



**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA**  
**SALA DUAL DE DECISIÓN**  
**MAGISTRADO PONENTE: LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO**

Aprobado por la Sala en sesión de hoy  
Pereira, treinta y uno de julio de dos mil veinte

<b>Providencia:</b>	Sentencia primera instancia
<b>Radicado:</b>	66001-23-33-000-2012-00119-00
<b>Medio de control</b>	Reparación directa
<b>Demandante:</b>	Consortio Impuestos y Servicios Eficientes - CISE
<b>Demandado:</b>	Municipio de Dosquebradas y Multiservicios S.A. (liquidada)
<b>Temas</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>➤ Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado por nulidad de contrato.</li><li>➤ Efectos de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito – “a sabiendas” de la ilicitud.</li><li>➤ Improcedencia de perjuicios derivados de actuación ilícita - delegación absoluta del cobro de tributos municipales a un particular.</li><li>➤ Principio general “<i>In pari causa turpitudinis cessat repetitio</i>”</li></ul>
<b>Decisión</b>	Niega súplicas

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. DEMANDA<sup>1</sup>

El consorcio de la referencia integrado por las empresas CNID S.A.S. Y SERVIFORMACIÓN S.A. con participación del 60% y 40% respectivamente, a través de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra el Municipio de Dosquebradas y la empresa MULTISERVICIOS S.A. (liquidada), solicitando sean declaradas patrimonial y administrativamente responsables por los presuntos perjuicios ocasionados por la terminación anticipada del contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006, lo que devino en pérdidas para el operador, consorcio CISE, imposibilidad de recuperar la inversión realizada, así como la imposibilidad de obtener la utilidad esperada por la ejecución del contrato, conforme a los siguientes:

### 1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se resumen como a continuación se dispone: (fls. 2 y s.s.):

1.2.1. El día 27 de enero de 2006, el Municipio de Dosquebradas suscribió con la empresa MULTISERVICIOS S.A., el convenio interadministrativo número 008, para el desarrollo del proyecto “fortalecimiento de la estructura tributaria y financiera del

<sup>1</sup> De conformidad con los folios 1 y s.s. del cuaderno 1.

municipio a través de la modernización tecnológica y fortalecimiento de la gestión tributaria". Igualmente, el Municipio de Pereira, celebró con la aludida empresa convenio interadministrativo número 442 cuyo objeto fue "modernización tecnológica, calidad y gestión en el manejo de las rentas municipales".

1.2.2. Para la ejecución de estos convenios, se autorizó a la empresa MULTISERVICIOS S.A. contratar con una empresa privada, el suministro de tecnología y la asistencia técnica, para lograr la modernización técnica y el fortalecimiento de la gestión de recaudo de los Municipios de Pereira y Dosquebradas, mediante un contrato de operación.

1.2.3. Para tal efecto, la empresa MULTISERVICIOS S.A. adelantó el correspondiente proceso de selección del contratista, siendo seleccionado la propuesta presentada por el CONSORCIO CISE, integrado por las empresas CNID S.A.S. Y SERVINFORMACIÓN S.A. con participación del 60% y 40% respectivamente, por lo cual fue celebrado contrato de operación número PSP 046 del 7 de diciembre de 2006, cuyo objeto es "el suministro tecnológico y la asistencia técnica a Multiservicios S.A. para lograr la modernización tecnológica que permita el incremento del recaudo de los impuestos municipales de Pereira y Dosquebradas".

1.2.4. Dentro de los aspectos principales del aludido contrato, el apoderado de la parte actora destaca las siguientes:

- Se fijó como plazo del contrato, el término de 19 años, contados a partir de la suscripción del acta de inicio de ejecución.
- Se estableció que a la fecha de suscripción del acto de inicio de ejecución, el operador debía tener a su disposición personal requerido, así como los equipos, materiales e insumos necesarios para la ejecución de las actividades que conforman el objeto del contrato.
- Por ende, constituía en responsabilidad del contratista, suministrar, mantener y utilizar toda la maquinaria y los equipos necesarios para la ejecución del contrato, así como la totalidad de los programas de computador y demás bienes intangibles requeridos para la realización de las actividades de operación previstas en el contrato, los cuales debía utilizar durante toda la ejecución del contrato.
- En igual sentido, se estipuló en el contrato, que a partir del tercer mes anterior a la expiración de plazo del contrato, las partes darían inicio al procedimiento de terminación de dicho contrato y de revisión de los bienes afectados al mismo, para lo cual, las partes debían elaborar un inventario de bienes, equipos y programas adquiridos por el contratista y destinados a la ejecución del contrato.
- Se estableció como remuneración del contratista: 1) Una comisión fija del ochenta y ocho por ciento (88%), liquidado sobre el cuatro por ciento (4%) de los ingresos causados por el recaudados de impuesto de cada uno de los entes territoriales, hasta cumplir el valor estipulado de marco fiscal definido

en el cuadro número 1 del capítulo V del estudio técnico y se pagaría por mensualidades vencidas, de los años 2006 al 2010, 2) Una comisión variable para los años 2007 a 2010 del ochenta y ocho por ciento, liquidado sobre el veinticinco por ciento (25%) sobre el mayor valor de los ingresos causados por el recaudo de impuesto de cada ente territorial, a partir del momento en que se cumpla la meta de recaudo anual estipulado por el marco fiscal contenido en el cuadro número 1 del capítulo V del estudio técnico y se pagaría por mensualidades vencidas, 3) Una comisión variable para los años 2011 al 2025 del ochenta y ocho por ciento (88%), liquidado sobre el veinte por ciento (20%) sobre el mayor valor de los ingresos recaudados por cada ente territorial, a partir del momento en que se cumpla con la meta estipulada por el marco fiscal contenido en el cuadro número 1 del capítulo V del estudio técnico y se pagará por mensualidad vencidas.

1.2.5. Estando en ejecución el contrato y sin que hubiere expirado el término de finalización, la empresa MULTISERVICIOS S.A. quedó en imposibilidad de dar cumplimiento al contrato celebrado con el Consorcio demandante, en lo referente al pago de la contraprestación, como consecuencia de la decisión adoptada por el Municipio de Pereira de terminar el convenio interadministrativo con MULTISERVICIOS S.A. que había servido de antecedente para la suscripción del referido contrato de operación. Ello, por cuanto el Alcalde del Municipio de Pereira expidió Resoluciones números 5154 del 11 de diciembre de 2008 y 5457 del 22 de diciembre de 2008, a través de las cuales dio por terminado de manera unilateral el convenio interadministrativo número 442 suscrito entre el Municipio de Pereira y Multiservicios S.A.

