

popular con el mismo objeto, tendrá la opción de coadyuvarla, según lo establecido en el artículo 24 de la ley 472 de 1998.

Existe identidad de demandas sólo cuando las partes, el objeto y la causa son los mismos. No obstante, en una acción popular resulta irrelevante, para definir esa identidad quién sea el actor, pues como ya se señaló, con ésta no se pretende la satisfacción de intereses individuales.

Carece de razonabilidad admitir una demanda presentada en ejercicio de una acción popular que tenga el mismo objeto y se fundamente en los mismos hechos de una acción que ya está en curso, para proceder luego a su acumulación, ya que acumular procesos significa acumular pretensiones, y esta sumatoria no se da cuando las pretensiones son las mismas. Es decir, en estos casos no habría propiamente una acumulación de procesos, sino una agregación de actores.

Admitir una demanda presentada en ejercicio de una acción popular cuando ya cursa otra con el mismo objeto no sólo implica desconocimiento del principio de economía procesal y el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias, sino que, además, ordenar su acumulación a otro proceso que ya está en curso, puede afectar los intereses del actor popular que originalmente interpuso la acción y que por su esfuerzo tiene derecho al incentivo, pues esto daría lugar a que una vez enteradas de su existencia, otras personas presenten la misma demanda con el fin de que ésta se acumule a la primera y así obtener parte de ese beneficio.

Por supuesto, será el juez en cada evento, quien debe verificar que el objeto de la nueva acción es el mismo de la que se encuentra en trámite, pues si coinciden sólo de manera parcial, sí deberá ordenarse la acumulación de las demandas, ya que la primera no agota el interés colectivo de que trata la segunda (...).

En tal virtud, la aplicación a los juicios populares del instituto del agotamiento de jurisdicción pretende impedir la coexistencia de procesos paralelos en tanto ello entraña una amenaza latente a la igualdad en la aplicación de la ley dado el grave riesgo de decisiones contradictorias. Se persigue, pues, evitar no sólo el innecesario desgaste de la jurisdicción, sino también el poner en tela de juicio la seguridad jurídica insita a toda decisión judicial y que es el sustrato del ejercicio de la función pública jurisdiccional (art. 228 CN y art. 1 LEAJ).

Por lo demás, el agotamiento de jurisdicción en sede popular busca la guarda de la unidad del derecho como postulado fundamental de la facultad estatal de impartir justicia (*iudicare munus publicum es*). Se reitera, entonces, que:

"en el juicio de acción popular una vez trabada la relación jurídico procesal no pueden coexistir otros procesos sobre los mismos hechos debido a que el actor popular, cualquiera sea, representa la comunidad en el ejercicio de acción con búsqueda de protección de los derechos e intereses colectivos y no de los derechos subjetivos.

Por ello cuando luego del apareamiento de un proceso, con la notificación de la demanda al demandado (s), se admite otra demanda (s) aparece un hecho contrario al agotamiento de jurisdicción, que dice que existiendo un juicio sobre determinados hechos no puede coexistir paralelamente otro sobre los mismos".

Con sujeción a lo expuesto, la Sala no ha dudado en declarar la nulidad de lo actuado en el segundo proceso popular, con arreglo a lo prescrito por el numeral primero del artículo 140 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 165 del CCA y por el artículo 44 de la ley 472 de 1998 al juicio popular, por "falta de jurisdicción" siempre y cuando previamente se establezca, sin lugar a dubitación alguna, que media identidad de objeto y de causa petendi:

"De acuerdo con el numeral 1 del Artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, el proceso es nulo cuando se adelanta correspondiendo su conocimiento a otra jurisdicción, entendiéndose por falta de jurisdicción el hecho de que el proceso sea conocido por una autoridad judicial de rama diferente a la...contencioso-administrativa, con mas veras lo será, cuando ya se ha promovido otro proceso sobre el mismo objeto y con la mismas causas habida consideración al hecho de que se ha consumado la jurisdicción.

Los particulares cuando acuden al aparato jurisdiccional con el fin de que se les reconozca un derecho mediante la aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto, el pronunciamiento de fondo del funcionario judicial frente al problema planteado, conlleva a que con el actuar del particular quede agotada la jurisdicción, impidiendo que se pueda presentar ante ésta la misma controversia.

En otros términos, la nulidad debe decretarse cuando se observa por parte del operador judicial que ya ha sido agotada la jurisdicción, previa la determinación de certeza de que existe identidad de partes, objeto y de causa petendi, en sentencias con efectos inter partes, y de entidad de objeto y de causa tratándose de sentencias con efectos erga omnes." (Negrillas de la Sala).

En virtud de la anterior cita jurisprudencial, es claro para la Sala que en el presente caso no es posible aplicar la figura del agotamiento de jurisdicción, como erróneamente lo pretende el apoderado de la UT SICALI, pues la demanda que dio origen a la presente acción constitucional, fue interpuesta el 22 de abril de 2005 (fl. 29 Cdo.1), es decir con antelación a la acción popular radicada con el número 2009-0022-00, demandante Alan del Río Vázquez contra el Municipio de Cali y la UT SICALI, situación que no afecta procesalmente el estudio de este asunto, pues si bien la acción popular a la que alude la parte actora tiene identidad en cuanto a la entidad demandada, nada se acredita respecto de la identidad de causa y objeto, siendo competencia del juez que tramita la citada acción, pronunciarse sobre el presunto agotamiento de jurisdicción por tratarse de una acción posterior.

De igual forma, la mencionada figura jurídica no puede ser aplicada por la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicada con el número 2007-0246-00, demandante, Manuel de Jesús Obregón, demandados Municipio de Cali y la UT SICALI, como quiera la figura del agotamiento de jurisdicción, conforme a la jurisprudencia decantada por el Consejo de Estado, solo puede ser aplicada en acciones populares, más no respecto de una acción ordinaria.

3.2 Prejudicialidad

Argumenta en esta instancia el apoderado de la parte actora, que en el presente caso existe Prejudicialidad en los términos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, pues a su juicio el presente proceso debe suspenderse hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto dentro de la acción contractual que declaró nulo el contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA-015-05 DE 2005, proceso radicado con el número de partida 2005-1421-00 demandante Procuraduría General de la Nación, demandados Municipio de Cali y la UT SICALI.

De conformidad con el artículo 170 del C.P.C un proceso puede suspenderse por las siguientes causales.

" 1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de éste.

2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.

...

3. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia, o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda.

Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquél será excluido de la acumulación, para continuar el trámite de los demás"

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la Sala observa que ninguna de las causales establecidas por la norma procesal civil es aplicable al presente caso, pues los argumentos que alega la parte actora no sirven de fundamento para disponer la suspensión del proceso, en la medida que en el ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, al que se hace referencia tuvo como objeto definir sobre la legalidad del contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA-015-05 DE 2005, mientras que la acción popular además de ser autónoma persigue una finalidad distinta a la anterior.

