraciones debe valorarse como un *obiter dicta* lo cual no resulta vinculante, dado que, como se advierte en la parte resolutive de la referida providencia, se declaró la exequibilidad de la norma objeto de estudio, sin condicionamiento alguno, esto es, la referida exclusivamente a que los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario, sólo debían –para ese entonces- observarse por los Municipios y Distritos.

Tan claro es que el artículo 66 de la Ley 383 de 1997 sólo tenía como destinatarios a los municipios y distritos, que únicamente hasta el año 2002, mediante la Ley 788, el legislador, de manera expresa, unificó el procedimiento tributario para las entidades territoriales. La norma en cita dispone:

“PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO TERRITORIAL

ARTÍCULO 59. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO TERRITORIAL. Los **departamentos y municipios** aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos”.

Por consiguiente, para el momento en el cual sucedieron los hechos, no existía una prohibición legal expresa, clara y precisa aplicable a los departamentos, relacionada con la imposibilidad de contratar con un particular el recaudo de un impuesto administrado por dicha entidad.

Finalmente, para ahondar en argumentos que evidencian que para la fecha en que se realizó la orden de prestación de servicios no había prohibición legal expresa en los términos antes indicados, resulta necesario traer de presente la Ley 1386 del 21 de mayo de 2010, según la cual:

“ARTÍCULO 1o. PROHIBICIÓN DE ENTREGAR A TERCEROS LA ADMINISTRACIÓN DE TRIBUTOS. No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. La recepción de las declaraciones así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados.

Las entidades territoriales que a la fecha de expedición de esta ley hayan suscrito algún contrato en estas materias, deberán revisar de manera detallada la suscripción del mismo, de tal forma que si se presenta algún vicio que implique nulidad, se adelanten las acciones legales que correspondan para dar por terminados los contratos, prevaleciendo de esta forma el interés general y la vigilancia del orden jurídico. Igualmente deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes y a los organismos de control cualquier irregularidad que en la suscripción de los mismos o en su ejecución se hubiese causado y en ningún caso podrá ser renovado.

Las entidades de control correspondientes a la fecha de expedición de esta ley, deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales.

La Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales.

ARTÍCULO 2o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

Como se observa, a partir y sólo a partir de la entrada en vigencia de la anterior disposición legal, existe en el ordenamiento una prohibición expresa, manifiesta, clara y precisa, tendiente a impedir que las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas celebren contrato o convenio alguno con el objeto de **delegar** en terceros *“la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados”.*

En cuanto al recaudo de los impuestos, según la norma, las mencionadas entidades territoriales pueden realizarlo a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados.

Así las cosas y en aplicación del postulado lógico según el cual resulta incoherente *“prohibir lo que ya está prohibido”* debe concluirse necesariamente que antes de la expedición de la aludida norma legal, no había impedimento expreso relacionado con la imposibilidad de que una entidad territorial suscribiera contrato o convenio alguno con el objetivo de que un particular realizara el recaudo de un impuesto administrado por esas autoridades.

Lo anterior adquiere aún más sustento al analizar la exposición de motivos correspondiente, según la cual los razonamientos que condujeron a la presentación del entonces proyecto de ley, tuvieron relación con la necesidad de poner freno *“a la modalidad extensiva de corrupción a través de las concesiones otorgadas a particulares con el fin de administrar los tributos en las diferentes regiones del país y con ellos proteger las finanzas públicas en pro del interés general”.*

En la misma línea se consignó en la citada exposición de motivos:

“En los últimos años, se ha presentado de manera recurrente en las entidades territoriales la celebración de contratos en los cuales se concede a particulares la administración y gestión del recaudo sus tributos, para que estos particulares se encarguen de determinar sus condiciones, consolidar la información de los contribuyentes y del cobro de los mismos.

La nociva práctica a que se hace referencia, incluye cláusulas en las cuales la entidad territorial cede a favor de particulares, potestades tales como la organización, determinación, discusión, cobro y recaudo de los impuestos territoriales; adicional a esto, le conceden información correspondiente a la administración tributaria y a los sujetos pasivos de las obligaciones”.