1.2.6. Bajo tal panorama, ante la imposibilidad de cumplirse con el contrato PSP-46 por parte de la empresa MULTISERVICIOS S.A., el consorcio CISE accedió a su suspensión por 6 meses, mediante acta suscrita el 26 de mayo de 2009, en cual se dispuso: 1) se especificó las fechas de pago de las obligaciones pendientes, 2) sujetaba la suspensión al recibo a satisfacción de las inversiones por parte del Municipio de Pereira y 3) especificaba fecha de suspensión de actividades en el Municipio de Dosquebradas.

1.2.7. Mediante escrito de fecha 3 de noviembre de 2009, radicado el 4 de la misma calenda, la parte actora presentó ante la empresa MULTISERVICIOS S.A., reclamación administrativa, la cual fue adicionada a través del documento de fecha 28 de diciembre de 2009, solicitando el reconocimiento de sobrecostos financieros, la mora en el incumplimiento de diversas obligaciones del consorcio, la imposibilidad de recuperar la inversión inicial y de obtener la utilidad esperada.

1.2.8. El Municipio de Pereira profirió la Resolución número 4607 del 5 de noviembre 2009, por medio de la cual liquidó unilateralmente el convenio interadministrativo número 442 del 27 de enero de 2006, contra dicha decisión la empresa MULTISERVICIOS S.A. interpuso recurso de reposición, el cual fue negado a través de la Resolución número 7853 del 29 de diciembre de 2009, acto administrativo que quedó en firme y se notificó a MULTISERVICIOS el 6 de enero de 2010.

1.2.9. Ante la situación presentada y la consecuente imposibilidad de ejecución del contrato por parte de la empresa MULTISERVICIOS S.A. el Consorcio CISE accedió

a terminar de mutuo acuerdo el contrato de operación PSP-046, en aras de evitar el agravamiento de los perjuicios que se le estaban causando. Dicha terminación se formalizó el 17 de diciembre de 2009, mediante la suscripción del acta de terminación de mutuo acuerdo del contrato de operación PSP 046.

1.2.10. Finalizado el contrato se procedió a su liquidación por mutuo acuerdo, el día 17 de febrero de 2010, en la cual se dejaron las siguientes salvedades:

“Que el CONSORCIO CISE había cumplido con la ejecución de las obligaciones contractuales.

Que según el balance general del contrato, al momento de la liquidación MULTISERVICIOS S.A. adeudaba a CONSORCIO CISE por los servicios prestados y no remunerados hasta esa fecha, la suma de TRES MIL CATORCE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$3.014.262.945), suma ésta que se comprometió a pagar MULTISERVICIOS S.A., a más tardar el día 15 de marzo de 2010.

Que las reclamaciones formuladas por el CONSORCIO CISE, respecto de: i) la inversión inicial, ii) intereses moratorios, iii) servicio prestado en el 2009, y iv) el valor de la indemnización derivada de la privación injusta de obtener la utilidad esperada por ejecutar el contrato hasta la expiración del plazo pactado, no fueron reconocidos por MULTISERVICIOS S.A. por lo que el CONSORCIO CISE se reservó expresamente la facultad de reclamar por la vías legales y judiciales el reconocimiento y pago de estos conceptos”.

1.2.11. Durante la ejecución del contrato, la demandante cumplió a cabalidad el mismo, desarrollando de manera idónea y oportuna todas las obligaciones y actividades a su cargo. En razón a ello, la compañía GLOBAL CORPORATION S.A. quien ejercía la interventoría al contrato de operación PSP 46 expidió certificación de fecha 17 de febrero de 2010, en la cual se señaló que el Consorcio CISE cumplió con la ejecución de sus obligaciones contractuales hasta ese momento, sin incumplimiento alguno.

1.2.12. Mediante acta de terminación anticipada de mutuo acuerdo, el día 30 de julio 2010, MULTISERVICIOS S.A. y el Municipio de Dosquebradas dieron por finalizado el convenio interadministrativo número 008 de 2006 suscrito entre estos.

1.2.13. Con posterioridad a la terminación y liquidación del contrato de operación PSP 046 la empresa MULTISERVICIOS S.A. le prestó directamente el servicio bajo el convenio interadministrativo 008 al Municipio de Dosquebradas, hasta la terminación de dicho convenio, con los bienes, equipos, programas e inversiones de propiedad de CISE, sin que el Municipio de Dosquebradas ni MULTISERVICIOS hayan compensado o pagado el valor de ellos al CONSORCIO.

1.2.14. Que al momento de la terminación del contrato de operación, la empresa MULTISERVICIOS S.A. le adeudaba al consorcio CISE la suma de \$689.880.643.81, por concepto de remuneración pendiente de pago por el saldo de la ejecución del contrato respecto del servicios prestado al Municipio de

Dosquebradas, suma respecto de la cual se llegó a un acuerdo de pago entre las partes, el día 13 de junio de 2011.

1.2.15. El día 14 de junio de 2011, ante la Procuraduría 151 Judicial Penal II de Pereira, se celebró conciliación extrajudicial entre el Municipio de Dosquebradas y la Empresa MULTISERVICIOS S.A. y el CONSORCIO CISE, mediante la cual, el ente territorial se comprometió a pagar al demandante la suma de \$3.500.000.000.oo por concepto de servicios prestados y no remunerados hasta la terminación del contrato, así como la compensación de los equipos y bienes inmateriales adquiridos por el consorcio y destinados para la operación del servicio, por virtud de lo cual, el CONSORCIO CISE renunciaba a cualquier reclamación adicional.

1.2.16. Mediante providencia del 15 de marzo de 2012, esta Corporación decidió improbar el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes, de esta manera quedó agotado el requisito de procedibilidad referente a la conciliación prejudicial.

### **1.3. PRETENSIONES**

Conforme a lo dilucidado a folios 20 y s.s., se dejado sentado lo siguiente:

#### **1.3.1. Principales**

1.3.1.1. Que se declare que la empresa MULTISERVICIOS S.A. y el Municipio de Dosquebradas son responsables de los perjuicios causados a los integrantes del CONSORCIO CISE, como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006, los cuales están representados por los siguientes conceptos: 1) la imposibilidad de recuperar la inversión realizada única y exclusivamente para la ejecución del contrato y conforme a la obligación establecida en el mismo, 2) la imposibilidad de obtener la utilidad esperada por la ejecución del contrato.

1.3.1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las demandadas a pagar de manera solidaria a favor de los integrantes del CONSORCIO CISE, las sumas de dinero que se establezcan pericialmente en el proceso, por concepto de los perjuicios sufridos como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006.