En efecto, de conformidad con la ley 472 de 1998, la acción popular ostenta el carácter de autónoma y principal, pues su finalidad es la efectiva garantía de los derechos constitucionales objeto de tutela colectiva, cuando se vean amenazados o vulnerados por con la acción u omisión de la administración, y por ello su procedencia no está subordinada o condicionado a otros medios de control judicial.

IV- Decisión adoptada en el proceso de controversias contractuales, 2005-1421-000, interpuesto por la procuraduría general de la nación contra el Municipio de Santiago de Cali y U. T. SI CALI, respecto del contrato de prestación de servicios NO. DAHM-GAA-015-05 DE 2005.

La Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de la Acción de Controversias Contractuales, interpuso demanda contra el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y la UNION TEMPORAL SERVICIOS DE IMPUESTOS DE CALI -SI CALI, en la cual se formularon las siguientes declaraciones:

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

1.1.1 De la Resolución No. 0619 de octubre 1º de 2004, por medio de la cual el señor Alcalde de Santiago de Cali, Doctor APOLINAR SALCEDO CAICEDO, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. DAHM-001-04.

1.1.2 De la Resolución No. A-0008 de enero 12 de 2005, proferida por el señor Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, por medio de la cual se reinició la Licitación Pública No. DAHM001-04, por su falsa motivación.

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

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

1.1.5 De la Resolución No. A-0045 de febrero 4 de 2005, por medio de la cual se realizó la adjudicación de la Licitación Pública No. DAHM-01-04, a la UNIÓN TEMPORAL SI CALI, representada por Uriel Casadiego Molina. El objeto de la Licitación se estableció así: "CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PARA LA MODERNIZACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DE LA GESTIÓN TRIBUTARIA A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL, FORTALECIMIENTO DE LAS FINANZAS Y EL SANEAMIENTO FISCAL DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI DEFINIDO EN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA".

1.2. Que se declare que es nulo de nulidad absoluta el contrato de Prestación de Servicios No. DAHM-GAA 015-05 de febrero 11 de 2005, celebrado entre el Municipio de Santiago de Cali, representado por el señor alcalde APOLINAR SALCEDO CAICEDO y la Unión Temporal Servicios de Impuestos -SI CALI-, representada legalmente por el señor URIEL CASADIEGO MOLINA, cuyo objeto, según la cláusula primera del mismo, es: "Prestar el servicio para la modernización y optimización de la gestión tributaria a cargo de la administración municipal de Santiago de Cali, según lo definido en los Términos de Referencia, que dio como resultado la celebración del presente contrato, de acuerdo con la oferta presentada por El CONTRATISTA, la que se entiende incorporada al presente contrato en todo lo no previsto por los Términos de Referencia y por este texto contractual"; porque se suscribió con base en la expedición de la Resolución A-0045 de febrero 4 de 2005, acto previo viciado de nulidad y contrario al ordenamiento jurídico.

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

1.4. Que se ordene la liquidación del contrato declarado nulo".

La Sala Plena de esta Corporación se pronunció sobre la legalidad del contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA-015-05 DE 2005, celebrado entre el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y LA UNION TEMPORAL SICALI, mediante sentencia de dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2.008), en la cual se resolvió lo siguiente:

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

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

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

DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato de Prestación de Servicios No. DAHM-GAA 015-05 de febrero 11 de 2005, celebrado entre el Municipio de Santiago de Cali y la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali -SI CALI-, por los motivos precedentemente explicados.

ORDÉNASE al Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, proceda a la liquidación del contrato de Prestación de Servicios No. DAHM-GAA 015-05 de febrero 11 de 2005, en el estado en que se encuentre. Así mismo, siempre que se pruebe que la entidad estatal contratante se ha beneficiado con dicho contrato, **ORDÉNASE** reconocer y pagar al contratista -UT SICALI- las prestaciones ejecutadas pero únicamente hasta el monto del beneficio obtenido, a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia, de conformidad con lo previsto por el Art. 48 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1.993-..."

La sentencia, aborda fundamentalmente dos problemas jurídicos. El primero, está relacionado con la imposibilidad jurídica de llevar a cabo la celebración del contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA-015-05 del 11 de febrero de 2005, entre la Unión Temporal Servicios de Impuestos de Cali -SI CALI- y el MUNICIPIO DE CALI, por cuanto que según las estipulaciones contenidas en el aludido contrato, su objeto encierra la entrega integral de una función pública del ente municipal a un particular, a través de los diferentes procesos y procedimientos que comprenden las actividades dirigidas a la modernización y optimización del recaudo, las cuales no son más que todas las funciones correspondientes a la gestión tributaria constitucional a cargo del ente territorial del orden municipal, en contravía de lo dispuesto por las normas constitucionales y legales. Y, el segundo, relacionado con el desconocimiento de las normas, trámites, exigencias y procedimientos previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993- y sus decretos reglamentarios (Decreto 2170 de 2002, vigente para cuando se llevó a cabo dicha contratación), para la formalización del citado contrato.

Consideró la Sala Plena en esa oportunidad, que de conformidad con el material probatorio aportado al proceso contractual, el cargo referente a la imposibilidad jurídica de adelantar la contratación con la UT SICALI, estaba llamado a prosperar, por cuanto de conformidad con los pliegos de condiciones y el contrato mismo, era evidente el ejercicio de funciones administrativas íntimamente ligadas a la "gestión tributaria" que ni constitucional ni legalmente podían ser encomendadas a un particular, pese al esfuerzo que la administración hizo por tratar de desvirtuar esta aseveración, mediante la redacción y semántica empleadas en el clausulado y las estipulaciones de semejante relación comercial, las cuales en principio pretendían mostrar un panorama distinto bajo el manto de una externalización o tercerización del servicio a través de la llamada modernización y optimización de la gestión tributaria municipal.

Precisó que los artículos 66 de la Ley 383 de 1997⁵⁶ y 59 de la Ley 788 de 2002,⁵⁷ ordenaron a los municipios y a los departamentos aplicar las normas del Estatuto Tributario en todo lo atinente al procedimiento tributario y en las distintas etapas de la gestión tributaria, para lo cual debía adaptarlas a los tributos de su competencia. Igualmente afirmó que de acuerdo con la jurisprudencia nacional, el alcance del concepto de "gestión tributaria" abarca las actividades concernientes a la determinación de los tributos y su fiscalización, mientras que "determinar el tributo" es la actividad tendiente a establecer, de conformidad con las prescripciones legales correspondientes, la obligación tributaria sustancial. Por su parte, "fiscalización", consiste en la atribución que tiene la administración de impuestos de realizar todas aquellas diligencias e investigaciones, enumeradas en el artículo 684 del Estatuto Tributario,⁵⁸ con el fin de precisar correctamente los tributos.⁵⁹

Afirmó que conforme a la jurisprudencia decantada por el Consejo de Estado, no es viable jurídicamente la delegación o atribución a favor de particulares de la facultad de fiscalizar y determinar los tributos, ni la de efectuar las actuaciones preparatorias correspondientes en tanto las disposiciones legales, en concordancia con las constitucionales, no lo autoricen. Ello habida cuenta que, de conformidad con lo prescrito en los artículos 560 y 688 del Estatuto Tributario,⁶⁰ aplicables a los municipios por

⁵⁶ **Art. 66.- Administración 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".