Como se observa, fueron razones de conveniencia las que motivaron la presentación y expedición de la ahora ley de la República.

Si bien en el mencionado documento objeto de estudio se citaron varias disposiciones para efectos de fundamentar el proyecto de ley, lo cierto es que ninguna de éstas contiene una prohibición expresa y palmaria en los aspectos que han sido analizados en el presente escrito.

Ciertamente, fueron dos los razonamientos legales respecto de los cuales los ponentes fundamentaron la necesidad de llevar a ley la prohibición antes descrita: *i)* la indelegabilidad de la función fiscalizadora y *ii)* la reserva de la información tributaria.

En cuanto a la primera de las razones expuestas, debe aclararse que el estudio realizado por el Consejo de Estado en esa oportunidad se circunscribió única y exclusivamente a la indelegabilidad de la *función fiscalizadora*, lo cual difiere del recaudo de impuestos. De igual forma, esta Corporación, para arribar a la anterior conclusión se fundamentó en normas contenidas en el Estatuto Tributario, las cuales, se reitera, no tenían aplicación en el presente caso.

Con todo, se advierte que la figura de la delegación y el rol que desempeña el delegatario, no puede asimilarse al contrato estatal de prestación de servicios en estudio y al papel que ejerce el contratista, puesto que mientras en la delegación existe una transferencia de funciones, en el contrato estatal, en principio, el contratista actúa como un colaborador de la administración para el cumplimiento de los fines estatales.

De manera que el criterio de la imposibilidad de delegar la administración de los tributos debe analizarse dependiendo el caso concreto y atendiendo las particularidades de la modalidad en que se efectuó la delegación; eso sí, en todo caso, en lo que concierne a este proceso lo anteriormente expuesto no es suficiente para entender que con anterioridad a la expedición de la Ley 1386 existía esa prohibición.

Finalmente, en relación con la reserva de los expedientes, las normas citadas en la exposición de motivos fueron las siguientes:

“ARTICULO 693. RESERVA DE LOS EXPEDIENTES. Las informaciones tributarias respecto de la determinación oficial del impuesto tendrán el carácter de reservadas en los términos señalados en el artículo [583](#).

ARTICULO 583. RESERVA DE LA DECLARACIÓN. La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias, tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales sólo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística.

En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva.

Los bancos y demás entidades que en virtud de la autorización para recaudar los impuestos y recibir las declaraciones tributarias, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, conozcan las informaciones y demás datos de carácter tributario de las declaraciones, deberán guardar la más absoluta reserva con relación a ellos y sólo los podrán utilizar para los fines del procesamiento de la información, que demanden los reportes de recaudo y recepción, exigidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes”.

Una interpretación sistemática y finalista de las citadas disposiciones, debe llevar al entendimiento de que la reserva de los expedientes tributarios se aplica respecto de terceros, entendidos éstos como personas totalmente ajenas a los aspectos allí discutidos, pues dada la importancia y la clase de información personal que allí se maneja, sin duda merece toda la protección legal.

Pero no sucede lo mismo cuando se trata de la utilización de esa información por parte de las personas o entidades que con ocasión de la colaboración que realizan con el titular de la función tributaria y para efectos del cumplimiento de sus obligaciones requieren tener acceso a esa información, en ese caso no puede considerárseles como simples terceros y la prohibición no se les aplicaría, con la salvedad eso sí, tal como se encuentra regulado en el artículo 583 antes citado, que las personas o entidades que en virtud de una autorización accedan a la información, *“deberán guardar la más absoluta reserva con relación a ellos y sólo*

los podrán utilizar para los fines del procesamiento de la información, que demanden los reportes de recaudo y recepción”.

En consecuencia, dado que no se demostró que la orden de prestación de servicios en examen se hubiere celebrado con desconocimiento de expresa, clara y evidente prohibición contenida en una norma constitucional o con fuerza de ley, no hay lugar a concluir acerca de la configuración de una nulidad absoluta que estuviere viciando ese vínculo contractual y menos a efectuar una declaratoria de oficio.

En los anteriores términos, dejo expuestas las razones que determinaron y constituyeron mi salvamento de voto.

MUY RESPETUOSAMENTE,

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Consejero de Estado