1.3.1.3. Que se condene en costas a las entidades demandadas.

#### **1.3.2. Primeras subsidiarias**

1.3.2.1 Que se declare que la Empresa MULTISERVICIOS S.A. y el Municipio de Dosquebradas son responsables de los perjuicios causados a los integrantes del CONSORCIO CISE, como consecuencia de la terminación anticipada el contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006, los cuales están representados por los siguientes conceptos: 1) la imposibilidad de recuperar la inversión realizada única y exclusivamente para la ejecución del contrato y conforme a la obligación

establecida en el mismo, 2) la imposibilidad de obtener la utilidad esperada por la ejecución del contrato.

1.3.2.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las demandadas a pagar de manera conjunta a favor de los integrantes del CONSORCIO CISE, las sumas de dinero que se establezcan pericialmente en el proceso, por concepto de los perjuicios sufridos como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006.

### **1.3.3. Segundas subsidiarias.**

1.3.3.1. Que se declare que la Empresa MULTISERVICIOS S.A. y el Municipio de Dosquebradas son responsables de los perjuicios causados a los integrantes del CONSORCIO CISE, como consecuencia de la terminación anticipada el contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006, los cuales están representados por los siguientes conceptos: 1) la imposibilidad de recuperar la inversión inicial, y/o 2) la imposibilidad de obtener la utilidad esperada por la ejecución normal del contrato.

1.3.3.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Municipio de Dosquebradas a pagar a favor de los integrantes del CONSORCIO CISE, las sumas de dinero que se establezcan pericialmente en el proceso, por concepto de los perjuicios sufridos como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006.

## **1.4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Expone que en la presente demanda se formulan pretensiones acumuladas, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

Aduce que respecto de la empresa MULTISERVICIOS S.A. existió una relación contractual con el CONSORCIO CISE, en virtud de la celebración del contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006, como consecuencia de este surgieron entre las partes derechos y obligaciones, que conforme al ordenamiento jurídico vigente, debían ejecutarse de buena fe, en virtud de la confianza legítima surgida entre las partes en la etapa de negociación.

Explica que al verse presentado durante la ejecución del contrato una situación de imposibilidad de cumplimiento por parte de la empresa MULTISERVICIOS S.A., el Consorcio CISE accedió de buena fe a terminar por mutuo acuerdo el contrato de operación, con el fin de evitar el agravamiento de los perjuicios que se le estaban causando, sin que ello significara en modo alguno, la renuncia por parte del consorcio y sus integrantes a la reclamación de los perjuicios derivados de la terminación anticipada del contrato, y de la utilización por parte de MULTISERVICIOS S.A. y el Municipio de Dosquebradas de los bienes adquiridos y las inversiones realizadas por el consorcio para la ejecución del contrato.

En ese sentido la parte actora presentó reclamo oportuno de los perjuicios causados, y ante la negativa de ser reconocidos, hizo expresa salvedad en el acta

de liquidación, de reservarse el derecho a reclamar por los medios judiciales pertinentes.

En lo concerniente al Municipio de Dosquebradas, alude que, si bien no existe relación contractual, sí existe una relación conexas derivada, por cuanto se presenta un vínculo directo de la entidad territorial demandada al autorizar expresamente la celebración del contrato entre la empresa MULTISERVICIOS S.A. Y el CONSORCIO CISE, y al ser este el único y exclusivo beneficiario de los servicios prestados por el demandante, contratados a través de MULTISERVICIOS S.A., y haberse servido de las inversiones realizadas y de los bienes adquiridos y destinados exclusiva y únicamente para la ejecución del contrato por parte del CONSORCIO CISE.

Indica que la utilización de los equipos, programas y demás bienes que constituyen la inversión inicial del contratista, se convierten en un beneficio para los demandados, en detrimento patrimonial de los demandantes. Y como consecuencia de haberse terminado anticipadamente el contrato, se le impidió de manera injustificada al contratista, percibir las utilidades proyectadas en el contrato.

Señala que constituye fuente de responsabilidad del Municipio de Dosquebradas el hecho de que fue esta entidad la que diseñó el contrato celebrado entre MULTISERVICIOS S.A. y el Consorcio CISE, mediante la estructuración y celebración del convenio interadministrativo número 008 de 2006, celebrado con MULTISERVICIOS S.A., en el cual se plantea el modelo económico y financiero incorporado en el contrato estatal de operación 046 celebrado entre MULTISERVICIOS S.A. y el demandante. En este sentido, el Municipio de Dosquebradas es responsable directo del diseño, estructuración, planeación y planificación del modelo económico, financiero y contractual contenido en el contrato celebrado entre Multiservicios y la parte actor, por ende, al presentarse la imposibilidad de ejecutar el contrato conforme al modelo económico y financiero planteado, por circunstancias ajenas al contratista, se genera responsabilidad por parte del gestor y beneficiario del contrato, como lo es el Municipio de Dosquebradas.

#### **1.5. INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS.**

De conformidad con la constancia secretarial visible a folios 376 del cuaderno 1-1, dentro del término, el demandado **Municipio de Dosquebradas**, presentó escrito visible a folios 348 y s.s. ibídem, dentro del cual se opone a las pretensiones incoada por el consorcio demandante, por cuanto las relaciones contractuales y las reglas de operación y ejecución entre Multiservicios S.A. y la parte demandante, son ajenas a la entidad territorial accionada, debe corresponder exactamente al contenido literal del contrato de operación PSP 046 de 2006 suscrito por ellos.

Fundamenta su defensa con la proposición de los siguientes medios exceptivos:

- **Indebida acumulación de pretensiones:** Alude que se equivoca la parte actora al pretender renunciar *motu proprio* a la cláusula compromisoria existente entre el consorcio CISE y la empresa MULTISERVICIOS S.A., pues el hecho de encontrarse

codemandado el Municipio de Dosquebradas es dable “inaplicar” el contenido del contrato en virtud se estipuló dicho clausulado.

Es por ello, que asegura que se encuentra demostrado la falta de jurisdicción respecto del demandante y MULTISERVICIOS S.A., la acumulación de pretensiones pierde sustento fáctico en tanto el juez contencioso administrativo de ninguna manera podría conocer un asunto donde se encuentra pactada la cláusula compromisoria, y que la misma conserva plena vigencia entre las partes.

- **Ausencia de los elementos constitutivos de responsabilidad del Estado:** Relata que la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

- **Ausencia de vínculo entre el Municipio de Dosquebradas y el Consorcio CISE – falta de imputación:** La situación jurídica – negocial suscitada entre MULTISERVICIOS S.A. y CISE, materializada en el contrato número PSP-46 de manera alguna podrá derivar responsabilidad en el Municipio de Dosquebradas precisamente ante la ausencia del ente territorial como parte dentro del referido contrato. En consecuencia, precisa que la actuación legítima, desarrollada por parte de la administración, de manera alguna representó un perjuicio al aquí demandante, por lo tanto, las consecuencias adversas narradas en la demanda, producto de la interrupción en el contrato celebrado entre ésta y MULTISERVICIOS S.A., pueden dirigirse en contra de la entidad territorial accionada.