⁵⁷ **Art. 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 éstas respecto del monto de los impuestos".

⁵⁸ **Art. 684.- Facultades de fiscalización e investigación.** La administración tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales. Para tal efecto podrá:

- a) Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes; cuando lo considere necesario;
- b) Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados;
- c) Citar o requerir al contribuyente o a terceros para que rindan informes o contesten interrogatorios;
- d) Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;
- e) Ordenar la exhibición y examen parcial de los libros, comprobantes y documentos, tanto del contribuyente como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad;
- f) En general, efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación".

⁵⁹ Sobre el tema de la determinación y fiscalización de los tributos, se pueden consultar las siguientes sentencias del Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta: sentencia del 12 de julio de 2002, Radicación 13001-23-31-000-1993-9477-01(12637), Actor: Sociedad Braceros del Norte Ltda., Demandado: La Nación-DIAN, M.P. Germán Ayala Mantilla; sentencia del 2 de noviembre de 2001, Radicación 08001-23-31-000-1994-8973-01(12370), Actor: Textiles Saab de Colombia Ltda., Demandado: La Nación, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; sentencia del 17 de octubre de 1997, Radicación: 8505, Actor: Ladrillera Santa Fe S.A., Demandado: Distrito Capital de Santafé de Bogotá, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo.

⁶⁰ **Art. 560.- Modificado. L. 1111/2006, art. 44. Competencia para el ejercicio de las funciones.** Son competentes para proferir las actuaciones de la administración tributaria los funcionarios y dependencias de la misma, de acuerdo con la estructura funcional que se establezca en ejercicio de las facultades previstas en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política..."

Art. 688.- Competencia para la actuación fiscalizadora. Corresponde al jefe de la unidad de fiscalización, proferir los requerimientos especiales, los pliegos y traslados de cargos o actas, los emplazamientos para corregir y para declarar y demás actos de trámite en los procesos de determinación de impuestos, anticipos y retenciones, y todos los demás actos previos a la aplicación de sanciones con respecto a las obligaciones de informar, declarar y determinar correctamente los impuestos, anticipos y retenciones.

Corresponde a los funcionarios de esta unidad, previa autorización o comisión del jefe de fiscalización, adelantar las visitas, investigaciones, verificaciones, cruces, requerimientos ordinarios y, en general, las actuaciones preparatorias a los actos de competencia del jefe de dicha unidad". (Hemos subrayado).

mandato del artículo 66 de la Ley 383 de 1997, es al jefe de la unidad de fiscalización de la administración tributaria a quien corresponde proferir los actos de trámite en los procesos de determinación de impuestos, y a los funcionarios de esa Unidad, adelantar las actuaciones preparatorias respecto de los actos de competencia del jefe del primero. También tienen facultades de fiscalización tributaria los jefes de las divisiones y dependencias, así como los profesionales de la misma entidad en quienes se deleguen tales funciones. Sin embargo, la legislación tributaria no prevé la posibilidad de delegar en particulares la facultad de fiscalización y determinación de los tributos, y en este sentido no es posible desconocer el mandato según el cual, el funcionario público sólo puede hacer aquello que la Constitución y la ley expresamente le autoricen.

Sostuvo que la administración no cumplió con lo previsto en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998, que establecen las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares, en especial la condición de que el convenio respectivo, según lo prescribe el art. 111, solo puede tener un plazo de ejecución máximo de cinco (5), y que en el contrato de prestación de servicios, se pactó un plazo de duración de quince (15) años, con lo cual también se quebranta el principio de temporalidad propio esta clase de contratos. Consideró la Corporación que, en la práctica lo que se evidencia es una invasión ilegal de la competencia de las autoridades tributarias municipales, desconociendo al tiempo el principio de legalidad tributaria.

Así mismo sostuvo que, las funciones asignadas a la contratista por el Municipio, en virtud del contrato, son actividades propias de la función administrativa del Municipio en materia de impuestos y por ende no son susceptibles de ser atribuidas a particulares.

Concluyó que como conforme con las normas y la jurisprudencia citadas, no se puede delegar en los particulares las actividades relacionadas con la facultad de determinación y fiscalización tributaria, y dado que el contrato impugnado comprende dicho objeto, esta viciado por objeto ilícito, y por lo mismo, ello constituye motivo de nulidad absoluta tanto de los actos previos como del contrato demandado.⁶¹

⁶¹ En este sentido, la Ley 80 de 1993, consagra las siguientes normas:

"Art. 13.- De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley..."

"Art. 44.- De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten;..."

El Código Civil por su parte consagra las siguientes disposiciones:

Art. 1519.- "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación..."

Art. 1741.- "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos; y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas..."

En consecuencia la Sala Plena de la Corporación, declaró la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA 015-05 de febrero 11 de 2005, celebrado entre el Municipio de Santiago de Cali y la Unión Temporal Servicios de Impuestos -SI CALI-, y del acto de adjudicación de dicho contrato, por contener un objeto ilícito y contrariar claramente el ordenamiento jurídico constitucional y legal que consagran claros principios como el de la legalidad tributaria, entendido como aquél al que deben someterse, "...todos los aspectos relacionados con el recaudo, fiscalización, manejo y determinación de los tributos, así como la fijación de las sanciones a aplicar por el incumplimiento de las obligaciones del contribuyente, por tanto ellos deben ser delimitados por el legislador, en su calidad de autoridad que representa el poder soberano popular.

Finalmente adujo que, dado el enfoque adoptado para el estudio del problema jurídico planteado, era innecesario e irrelevante entrar a analizar la legalidad de los actos precontractuales demandados, esto es, de la resolución que ordenó la apertura de la referida licitación pública y demás actos separables del contrato, excepción hecha del acto de adjudicación, -acto administrativo de carácter definitivo-, el que igualmente fue declarado nulo. Así mismo, ordenó al entonces Alcalde del Municipio de Santiago de Cali, liquidar el contrato en el estado en que se encuentre.

4.1 Situación del contrato con posterioridad al fallo emitido en el proceso ordinario.

Como quiera que contra la sentencia que declaró la nulidad del contrato de prestación de servicios **No. DAHM-GAA-015-05 DE 2005**, la parte demandada interpuso recurso de apelación ante el Consejo de Estado, dicho contrato aún se encuentra vigente y continúa surtiendo efectos en el recaudo tributario del Municipio de Santiago de Cali, pese a que la Administración tiene conocimiento del objeto ilícito del mismo, sin embargo ninguna actuación ha adelantado para dar por terminado dicho negocio jurídico, permitiendo la continuación de su vigencia y efectividad del objeto, sin que haya hecho uso del poder coercitivo de que está investida constitucionalmente y por el estatuto contractual en varias de sus disposiciones, en especial la contenida en el numeral primero del artículo 17, por cuanto el contrato dejó de cumplir con la finalidad prevista en el artículo 3 ibídem.

V. Facultad del juez popular respecto de la legalidad del contrato

Conforme a las precisiones anotadas anteriormente se encuentra entonces que, el juez natural del contrato en discusión ya se pronunció sobre su legalidad al declarar la nulidad del mismo por objeto ilícito, mediante la sentencia del 2 de diciembre de 2008, por tanto este juzgador no puede volver a revisar el contrato en cuanto a ese aspecto, como lo pretende el Municipio de Cali en su recurso de apelación, en el que sugiere revisar a la

Sala el tema de la delegación administrativa, cuando tiene conocimiento que dicho cargo fue ampliamente analizado por el juez natural del contrato.

De igual forma, precisa la Sala que en aplicación del precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C- 644 de 2011, el Juez de la acción popular no es competente para declarar la nulidad de un contrato estatal por la presunta vulneración de derechos colectivos, por cuanto tal facultad se encuentra reservada a la jurisdicción Contencioso Administrativa. No obstante, dicha jurisprudencia advierte que en aplicación del nuevo código de procedimiento administrativo, el Juez constitucional está facultado para adoptar cualquier "medida material", que esté a su alcance para proteger los derechos colectivos amenazados o vulnerados, con ocasión de la actividad contractual del Estado.

En consideración a lo anteriormente expuesto, este juzgador evaluará si en el sub lite, la celebración del contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA 015-05 de febrero 11 de 2005, vulnera el derecho colectivo a la moralidad administrativa alegado por el accionante, para lo cual analizará los documentos aportados al plenario, los que gozan de valor probatorio pese a que algunos fueron allegados en copias simples, toda vez que ninguna de las partes en la oportunidad procesal respectiva, no cuestionó su veracidad o autenticidad.

VI. Lo probado en el caso concreto

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, el Alcalde del Municipio de Cali y el representante legal de la UNION TEMPORALL SICALI-integrada por las empresas SISTEMAS Y COMPUTADORES S.A, CKNET LTDA, INGENIEROS CONSULTORES, INTERVENTORES, CONSTRUCTORES LTDA-INGOS LTDA, LINKS S.A, suscribieron el contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA-015-05 de fecha febrero 11 de 2005, cuyo objeto es la prestación del servicio para la modernización y optimización de la gestión tributaria a cargo de la administración municipal de Santiago de Cali, el cual comprende los siguientes tributos: " Impuesto Predial Unificado incluyendo carteras vigentes y vencidas, sanciones e intereses concomitantes, Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y tableros incluyendo carteras vigentes y vencidas, sanciones e intereses concomitantes. Otros tributos e ingresos municipales como: Rentas, Tasas, Contribuciones, Multas, Rifas y Clubes, Publicidad Exterior visual, Espectáculos públicos del Deporte, contribución de valorización, Estampilla prodeportes, cuyo alcance incluye carteras vigentes y vencidas, sanciones, multas e intereses, facturación y formularios. Las actividades de cobro persuasivo y de apoyo en los procesos por jurisdicción coactiva en aquellos tributos, rentas e ingresos generadores de cartera.

De la lectura de los términos de referencia que dieron origen al citado contrato, se encuentra que en su capítulo IV, numerales 4.1.3 denominado "PLANTEAMIENTO DE PROCEDIMIENTOS Y ACTIVIDADES" se estableció que si bien las actividades de cobro coactivo y fiscalización no podían ser delegadas al contratista, éste debía proponer actividades de apoyo, sustanciación y de asesoría para el desarrollo de tales actividades (fl. 202 C. 4A).

A su vez, los informes de gestión elaborados por la UNION TEMPORAL SICALI que datan de los años 2005-2006, demuestran que efectivamente, esta firma privada, asumió las actividades de recaudo de los tributos municipales que fueron señalados en el objeto del contrato No. DAHM-GAA-015-05 de 2005. Así mismo, se encuentra que SICALI apoyó en actividades de cobro persuasivo por la vía telefónica y en el envío de facturas de cobro de los acuerdos de pago con más de 1 cuota vencida obteniéndose al mes de abril de 2006 la suma de \$ 695.202.606.

Dentro de las actividades desarrolladas por SICALI para el apoyo del cobro coactivo de los distintos tributos municipales, se encuentran las siguientes. Contestación de derechos de petición, Solicitudes de levantamiento de Gravamen, comunicaciones, resolución de Recursos de Reposición y de apelación, solicitudes de Prescripción de la acción de cobro, Solicitudes de levantamiento de Embargo Predial, Excepciones a los mandamiento de pago predial, Solicitudes varias del impuesto Predial, Solicitud de Reconocimiento de Personería, solicitud de Embargo de Remanentes, confrontación de expedientes, recaudo y depuración de cartera entre otros.

En efecto, según consta en el "Resumen de actividades de apoyo" presentada por SICALI al Municipio de Cali en abril de 2006, se encuentra lo siguiente:

"(...)

Concepto Solicitudes	PREDIAL		ICA		VALORIZACIÓN		TOTAL		% EFECT
	Rad.	Resp.	Rad.	Resp.	Rad.	Resp.	Rad.	Resp.	
Derecho de petición	119	118	1	1	4	3	124	122	98%
Solicitud embargos remanentes	4	4					4	4	100%
Solicitud Prescripción de la acción de cobro	25	21	5	1			30	22	73%
Solicitud levantamiento de Embargo	28	23					28	23	82%
Excepciones mandamiento de pago	12	5	1	1			13	6	46%
Solicitudes varias	35	35	8	8			43	43	100%
Solicitudes Personería Municipal	11	11					11	11	100%
Revisión de cuenta coactivo	2	2	13	5			15	7	47%
Comunicación de otras dependencias	38	17	5	0			43	17	40%
Recurso de Reposición			4	4			4	4	100%
Solicitud levantamiento de Gravamen					54	41	54	41	76%

y embargo									
Solicitud Terminación de proceso contribución de valorización					5	5	5	5	100%
TOTAL	274	236	37	20	63	49	374	305	82%

...
6.1.2 Apoyo en la suscripción de Convenios de pago que figuran con proceso de jurisdicción coactiva:

De acuerdo a la resolución aprobada que reglamenta las condiciones y requisitos de suscripción de Convenios de Pago, aquellos predios o contribuyentes que figuran con procesos de jurisdicción coactiva tienen requisitos especiales para la suscripción de Convenios de Pago y por esta razón sólo se están realizando por la Unidad de apoyo al cobro coactivo por tener control sobre el cumplimiento de requisitos.

En el siguiente cuadro se muestran los convenios realizados en el mes de marzo en el Impuesto Predial Unificado.

RECAUDOS CONVENIOS MARZO DE 2006	
IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO	
Total no convenios realizados	1
Total valor convenio	\$43.346.452
Total valor cuota inicial del 10%	\$ 4.334.644
Promedio numero de cuotas	48
Promedio valor cuota	\$812.746

(...):

Respecto de la gestión desarrollada como apoyo a la función de FISCALIZACIÓN, se destacan las siguientes actividades de apoyo realizadas por SICALI en el año 2006:

"7. APOYO FISCALIZACIÓN

Actividades de Relevantes de marzo de 2006.