Afirma que el daño en el presente juicio de responsabilidad se hace constituir en la supuesta utilización de los bienes e inversiones que realizó el Consorcio CISE, y de los que se afirma, se benefició el Municipio de Dosquebradas, con relación al recaudo de rentas durante el año 2009 y 2010, previo acuerdo con MULTISERVICIOS S.A., en virtud del convenio interadministrativo número 008, afirmación que adolece de prueba.

- **Inexistencia del nexo causal frente a las imputaciones formuladas – las deficiencias probatorias advertidas en la etapa de conciliación extrajudicial permanecen en el juicio ordinario:** Manifiesta que la deficiencia probatoria, requisito *sine qua non* para la autorización de compensaciones cuando se involucra una entidad pública, material probatorio que se extrañó en su momento y continuará siendo deficiente, no siendo posible deducir la existencia y monto de la obligación que se pretende cobrar, sin que se ofrezcan por parte del demandante unos elementos de base sólidos para su cuantificación.

Por su parte, la empresa MULTISERVICIOS S.A. hoy liquidada, **guardó silencio** durante dicho traslado.

## 1.6. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

Mediante auto dictado en la continuación de audiencia de pruebas del 25 de junio de 2019 (fls. 548 y s.s. cd. 1-2), se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad a la cual concurrieron así:

1.6.1. **El Municipio de Dosquebradas**, presentó escrito obrante a folios 551 y s.s. del cuaderno 1-2, en el cual indicó que se rompió el nexo que se exige para perfeccionarse acción u omisión de parte de un agente del Estado con cualquiera de sus administrados, comoquiera que la ruptura contractual obedeció exclusivamente a la imposibilidad que tuvo el contratista (MULTISERVICIOS S.A.) de cumplir con las obligaciones pactadas en el convenio interadministrativo, así mismo, porque no existe relación entre el Municipio de Dosquebradas y el demandante Consorcio CISE pues los servicios ofrecidos por esta última, fueron contractualmente prestados al liquidado MULTISERVICIOS a través de una relación contractual ajena y totalmente diferente como lo es el contrato de operación PSP 46 del 7 de diciembre de 2006, contrato que se celebró aproximadamente 10 meses después del convenio que se tenía entre Multiservicios y la entidad territorial demandada, ratificándose a su sentir el eximente de responsabilidad frente a las pretensiones de la parte demandante en contra del Municipio de Dosquebradas.

De la cláusula séptima del convenio interadministrativo suscrito por el ente demandado y MULTISERVICIOS S.A., se infiere que si bien dicha entidad tenía la potestad para subcontratar en terceros el apoyo para la ejecución del convenio, lo cierto es que quedó pactado que MULTISERVICIOS sería responsable de cualquier obligación que se generara con sus subcontratistas, excluyendo entonces al Municipio de Dosquebradas de cualquier responsabilidad máxime, cuando se insiste, el convenio interadministrativo no se pudo ejecutar primero en atención a un fallo judicial que generó la imposibilidad de cumplir con el objeto del convenio y segundo porque las obligaciones que se generaran con los subcontratistas serían de resorte exclusivo de Multiservicios S.A., especialmente cuando el mismo contratista no adelantó ningún tipo de acción para pretender el cobro de las obligaciones pendientes con el Municipio de Dosquebradas.

Agrega, que el demandante Consorcio CISE según el obrar probatorio que reposa en el plenario, no se constituyó como parte y acreedor dentro del proceso de liquidación que se le realizó a MULTISERVICIOS S.A., siendo ese escenario administrativo el idóneo para que dicho Consorcio reclamara las presuntas acreencias que se consideraba tenía pendientes producto del contrato de operación que suscribió, empero a su omisión de comparecer al procedimiento legal para pretender su reclamo, el demandante acude a la Jurisdicción Contenciosa amparándose en unas cifras que si bien fueron postuladas por un experto en finanzas, lo cierto es que no acredita que dicha carga se predique de un obra u omisión del ente territorial pues se insiste que entre el Consorcio CISE y el Municipio de Dosquebradas, nunca existió vínculo contractual alguno.

1.6.2. A su turno, **la parte actora**, allegó documento visible a folios 556 y s.s. del cuaderno 1-2, conforme al cual reitera los hechos y pretensiones de la demanda, considerando que se configura una obligación legal a cargo de la Administración Pública de indemnizar los perjuicios causados al contratista, cuando se presentan situaciones ajenas a éste que impiden su ejecución normal, impidiéndole obtener las utilidades proyectadas y recuperar las inversiones realizadas, como ocurre en el caso de análisis, dentro del cual el contratista en cumplimiento de las obligaciones contractuales y en desarrollo de los principios de la buena fe contractual y de la confianza legítima, realizó unas inversiones referentes a la adquisición de bienes

materiales e inmateriales destinados al desarrollo del contrato, que no pudo recuperar, los cuales siguieron utilizándose por los demandados, además de impedirle obtener las utilidades proyectadas. Perjuicios que se encuentran respaldados en el dictamen pericial practicado dentro del proceso.

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL.**

**2.1.** La parte actora presentó el libelo introductorio el 16 de noviembre de 2012, ante la Oficina Judicial de Reparto de Pereira<sup>2</sup>, para ser repartido entre los despacho que integran este Tribunal, correspondiéndole su conocimiento al Despacho de la Magistrada Dufay Carvajal Castañeda, expediente que se encontraba extraviado temporalmente desde el momento del ingreso para proveer sobre la admisión de la demanda, según informe del 22 de septiembre de 2015 suscrito por quien fungía como abogado asesor de ese Despacho Judicial (fl. 292), en consecuencia, solo hasta la expedición del auto del 24 de septiembre de 2015 se dispuso admitir el libelo introductorio (fls. 293 y 294).

Posteriormente, ingresa con constancia secretarial del 30 de septiembre de 2015 (fl. 298), dentro de la cual informa que esta Corporación a través de sentencia del 22 de junio de 2006, declaró la invalidez parcial del Acuerdo número 042 del 4 octubre de 2005, expedido por el Concejo Municipal de Pereira, razón por la cual, los Magistrados Dufay Carvajal Castañeda y Fernando Alberto Álvarez Beltrán, a través de proveído de la misma calenda, se declaran impedidos para asumir el conocimiento del proceso de la referencia y deciden remitir el expediente al Magistrado Juan Carlos Hincapié Mejía, para lo de su competencia, como puede verse en los folios 299 y 300 del cuaderno 1-1.