- En desarrollo del programa Control Deducciones de Industria y Comercio por Auditoria Externa, (Programa de Inexactos) se apoyó en la evacuación de 202 expedientes, de los cuales 105 con pruebas satisfactorias y los 97 restantes presentaron la corrección propuesta; éstas últimas arrojaron una gestión efectiva de \$208.181.000.
- Continuando con el apoyo al programa de Cancelaciones de Registro de Industria y Comercio, se apoyó en el mes de marzo la realización de 52 Actas Visitas de Verificación.
- De igual forma y continuando con el apoyo al programa de "Verificación de Espectáculos Públicos"; se apoyó en la realización durante el mes de marzo del 2006 de 21 comisiones, generando una base gravable de \$927.881.189 para un impuesto esperado de Espectáculos Públicos de \$59.597.611 y del Impuesto al deporte de \$21.923.962. El valor del recaudo efectivo de Espectáculos Públicos por tesorería correspondiente al periodo de marzo de 2006, asciende a la suma de \$ 252.854.000.
- Se remitió al Área Jurídica fotocopia de la póliza que garantiza el pago del impuesto del Espectáculo Público del Municipio, por el evento denominado TOUR RBD; para que se procediera con la proyección de la Resolución por Incumplimiento en el pago del impuesto, de la misma forma se apoyó en la notificación del Emplazamiento para declarar por el mencionado evento.

- Con respecto a las respuestas de los contribuyentes con ocasión a la Resolución 1612 (Medios Magnéticos), a la fecha han sido radicadas por PQR 616 respuestas, de las cuales 291 corresponden a solicitudes de prorrogas y 395 han enviado la información solicitada aportando el CD ROOM y/o el Disquete. De las 291 solicitudes de prorroga se apoyo en la evacuación de 216, quedando pendientes 75 solicitudes por resolver.
- Por el Modulo de Gestión y Control se han radicado 2.124 respuestas a los oficios persuasivos para declarar; de los cuales 1.492 contribuyentes han presentado las declaraciones con un valor de impuesto a cargo de \$239.125.000, y 632 contribuyentes han dado respuesta sin presentar la respectiva declaración.

(...)

7.1.1 INDUSTRIA Y COMERCIO.

7.1.1.1 Programas de Revisión.

Dentro del programa de revisión en el mes de marzo de 2006, se desarrollaron las siguientes actividades de apoyo en los programas de Cancelación del registro de ICA, Programa de Inexactos y medios magnéticos.

A continuación se detallan las actividades de apoyo de la unidad de fiscalización.

- **Programa de Cancelación del registro de industria y comercio.**

El saldo a febrero 28 de 2006 de las radicaciones de PQR por cancelaciones de registro de Industria y Comercio ascendía a 757, durante el mes de marzo se apoyó en la realización de 52 visitas, quedando un saldo de 705 solicitudes por resolver; dicho saldo fue trasladado al área de Determinación para realizar el proceso de cancelación masiva de dichos registros, bajo la coordinación del Municipio.

- **Programa de inexactos.**

La Unidad de Fiscalización de Si Cali, apoyó entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2006 la proyección de las siguientes actuaciones dentro del programa de Inexactos de Industria y Comercio.

ACTOS PROYECTADOS	ENERO	FEBRERO	MARZO	ACUMULADO
Autos de apertura	2	4	2	8
Autos de verificación	2	4	2	8
Requerimientos ordinarios	26	10	1	37
Requerimientos especiales	4	1	13	18
Emplazamiento para corregir	4	83	180	267
Autos de archivo por corrección declaración	58	89	97	244
Auto de archivo por prueba satisfactoria	117	162	105	384
Emplazamiento para declarar	0	0	0	0
Pliego de cargos	0	0	1	1
Inspección Contable	0	1	0	1
Verificaciones cancelación de registro	69	18	52	139
Verificaciones espectáculos públicos	64	51	21	136
Autos de verificación o cruce con terceros	0	4	0	4
Autos de inclusión	426	156	2	584
Autos de exclusión	0	67	0	67

<i>Autos de Inclusión de Esp. Públicos</i>	0	16	0	16
<i>Auto archivo Espectáculos públicos</i>	0	0	12	12
<i>Emplaza/to para Corregir Esp. Públicos</i>	0	0	14	14
<i>Emplaza/to para Declarar Esp. Públicos</i>	0	0	20	20

(...)"

En cuanto a la función de determinación de impuestos se destacan las siguientes actividades realizadas por SICALI:

"(...) Actividades relevantes del mes de abril de 2006.

La Unidad de Apoyo a Determinación en cumplimiento de los objetivos suscritos en el contrato de prestación de servicios, en el mes de abril de 2006, apoyó las diversas actuaciones propias del área (Liquidaciones Oficiales, Resoluciones, etc.), encaminadas a mejorar el potencial del recaudo tributario del Municipio en un valor aproximado a los \$1.517.687.000.

Como consecuencia de lo anterior, se proyectaron setenta y dos (72) liquidaciones Oficiales de Aforo y seis (6) Liquidaciones Oficiales de Revisión.

En el marco de la cancelación de registros de Industria y Comercio, como apoyo al área de Cuenta Corriente, se revisaron trescientas cinco (305) solicitudes las cuales se enviaron a la Unidad de Apoyo a Fiscalización para la realización del apoyo a las visitas correspondientes. De igual forma, se proyectaron doscientos veintiocho (228) resoluciones de cancelación del registro de industria y comercio...

8.1.4 Resumen del apoyo brindado en los actos Administrativos proyectados:

En el siguiente cuadro se muestra el resumen de las actividades desarrolladas durante los primeros cuatro meses de 2006, en lo correspondiente a los actos proyectados:

No.	PROYECCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	ACTOS				TOTAL
		ENE	FEB	MAR	ABR	
1	Liquidación Oficial de Aforo	31	10	49	72	162
2	Liquidación Oficial de Revisión	10	18	37	06	71
3	Liquidación Oficial de Aforo de Espectáculos Públicos		02	03		05
4	Resolución sanción por no declarar Espectáculos Públicos		04	03		07
5	Auto de archivo por prueba satisfactoria		02	01		03
6	Liquidación Oficial de Corrección	02		01		03
7	Resolución de Autoretenedor	01		03		04
8	Resolución sanción por no declarar Reteica			06		06
9	Resolución Cancelación ICA				228	228

(...) (Fl.2 Cuaderno 4. CD -A2 INFORMES DE GESTION).

Los documentos analizados en el plenario, demuestran que SICALI, además de ejercer funciones de fiscalización y determinación de los impuestos municipales, también ha desempeñado funciones de jurisdicción coactiva, pues las cifras presentadas en sus informes de gestión, recaudadas para los años 2005-2006 demuestran que la administración municipal ha permitido que particulares desplieguen la prerrogativa exorbitante y excepcional de cobrar administrativamente sus acreencias, por ello el argumento de los demandados respecto de que la labor del contratista sólo consistió en una función de apoyo, no resulta válido para considerar que la Administración continuaba conservando tales funciones, pues ésta se ha limitado a cumplirlas de manera supletiva y formal, siendo el contratista quien tiene el control de aquellas.

Bajo dicho panorama, encuentra la Sala que en el presente caso, conforme lo estimó el juez ordinario, el objeto del contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA-015 DE 2005, ciertamente es ilícito, por cuanto, si bien los demandados alegan que dicho contrato era de gestión, asesoría y prestación de servicios, es evidente que la UT SICALI, terminó realizando funciones que constitucional y legalmente les estaba vedado encomendar a los particulares.

Respecto al objeto ilícito en los contratos estatales, el artículo 44⁶² de la ley 80 de 1993, dispone que éstos son nulos tanto de acuerdo con los casos previstos en el derecho común, como los establecidos por el citado estatuto contractual. Dicha disposición es congruente con lo establecido en el artículo 13 de la misma ley, "toda vez que rige para la contratación estatal lo que al respecto consagren las normas civiles y comerciales, razón por la cual al estudiar las causales de nulidad, hay que incluir las que correspondan al tipo de contrato que haya de celebrarse y a las reglas generales sobre la capacidad, el consentimiento válido, el objeto lícito y la causa lícita"⁶³

⁶² **Artículo 44º.-** De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley.

⁶³ Juan Ángel Palacio Hincapié. "Derecho Procesal Administrativo". Tercera Edición. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. 2002, p. 307.

El artículo 1518 del código civil, dispone que " si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

De igual forma, en el artículo 1519 ibidem dispone que "*hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...*", es decir toda actuación que sea contraria al ordenamiento jurídico.

Respecto del objeto ilícito en los contratos la doctrina concuerda en manifestar que este se configura cuando determinado acto jurídico carece de posibilidad, determinación y es contrario a la ley, al orden público y las buenas costumbres, siendo sancionado con la declaratoria de nulidad absoluta. De la misma manera en el derecho comparado se encuentra que los doctrinantes coinciden en manifestar que "*hay objeto ilícito en todo acto contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres*"⁶⁴

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado, al estudiar las nulidades provenientes de objeto ilícito, en sentencia de 1º de agosto de 2002. Ref.: Exp. No. 21.041 - Laudo Arbitral, Actor: Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P., Demandada: Termorio S.A. E.S.P., sostuvo lo siguiente:

" (...) de conformidad con el ordenamiento jurídico que gobierna la práctica contractual, a términos de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil: **"Hay 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"; de igual manera, **"hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes"** (artículo 1523 ibidem - destaca la Sala).

Por consiguiente, carece de validez todo acuerdo contractual que quebrante tales prescripciones normativas, bien que las partes que lo celebren sean particulares o entidades estatales, pues, al respecto, el artículo 6º de esa misma codificación estatuye:

"Artículo 6.- Sanción legal y nulidad. La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

"En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa.

⁶⁴ "(la licitud del objeto) es el requisito más importante y el que puede tener mayor aplicación práctica...El artículo 1466 (Código Civil Chileno) termina diciendo que en términos generales hay objeto ilícito 'en todo contrato prohibido por las leyes'. Es la regla general, amplia. Sin embargo en doctrina podría decirse que hay objeto ilícito en todo acto contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres...Si el artículo 1466 (del Código Civil Chileno) establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, con mayor razón lo hay cuando viene a transgredir el derecho público, representado por la Constitución Política. Aplicando este artículo la Suprema resolvió que un contrato de suministro de forraje para las tropas revolucionarias de 1891 adolecía de objeto ilícito, porque no se habían dictado los presupuestos que lo autorizaran" (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuentes de las obligaciones, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1993, Pág. 239).

Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas aparte de las que se estipulan en los contratos." (se subraya).

Es cierto que todo contrato legalmente celebrado es "ley" para las partes, pero, precisamente, sólo aquellos que sean convenidos "legalmente", mas no los que contravengan el ordenamiento jurídico, porque en tal evento, bien pueden ser anulados por el juez (artículo 1602 Código Civil); peor aún cuando mediante el acuerdo de voluntades se pretende desconocer o derogar las normas y principios de derecho público, situación ésta respecto de la cual el Código Civil expresamente preceptúa:

"Artículo 16.- Normas irrenunciables. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres" (subrayado adicional).

Con mayor razón si se trata, como en el presente caso, de contratos estatales, porque, según se expuso atrás, en ellos están no solo interesados, sino, directa y esencialmente comprometidos, el orden y el interés públicos, dado que la actuación estatal siempre ha de estar orientada por el principio de legalidad. En efecto, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 6º, 121, 122 y 123 de la Carta Política, toda la actuación del Estado, incluida en ella, por supuesto, la contractual, está sujeta a las prescripciones constitucionales y legales que determinan las funciones de sus órganos y autoridades y la forma de ejercerlas.

Así por ejemplo, la competencia para celebrar contratos deviene de la ley, y ésta misma, a la vez, delimita el margen de la autonomía de la voluntad, fija requisitos, establece prohibiciones y señala responsabilidades. En ese sentido, a la administración pública y mucho menos a los particulares, les han sido asignados poderes de disposición respecto del ordenamiento jurídico que regula su actuación, la cual es de derecho público y, por lo mismo, de orden público.

Es por ello por lo que, en orden a preservar el principio de legalidad y seguridad jurídica en las relaciones contractuales, el juez tiene la potestad de declarar la nulidad absoluta de los contratos, cuando quiera que aparezca plenamente probada en el proceso, la cual puede ejercer a petición de parte o de oficio, materia ésta sobre la cual, el legislador calificó como causal de nulidad absoluta la proveniente de objeto ilícito (artículo 1741 del Código Civil)⁶⁵.

Respecto al objeto ilícito en los contratos estatales, como causa de violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en sentencia de fecha 9 de Diciembre de 2003, radicación nº 25000-23-26-000-2002-1204-01 (AP) IJ, M.P CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE sostuvo lo siguiente:

" Las pruebas reseñadas evidencian que la conducta que desplegó desde un comienzo Fernando Londoño Hoyos para lograr la adquisición de las acciones de Invercolsa contravino abiertamente las normas jurídicas que regían el proceso de democratización de la propiedad accionaria de Ecopetrol; al invocar, sin tenerla, la calidad de extrabajador, para aceptar la Oferta Especial de venta de acciones, violó en primer término las normas que en este caso particular enumeraban los beneficiarios preferenciales y que limitaban a éstos las condiciones especiales. Las normas lesionadas forman parte del derecho público de la Nación, y por tanto, las conductas contractuales que les sean contrarias tienen objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil. Por lo tanto, resulta de forzosa aplicación el artículo 1525 idem. La consecuencia jurídica de haberse realizado esta adquisición contrariando lo dispuesto en las normas citadas es, según el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 226, la ineficacia del contrato de compraventa de acciones, a

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1º de agosto de 2002. Ref.: Exp. No. 21.041 - Laudo Arbitral, Actor: Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P., Demandada: Termorio S.A. E.S.P.