En consideración a la afectación del quórum decisorio a efectos de dar trámite a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 131 del CPACA, se trasladó el expediente a la Presidencia de este Tribunal, para realizar el sorteo y la designación de los conjuces respectivos con acompañarían al Magistrado Juan Carlos Hincapié Mejía a decidir el asunto sometido a estudio (fl. 301), correspondiéndole a los conjuces Juan Pablo González y Jorge Alberto Díaz, siendo informados de su designación de acuerdo con los folios 334 y s.s. ibídem.

El conjuce Juan Pablo González Marín, de acuerdo con escrito obrante a folios 312 y s.s. del expediente, se declaró impedido para actuar en tal calidad dentro del presente asunto, ateniendo a ello, se profirió auto el 21 de octubre de 2015, dentro del cual se ordenó a la secretaría de esta Corporación expedir certificación respecto del proceso de acción popular radicada bajo el número 2008-00457-01 (D-0491-2010), en la que se informará quienes fueron las partes, cuáles fueron los magistrados y conjuces que llegaron a integrar la Sala de Decisión en dicha acción y el estado del proceso, para el análisis del posible impedimento por parte del conjuce designado Jorge Alberto Díaz Cadavid (fls. 315 y 316), lo cual fue allegada el 21 de octubre de 2015, tal y como consta a folio 317 del cuaderno 1-1.

---

<sup>2</sup> Folios 290 y 291 Cdo 1-1

Mediante providencia del 5 de noviembre de 2015, el Magistrado ponente dentro del asunto de la referencia, encuentra que el conjuer Jorge Alberto Díaz Cadavid no se encuentra impedido para fungir en tal calidad e integrar la Sala de decisión en el asunto de la referencia, así las cosas, ante el impedimento manifestado por el conjuer González Marín a efectos de dar trámite a lo consagrado en el numeral 3 del artículo 131 del CPACA, trasladó nuevamente el expediente para la Presidencia de esta Corporación, para la realización del respectivo sorteo y designación de conjuer (fl.319). Con acta de sorteo de conjuer del 9 de noviembre de 2015, fue designado el doctor Alejandro Restrepo Zuluaga, quien manifestó impedimento según documento aportado a folios 323 y s.s. ibídem.

Ahora bien, con la expedición del Acuerdo PSAA15-10402 de 2015 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se dispuso la creación de un cargo de Magistrado en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Pereira, luego, a través del Acuerdo número CSJRA15-465 del 4 de diciembre de 2015, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, se ordenó la redistribución de los procesos entre los Magistrados que integran esta Corporación, en virtud de lo cual, el presente proceso fue remitido a este Despacho Judicial, siendo avocado conocimiento con auto del 2 de febrero de 2016, dentro del cual además se dispuso tener como quórum decisorio en el asunto de la referencia a los siguientes funcionarios: Magistrado Juan Carlos Hincapié Mejía, Conjuer Jorge Alberto Díaz Cadavid, y el quien funge como Magistrado ponente (fl. 335).

Se continuó entonces con el trámite procesal pertinente, siendo notificada la demanda por correo electrónico el 14 de abril 2016 al Municipio de Dosquebradas y al Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho, y el 3 de mayo de 2016 a la gerente liquidadora de la empresa MULTISERVICIO S.A. hoy liquidada (fls. 343 y s.s. del cuaderno 1-1), vencidos los términos conferidos para dar contestación, se observa que el apoderado del Municipio de Dosquebradas, presentó memorial dentro dicho traslado el 28 de junio de 2016 dando contestación a la demanda (fls. 348 a 369 cdno 1-1), mientras que la empresa MULTISERVICIO S.A. guardó silencio.

El 26 de julio de 2016, se corrió traslado a las partes para que se pronunciarán frente a los medios exceptivos propuestos por el ente territorial (fl. 370 Cdno. 2), el 29 de julio de 2016, el representante de las sociedades CNID S.A.S. y SERVINFORMACIÓN S.A., integrantes del Consorcio Impuestos y Servicios Eficientes – CISE, presentó escrito en el que se refirió a las excepciones propuestas por el Municipio de Dosquebradas (fls. 372 a 375).

## **2.2. AUDIENCIA INICIAL**

Mediante auto del 26 de agosto de 2016<sup>3</sup> se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual se llevó a cabo el 2 de

---

<sup>3</sup> Folio 331

septiembre de 2016<sup>4</sup>, dentro de la cual es importante destacar las siguientes decisiones:

### **2.2.1. Saneamiento del proceso (numeral 5 del artículo 180 ibídem).**

En este punto, no se evidenciaron por parte de los intervinientes y el Despacho, vicios o irregularidades con la aptitud de afectar de nulidad la actuación adelantada o generar una sentencia inhibitoria, por ende, se declaró saneado el proceso hasta dicha etapa.

### **2.2.2. Excepciones previas (numeral 6 del artículo 180 ibídem)**

Fue propuesta por el Municipio de Dosquebradas la falta de jurisdicción en virtud de la cláusula compromisoria suscrita entre el CONSORCIO CISE y Multiservicios S.A. Liquidada, circunstancia que impide al juez contencioso conocer de la controversia, por lo tanto, solicitó que se continúe el proceso de manera exclusiva en contra del Municipio de Dosquebradas y las actuaciones restantes sean tramitadas por el Tribunal de Arbitramento.

Para resolver dicha excepción, fue integrada la Sala de decisión con el Magistrado Juan Carlos Hincapié Mejía, de conformidad con el contenido del artículo 54 de Ley 270 de 1996 y el inciso 1 del artículo 183 del CPACA., adoptándose la siguiente decisión:

“...revisadas las imputaciones contenidas en la demanda, claramente se acumulan de una parte, pretensiones de tipo contractual respecto del Consorcio CISE y Multiservicios S.A. hoy Liquidado, así como de reparación directa con el municipio de Dosquebradas.

Así se lee en libelo introductorio, al referir que el Consorcio CISE presentó reclamo oportuno de los perjuicios causados, dejando expresa salvedad en el acta de liquidación – refiriéndose al contrato PSP 046 suscrito con Multiservicios S.A. – de reservarse el derecho de reclamar por la vía judicial, considerando que existe pleno derecho por parte del Consorcio de pretender los perjuicios causados en la relación contractual existente entre las partes.

Reconoce igualmente la existencia de la cláusula compromisoria, sin embargo, sostiene que la misma resulta inaplicable por haber sido igualmente demandado el municipio de Dosquebradas.

Analizado lo anterior, estima la Sala que en efecto la cláusula compromisoria introducida en el contrato No. PSP 046 suscrito entre Multiservicios S.A. hoy liquidado y el COSORCIO CISE, conserva su carácter autónomo y vinculante para las partes, en los términos del artículo 5º de la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. (...)