causa de su ilicitud, que lo hace absolutamente nulo. Desde luego que la conducta en examen constituye una irregularidad en la contratación, que lesiona la moralidad administrativa; Fernando Londoño Hoyos fue su protagonista al aparentar una calidad que no poseía y beneficiarse del precio fijo reservado a los destinatarios preferenciales de la primera fase de la venta, sustrayéndose ventajosamente a la competencia o puja que habría tenido que afrontar en la subasta que habría de realizarse en la segunda fase, única en que le era lícito participar. Se hizo, a beneficios contractuales que no le concedían las leyes. La venta de las acciones al precio fijo también lesionó el patrimonio público. El perjuicio es más tangible teniendo en cuenta que las acciones causaron dividendos que no debieron percibir sus adquirentes irregulares. Al momento de realizarse la dación en pago por parte de Fernando Londoño Hoyos a AFIB, se encontraba inscrita la medida cautelar en el Registro de Accionistas de Invercolsa S.A., es decir, que las acciones que pretendía enajenar se encontraban en litigio y, en consecuencia, ni él podía transferirlas ni el acreedor adquirirlas sin la autorización de la Junta Directiva y del juez. AFIB S.A. era sabedora de la existencia del litigio propuesto por Ecopetrol. No tuvo, entonces, buena fe en esa transacción. En estas condiciones, debe asumir las consecuencias de este fallo. Además, como sucesora en los derechos del acreedor inicial (Banco del Pacífico), le es oponible el conocimiento que necesariamente tuvo éste sobre la negociación proyectada.

La Sala acoge este análisis jurisprudencial, pues su lógica también es aplicable al caso concreto, en el sentido que todo acto jurídico contrario al ordenamiento constitucional y legal, al orden público y a las buenas costumbres está revestido de objeto ilícito y por consiguiente carece de validez, máxime si se trata de contratos estatales, donde no solo están involucrados los extremos de la relación contractual, sino, directa y esencialmente comprometidos, el orden y el interés públicos, dado que la actuación estatal siempre ha de estar orientada por el principio de legalidad.

De todo lo expuesto anteriormente, se encuentra entonces que el Municipio de Santiago de Cali y la UT SICALI han vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa no solo por suscribir un contrato manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, desconociendo los límites establecidos por éste respecto a la delegación de funciones administrativas a particulares, en el sentido de encomendar funciones tributarias a una firma privada, sin prever que sobre dicha materia existe reserva constitucional y legal, y que por tanto, únicamente compete ejecutarla al Estado, sino por permitir su continuidad en el tiempo, a sabiendas de la existencia del aludido vicio.

En este sentido, el juez popular no puede permitir la permanencia de un contrato cuya ilicitud afecta el derecho colectivo a la moralidad administrativa, razón que justifica la adopción de medidas para su preservación. En efecto, es contrario a la moral administrativa que el Municipio de Santiago de Cali, pese a la existencia de anomalías en la adjudicación del contrato, las que previamente fueron advertidas por los órganos de control territorial, y pese al pronunciamiento de la jurisdicción sobre la licitud del mismo, no haya tomado decisiones definitivas para evitar su continuidad, tal como la consagrada

en el artículo 17⁶⁶ de la ley 80 de 1993. Sin embargo, dicha medida no podrá ser ordenada por este juez constitucional, en tanto que ella, por ser eminentemente discrecional de la administración contratante, sólo a ella le asiste competencia para su realización.

Así pues, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto amparó el derecho colectivo a la moral administrativa, pero se modificarán los numerales dos y tres, en el sentido de ordenar la suspensión inmediata y definitiva de los efectos jurídicos del contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA-015 DE 2005, sin condicionar la orden de suspensión a la posterior definición de legalidad del citado contrato, por parte de la jurisdicción contenciosa, pues la acción popular es autónoma de la acción ordinaria, y por tanto las medidas que aquí se adopten son independientes de las que pueda tomar el juez ordinario al definir sobre la validez del contrato.

La orden antes impartida resulta idónea para evitar que el derecho a la moral administrativa continúe vulnerándose por las entidades demandadas, por cuanto la ejecución del contrato enjuiciado está afectando ostensiblemente los intereses públicos de la comunidad, pues se encuentra acreditado que los funcionarios que lo suscribieron y las administraciones municipales que han permitido su ejecución, han obrado de forma manifiestamente contraria a la moral pública, poniendo en grave riesgo el patrimonio del Municipio al celebrar un contrato que resulta excesivamente oneroso, que no cumple con las exigencias del servicio conforme a los fines de la contratación estatal, defrauda la confianza de los administrados y a que las acreencias adeudadas a la administración sean cobradas directamente por ella y no por particulares.

⁶⁶ **Artículo 17º.-** De la Terminación Unilateral. Reglamentado por el Decreto Nacional 1436 de 1998. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-454 de 1994, en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.

3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio

VII. Incentivo económico

En esta instancia, centra su inconformidad el accionante en la negativa del A quo al reconocimiento del incentivo económico, pues a su juicio el derecho estipulado en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, seguirá vigente hasta el agotamiento de las actuaciones judiciales iniciadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1425 de 2010. Advierte por lo tanto, que la demanda que dio origen a la presente acción popular, fue instaurada en fecha anterior a la Ley 1425 de 2010, por lo que le asiste derecho a que se le conceda el reconocimiento del incentivo, pues la disposición que la derogó solo surte efectos hacia el futuro y no puede aplicarse frente a las acciones populares interpuestas con anterioridad a su vigencia, en virtud al principio general de la irretroactividad de la ley.

Para definir la controversia planteada debe a su vez la Sala precisar inicialmente si en el presente caso debe darse aplicación al artículo 39 de la Ley 472 de 1998, puesto que con la entrada en vigencia de la ley 1425 de 2010, se derogó el citado artículo y todas las normas que le sean contrarias.

El artículo 39 de la Ley 472 de 1998 preceptuaban lo siguiente:

"ART. 39. —Incentivos. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.

Quando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos."

El citado artículo fue derogado por la Ley 1425 del 29 de diciembre de 2010, la que en su tenor dispone:

"ARTÍCULO 1o. Deróguense los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998.

ARTÍCULO 2o. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias."

Sea lo primero señalar que la disposición derogada correspondía a una norma de carácter sustancial, es decir aquella que establece un presupuesto jurídico que reconoce un derecho subjetivo y a su vez define su alcance para el destinatario de la norma, para que este pueda adecuar su conducta al presupuesto señalado o ser destinatario de un determinado derecho.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha sostenido que "... se entiende por norma sustantiva la que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse, indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por norma adjetiva aquella que señala los ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias".⁶⁷

En nuestro ordenamiento jurídico por principio general, la aplicación de las normas en el tiempo, tanto en materia sustancial como procesal, es inmediata en atención al principio de irretroactividad de la Ley. En tal virtud, la vigencia de las leyes se entiende que comienza con su promulgación, y fenecce con su derogatoria, garantizando así el principio de seguridad jurídica para los asociados.

La seguridad jurídica en cuanto a normas de carácter sustantivo, se predica respecto de su vigencia, es decir que los derechos subjetivos, obligaciones y responsabilidades que las personas consolidaron en vigencia de una determinada Ley, constituyen situaciones en las cuales rige el principio de no retroactividad de la Ley, pues con ello se garantiza a las personas que los derechos, las decisiones y las consecuencias jurídicas adoptadas en vigencia de normas de tal naturaleza, se respetarán y mantendrán, sin que disposiciones futuras del legislador puedan sorprenderlos desconociendo lo ya consolidado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 58 de la Constitución Política.

Por el contrario, la Ley procesal, por ser de orden público por regla general tiene aplicación inmediata, y opera así en todas las ramas del derecho, pues de conformidad con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Es evidente entonces, que la aplicación de las Leyes en el tiempo está gobernada por el principio de seguridad jurídica, el que si bien no está consagrado expresamente en una norma positiva, se entiende que es una garantía constitucional mediante la cual se somete a las autoridades públicas al ordenamiento jurídico, permite tener certeza en las actuaciones de los operadores jurídicos al adoptar sus decisiones, da firmeza al derecho y tranquilidad a los destinatarios de las normas y asegura el cumplimiento de los fines del estado para la obtención de un orden justo donde todas las autoridades respeten los derechos fundamentales de las personas.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de noviembre de 1988. Expediente 1874.

Sobre el particular la Corte Constitucional, ha establecido que la seguridad jurídica, "si bien no está prevista en una norma de derecho positivo, se trata de un valor fundamental propio del ámbito jurídico, pues con él se somete a las autoridades públicas al ordenamiento normativo y se da certeza a los destinatarios de las decisiones judiciales, mediante la publicidad y la declaración sobre la improcedencia de nuevos recursos"⁶⁸. Acerca de esta materia el profesor Antonio Pérez Luño, en su obra *La Seguridad Jurídica*, citada por la Corte Constitucional en el Auto 232 de 2001, explica:

"La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el saber a qué atenerse es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico (...) A los solos efectos de contribuir a despejar, en lo posible, la frondosidad conceptual de la seguridad jurídica entiendo que pudiera ser provechoso distinguir dos acepciones básicas del término. En la primera, que responde a la seguridad jurídica stricto sensu, se manifiesta como una exigencia **objetiva** de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En la segunda, que representa su faceta **subjetiva**, se presenta como **certeza del Derecho**, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho"⁶⁹.

Sobre el mismo tema, en sentencia de Unificación 014 del 2001, la alta Corporación precisó lo siguiente:

"En la sentencia C-543 de 1992 la Corte señaló que la seguridad jurídica se erige en pieza fundamental para asegurar un orden justo:

"La introducción de elementos que desconozcan este postulado y que, por tanto, lesiona el valor de la seguridad, impide la vigencia del orden justo al que aspira la Carta Política tanto en el Preámbulo como en su artículo 2º, pues el logro de aquél exige momentos de definición judicial que otorguen al conglomerado la **confianza en lo resuelto**, sin el albur de nuevas y siempre posibles acciones que provoquen la indefinida reanudación de procesos nunca culminados" (Negrillas fuera del texto).

En este orden de ideas, se ha entendido, como se expuso en el fundamento 4 de esta decisión, que la seguridad jurídica que sirve de sustento para lograr un orden justo no puede ser el resultado de un proceso en el cual se viole, en los términos arriba indicados, el debido proceso. Sin embargo, el orden justo derivado de la actuación judicial no se logra con la mera tramitación de procesos sin violación del debido proceso o al dictarse sentencias que respeten la Carta.

El orden justo que propugna la Carta, es aquel en el cual los derechos fundamentales de los ciudadanos son respetados por todas las autoridades del país. En este sentido, el artículo 2 de la Constitución dispone que es fin esencial del Estado "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". Este es un mandato que se impone a todas las autoridades públicas y, por lo mismo, cada uno de los órganos estatales y el Estado en su conjunto tienen la obligación perseguir dicho fin constitucional.

(...)"

⁶⁸ Auto No. 096 de 2004. M.P. Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES

⁶⁹ Antonio Enrique Pérez Luño. *La seguridad jurídica*, 2ª ed., Madrid, Ariel, 1994, p 11, 27, 28 y 29.

Así pues, es claro que el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, que consagraba el derecho para el actor popular de obtener un incentivo económico, fue derogado por la ley 1425 de 2010, la que entró a regir el día 29 de diciembre de 2010, además también es innegable que la demanda se presentó antes que dicha norma entrara a regir, no obstante, este evento se presentó en el transcurso del proceso, al punto que la sentencia estimatoria de las pretensiones, fue emitida en vigencia de la aludida norma.

Por ello, como al momento de la definición de la procedencia del incentivo, es decir a la emisión de la sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, jurídicamente ya no existía el derecho del actor popular a ser beneficiario del incentivo, debe concluir la Sala, que no le está permitido la Juez Popular la aplicación de una norma derogada.

En consecuencia, la sentencia del a quo será confirmada en cuanto a la negación del incentivo económico, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Por lo anterior, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, Sala Jurisdiccional de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VIII. F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR los numerales dos y tres de la sentencia No. 44 de fecha 25 de marzo de 2011, proferida por el JUZGADO 7º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI, que amparó el derecho colectivo a la moral administrativa vulnerado por el MUNICIPIO DE CALI y la UT SICALI, los cuales quedarán así:

*"SEGUNDO.- **SUSPENDER** en forma inmediata y definitiva la ejecución del contrato de prestación de servicios No. DAHM-GAA-015-05 – celebrado el 11 de febrero de 2005, celebrado por el Municipio de Santiago de Cali y LA UNION TEMPORAL SI CALI, según lo expuesto en esta providencia.*

*TERCERO. **ORDENAR** en consecuencia, a la Administración Municipal, retome en un término no mayor de tres (3) meses la función administrativa de gestión tributaria que le fue delgada a la **UNION TEMPORAL SI CALI**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

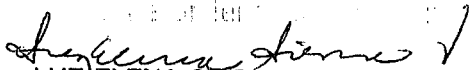
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia No. 44 de fecha 25 de marzo de 2011, proferida por el JUZGADO 7º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI en los demás numerales.


TERCERO. Una vez ejecutoriado este fallo, copia del mismo a la Oficina de Registro Público de Acciones Populares y de Grupo de la Defensoría del Pueblo Regional Valle del Cauca, en acatamiento a lo preceptuado por el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

CUARTO: Por la Secretaría de la Corporación, una vez ejecutoriada la presente providencia, remítase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

Sentencia discutida y aprobada en Sala Jurisdiccional de Decisión número nueve (9) de la fecha.


LUZ ELENA SIERRA VALENCIA


CARLOS ARTURO GRISALES LEDESMA


ADRIANA BERNAL VÉLEZ

RECIBIDO
DEL DESPACHO DEL MAGISTRADO

HOY 14 AGO. 2012

SECRETARIA

Sentencia 76-109-33-31-000-01625-01
LESV/mv