En consecuencia, la falta de competencia por el factor subjetivo y funcional se torna improrrogable en los términos del artículo 16 del Código General del Proceso; se trata además de normas de orden público que se sustraen al arbitrio de los litigantes, en consecuencia será declara la falta de competencia de esta Corporación para conocer del proceso respecto de la pretensión que se promueve en contra de Multiservicios S.A. Liquidado, por lo tanto se declara la terminación del proceso frente a ésta y se ordena remitir copia íntegra del

---

<sup>4</sup> Folios 383 y s.s.

expediente con destino a la Cámara de Comercio de Pereira para lo de su competencia.

Anota la Sala que la acumulación de pretensiones prevista en el artículo 165 de la Ley 1437 de 2011 no puede servir de fundamento para dejar sin efecto la cláusula compromisoria, pues ese no es el alcance de la norma. Bastaría con acumular cualquier otra pretensión o vincular otro demandado para enervar la cláusula compromisoria y ese no puede ser su entendimiento...”

Frente a dicha decisión fue interpuesto recurso de apelación por el apoderado judicial de la parte actora, se le corrió traslado a la entidad demandada Municipio de Dosquebradas, conforme lo indica el numeral 1º del artículo 244 CPACA. Y una vez efectuado el traslado, se concedió en el efecto suspensivo y para ante el Consejo de Estado, el recurso de apelación propuesto, de conformidad con el inciso final del numeral 6º, artículo 180 y el artículo 243 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siendo remitido el expediente para los efectos pertinentes.

### **2.3. Decisión del Consejo de Estado – cláusula compromisoria.**

Mediante proveído del 14 de septiembre de 2017, la Sección Tercera – Subsección “B” con ponencia del Consejero ponente Danilo Roja Betancourth, decidió revocar la decisión adoptada por esta Corporación el 2 de septiembre de 2016, con fundamento en los siguientes razonamientos:

“Sin embargo, la situación antes planteada cambió nuevamente con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, ya que es posible conforme al parágrafo del artículo 21<sup>5</sup> de esta norma, que las partes hayan pactado una cláusula compromisoria, pero si dentro del término señalado para el traslado de la demanda, su contestación, o aquel para formular excepciones no es invocada, se entenderá que las partes renuncian tácitamente a la misma y la controversia podrá ser tramitada ante la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>6</sup>.

En esa medida, en tanto que MULTISERVICIOS S.A. no contestó la demanda, pese a haber sido notificada al correo electrónico de su gerente liquidadora (f. 346, c. 2), de tal modo que manifestara expresamente su intención de renunciar a la estipulación arbitral acordada, entonces mal haría la jurisdicción contenciosa en aceptar la renuncia tácita de la cláusula compromisoria propuesta por el municipio de Dosquebradas, siendo que este nunca fue parte de aquella y en ese sentido, la Sala reitera que el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012 es claro en indicar que quienes podían haber alegado la existencia o renuncia a la cláusula compromisoria eran las partes firmantes de la misma, es decir: entre MULTISERVICIOS y CISE; en consecuencia al no haberse producido esta circunstancia ante el juez administrativo, la misma perdió todos sus efectos.

Lo anterior encuentra respaldo, tanto en el acuerdo consorcial celebrado el 23 de octubre de 2006, entre la sociedad CNID S.A., y SERVIFORMACIÓN S.A., a través de sus respectivos representantes legales, ante la Notaría 49 del Círculo de Bogotá (f. 47-53, c. 2), como en el contrato de operación 046 de 7 de diciembre de 2006 suscrito entre MULTISERVICIOS S.A. y CISE (f. 106, c. 1). En el primero

<sup>5</sup> “Traslado y contestación de la demanda. De la demanda se correrá traslado por el término de veinte (20) días. Vencido este, se correrá traslado al demandante por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito. Es procedente la demanda de reconvencción pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso. Parágrafo. La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”.

<sup>6</sup> Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección “B”, auto de 2 de noviembre de 2016, Exp. 55076, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

de los contratos mencionados, no solo es evidente la ausencia del municipio de Dosquebradas, sino que como reza en la cláusula décima primera (f. 51, c. 2): (...)

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, encuentra la Sala que el contrato arriba mencionado y que sirvió de fundamento al medio de control interpuesto en contra del municipio de Dosquebradas, fue celebrado exclusivamente entre el consorcio CISE y MULTISERVICIOS S.A., dos personas jurídicas de derecho privado<sup>7</sup> que pactaron una estipulación escrita, clara y dirigida a que las eventuales discrepancias que surgieran entre las partes, a falta de un arreglo directo, acudirían ante el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Pereira, contrato frente al cual como se mencionó, el ente territorial demandado no fue parte.

Sin embargo, huelga concluir que la providencia que aquí se estudia deberá ser revocada por las razones antes advertidas, en el sentido de que quienes podían renunciar a la cláusula compromisoria son las partes del mismo y al no estar en esta el municipio de Dosquebradas, este se encuentra excluido de sus efectos. Pero, por otra parte, en lo que tiene que ver el fuero de atracción que también fue objeto del recurso de apelación, debe señalarse que este opera toda vez que uno de los extremos de la litis se encuentra definido por una persona de derecho público, aspecto que faculta a esta jurisdicción para conocer del asunto. (...)"

Dicha decisión fue corregida mediante auto del 10 de mayo de 2018, estipulándose que la parte resolutive quedaría así: "REVOCAR la decisión adoptada en audiencia del 2 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual se declaró la terminación del proceso por falta de competencia en atención a las razones anteriormente expuesto, asunto que continuará conociendo la jurisdicción contenciosa en contra del Municipio de Dosquebradas, Risaralda y MULTISERVICIOS S.A., en liquidación, en los términos que fueron planteados en la demanda.

**2.4.** El expediente fue remitido a través de Oficio número B-2018-480-D del 12 de junio de 2018, allegado a la Secretaría de esta Corporación el 17 de julio de 2018 (fl. 388), por lo cual fue proferido auto del 24 de julio de 2018, que decidió estarse a lo resuelto por el Honorable Consejo de Estado, y fija fecha para darle continuidad a la audiencia inicial, siendo celebrada el 15 de agosto de 2018, en la cual se fijó el litigio y se decretaron pruebas (fls. 412 y s.s. cuaderno 1-1).

**2.5.** Finalmente, fueron celebradas audiencias de pruebas el 19 de noviembre de 2018, 3 de octubre de 2018, 13 de marzo de 2019 y 25 de junio de 2019, de que trata el artículo 181 del CPACA, en las cuales se dieron a conocer las pruebas documentales decretadas, se recepcionaron los testimonios y se surtió la contradicción del dictamen pericial practicado dentro del presente asunto; luego de haberse agotado todo el trámite probatorio, en el desarrollo de la misma diligencia, se ordenó presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la celebración de la misma.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. COMPETENCIA.**

<sup>7</sup> Conforme al certificado de existencia y representación legal de MULTISERVICIOS S.A., esta persona jurídica se rige por las normas del derecho privado (f. 43, c. 1). De igual modo, se puede apreciar la naturaleza anónima y aquella simplificada por acciones de las sociedades SERVIFORMACIÓN S.A. y CNID S.A.S., conformantes del consorcio CISE, demandante (f. 37-39, 40-42, c. ppl.).

Por cuanto no se observa ninguna causal de nulidad de la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede el Tribunal a proferir la decisión que en derecho corresponde, lo cual hará en **primera instancia**, de conformidad con el artículo 152 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **3.2. EXCEPCIONES.**

En lo referente el medio de defensa denominado “indebida acumulación de las pretensiones”, como quedó referido en el acápite anterior, esta fue resuelta en audiencia inicial la cual fue revocada por el Consejo de Estado mediante proveído del 14 de septiembre de 2017, corregido por auto del 10 de mayo de 2018. En cuanto a las demás excepciones propuestas por el apoderado del Municipio de Dosquebradas, ningún análisis hará la Sala toda vez que no constituyen excepciones propiamente dichas, por cuanto no se dirigen a atacar la pretensión mediante la formulación de hechos nuevos que por sí solos tengan la virtud de destruir, aplazar o modificar los efectos de aquella, sino que se limitan a contradecir o negar los hechos de la demanda o los elementos constitutivos del derecho invocado, conforme lo ha señalado la doctrina<sup>8</sup> y jurisprudencia<sup>9</sup>.

### **3.3. OBJETO DE LA DECISIÓN.**

#### **3.3.1. Problemas jurídicos**

**3.3.1.1. Principales:** ¿Es procedente el medio de control de reparación directa en los eventos en que se pretende resarcir los daños causados por la celebración de un contrato estatal, que judicialmente fue declarado nulo por objeto ilícito? ¿En tal caso, qué presupuestos deben acreditarse para exista daño antijurídico atribuible a la administración municipal? ¿Si la causa de la nulidad del contrato estatal es el objeto o causa ilícita, es pertinente repetir o pagar lo dado, sabiendas de la ilicitud? ¿Resulta procedente solicitar perjuicios causados por la terminación anticipada de dicho contrato?

**3.3.1.2. Asociados:** ¿Qué efectos genera la nulidad absoluta de un contrato estatal por objeto ilícito, declarada judicialmente? ¿En los eventos de nulidad contractual por objeto ilícito hay lugar a las restituciones mutuas?

**3.3.2. Asunto a resolver:** El análisis del asunto litigioso se circunscribe a establecer si la Empresa MULTISERVICIOS S.A. (liquidada) y el Municipio de Dosquebradas, son responsables contractual y extracontractualmente, respectivamente por los perjuicios ocasionados al Consorcio Impuestos y Servicios Eficientes – CISE como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de operación número PSP 046 del 7 de diciembre de 2006, el cual fue declarado judicialmente nulo por objeto ilícito, mediante providencia del 21 de agosto de 2015 proferida por la Sala de Decisión de Conjuces de este Tribunal; pues aduce la parte actora que se le

<sup>8</sup> Betancur Jaramillo, Carlos. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Sexta edición 2.002. pág. 325, y Mora Caicedo, Esteban – Rivera Martínez, Alfonso. DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL ADMINISTRATIVO. Octava edición 2.008. pág. 391.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, sentencias de la Sección Quinta: (i) Expediente radicado: 11001-03-28-000-2004-00008-01(3216), 9 de marzo de 2006, Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa (ii) Expediente radicado: 11001-03-28-000-2010-00001-00, 8 de julio de 2010, Consejera ponente: Susana Buitrago de Valencia.

causaron pérdidas constituidas en: 1) incumplimiento en el pago de la contraprestación y 2) imposibilidad de recuperar la inversión inicial y de obtener la utilidad esperada.

**3.4. TESIS DEL CONSORCIO CISE:** Indica que se configura una obligación legal a cargo de la Administración Pública de indemnizar los perjuicios causados al contratista, cuando se presentan situaciones ajenas a éste que impiden su ejecución normal, que imposibiliten obtener las utilidades proyectadas y recuperar las inversiones realizadas, como ocurre en el caso de análisis, dentro del cual el contratista en cumplimiento de las obligaciones contractuales y en desarrollo de los principios de la buena fe contractual y de la confianza legítima, realizó unas inversiones referentes a la adquisición de bienes materiales e inmateriales destinados al desarrollo del contrato de operación suscrito con la empresa MULTISERVICIOS S.A. hoy liquidada, que no pudo recuperar, los cuales siguieron utilizándose por los demandados, además de impedirle obtener las utilidades proyectadas.

**3.5. TESIS DEL MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS:** Asegura que no existe relación entre el Municipio de Dosquebradas y el demandante Consorcio CISE pues los servicios ofrecidos por esta última, fueron contractualmente prestados al liquidado MULTISERVICIOS a través de una relación contractual ajena y totalmente diferente como lo es el contrato de operación PSP 46 del 7 de diciembre de 2006, contrato que se celebró aproximadamente 10 meses después del convenio que se tenía entre Multiservicios y la entidad territorial demandada, lo cual se configura en un eximente de responsabilidad.

### **3.6. ANÁLISIS PROBATORIO.**

En este punto es importante resaltar que las pruebas documentales que se relacionan y estudian fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales debidas, adicional, que algunos documentos obran en copia simple y auténtica, siendo procedente valorar los primeros en los términos de la jurisprudencia unificada de la sección tercera, y manera reciente por la sección quinta en fallo del 5 de julio de 2018, consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez dentro del proceso con radicación No. 4100123331000-2009-00079-01. De todo este conjunto probatorio resultan pertinentes para la decisión que habrá de adoptarse:

El Concejo del Municipio de Dosquebradas (Risaralda), mediante convenio interadministrativo número 008 de 27 de enero de 2006 (fls. 54 a 62, cdno. 1), autorizó al Alcalde de dicha municipalidad, para que la empresa MULTISERVICIOS S.A., hoy liquidada prestara apoyo en la gestión y recaudo del cobro de tributos municipales (fls. 1 y 2 cdno. 1), pacto que en su cláusula séptima estipuló "SUBCONTRATOS Y CESIÓN. MULTISERVICIOS podrá subcontratar las labores que considere necesarias para la ejecución de este convenio en las condiciones que se establecen, pero no podrá ceder el presente convenio total ni parcialmente, sin autorización previa y escrita del MUNICIPIO. En todos los casos, MULTISERVICIOS será responsable de los daños que puedan ocasionar sus subcontratistas, así como por los hechos que pudiesen generar el incumplimiento de las obligaciones de este convenio. PARÁGRAFO PRIMERO: Para efectos de

seleccionar sus subcontratistas, MULTISERVICIOS realizará los procedimientos necesarios aplicables para la verificación de idoneidad del mismo, PARÁGRAFO SEGUNDO: En todos los convenios que celebre MULTISERVICIOS para la ejecución de obligaciones necesarias para el cumplimiento de este convenio, deberán incluirse obligatoriamente: (i) la exigencia de una póliza de cumplimiento a favor de MULTISERVICIOS que cubra por lo menos el veinte (20%) del valor del respectivo convenio, por el término de duración del mismo; (ii) la exigencia de una póliza que cubra el pago de salarios y prestaciones sociales de los empleados del subcontratista por el término del convenio y tres años más, (iii) una cláusula de indemnidad a favor del MUNICIPIO y de MULTISERVICIOS, (iv) una cláusula penal por diez por ciento (10%) del valor del convenio, que se pueda ejecutar a título de pena por el incumplimiento del convenio, (v) una cláusula que señale que el respectivo subcontratista prestará sus servicios de manera autónoma e independiente y por lo tanto no existirá ningún vínculo laboral entre sus empleados, agentes o representantes y el MUNICIPIO (vi) la confidencialidad a la que se refiere la cláusula novena.”

Bajo el mismo tenor, el Concejo Municipal de Pereira mediante Acuerdo Municipal número 042 de 2005, facultó al Municipio de Pereira para suscribir con la Empresa MULTISERVICIOS S.A., convenio interadministrativo número 442 del 27 de enero de 2006, el cual tuvo como objeto la ejecución por parte de MULTISERVICIOS S.A. del proyecto “Modernización Tecnológica, calidad y gestión en el manejo de las rentas del Municipio de Pereira”, consagrando idéntica cláusula de subcontratación y cesión, tal y como puede observarse a folios 63 y s.s. del expediente.

Posteriormente, mediante sentencia del 22 de junio de 2006, proferida por esta Corporación con ponencia del Magistrado José J. Orozco Giraldo, dentro del proceso con radicación número 66001-23-31-001-2005-01174-00 se declaró la invalidez del artículo 4 del Acuerdo número 042 del 4 de octubre de 2005 expedido por el Concejo Municipal de Pereira, que disponía “delegar en la empresa Multiservicios S.A. la función de apoyo a la fiscalización de las rentas del municipio” y de la expresión “con la Empresa Multiservicios S.A.”, contenida en el artículo 5 del mismo acto administrativo que señalaba “autorizar al Alcalde de Pereira para que contrate con la Empresa Multiservicios S.A. la ejecución del proyecto “MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA, CALIDAD Y GESTIÓN EN EL MANEJO DE LAS RENTAS DEL MUNICIPIO DE PEREIRA”, podrá contratar con personas naturales, jurídicas, públicas o privadas, conforme a las normas y principios que rigen la contratación pública, en la modalidad que considere conveniente para el desarrollo del proyecto. En efecto, en el fallo proferido dentro del proceso de validez de acuerdo por esta Tribunal, quedó establecido:

“(…) la Sala no encuentra en ningún de los apartes de las normas transcritas que en ellas se atribuya competencia o facultad a los concejos municipales de ejercer fiscalización de las rentas municipales, **mucho menos la delegar funciones que no le son propias en cabeza de una determinada empresa, en este caso Multiservicios S.A.**

El tenor literal del acuerdo 042 de 2005 aquí en estudio refiere a través de este el Concejo Municipal de Pereira delegó en la Empresa Multiservicios S.A., la función de apoyo a la fiscalización de las rentas del municipio (art. 4º), **lo que evidencia que el Concejo Municipal desbordó sus competencias, por cuanto delegó una función que la Constitución y la ley no le atribuyen, y que la ley ha**

**confiado a la administración municipal a través de las Tesorerías Municipales**, por tanto, habrá de declararse la invalidez del mencionado artículo porque como ha quedado analizado el Concejo Municipal de Pereira delegó una función que no le había sido atribuida, sin que sea necesario entonces abordar lo referente así tal delegación, que como se dijo no le era dado realizar, implicaba el otorgamiento de la función fiscalizadora o si se trataba de un apoyo a la función de fiscalización de las rentas del municipio, y si uno y otro son permitidos a la luz del ordenamiento jurídico.

Conforme a lo analizado, resulta innegable para esta Sala que el artículo 4° del acuerdo 42 del 4 de octubre de 2005 "Por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal para la asunción de compromisos que afectan prepuestos de vigencia futuras y se dictan otras disposiciones", emanado del Concejo Municipal de Pereira, infringe los artículos 560 y 688 del Estatuto Tributario, **aplicables a los municipios por remisión de la Ley 383 del 10 de julio de 1997, así como el artículo 121 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, por cuanto a los Concejos Municipales no se les ha atribuido o la función de delegar competencia que la ley ni la Constitución les han confiado, por lo que se declarará la invalidez del artículo 4° del Acuerdo 42 del 4 de octubre de 2005.**

Ahora, cuando el artículo 5° del acuerdo acusado se autoriza al Alcalde de Pereira para que contrate "con la Empresa Multiservicios S.A.", la ejecución del proyecto modernización tecnológica, calidad y gestión en el manejo de las rentas del municipio, debe decir la Sala que de igual forma el Concejo Municipal de Pereira se tomó una atribución que la Constitución y la ley no le han conferido, pues si bien es cierto la Constitución atribuye a los Concejos municipales la facultad de "autorizar al alcalde para celebrar contratos", **también lo es que la Constitución no lo faculta para determinar la persona o entidad con la cual el alcalde deba celebrar el contrato, ni para reemplazar el procedimiento de selección que corresponda de conformidad con el estatuto de contratación estatal, por tal razón habrá de declararse la invalidez de la expresión "con la Empresa Multiservicios S.A."**, contenida en el artículo 5° del acuerdo 42 de 2005, expedido por el Concejo municipal de Pereira, pues mal hizo el Concejo en especificarle al alcalde la entidad o persona con quien debía contratar la ejecución del dicho proyecto, cuando la determinación de la persona natural o jurídica con quien se ha de realizar el contrato corresponde al Alcalde de Pereira bajo los parámetros normativos y principios orientadores de la contratación estatal, por tal motivo como consecuencia de lo anterior habrá de declararse también la invalidez total del párrafo 5° del acuerdo en discusión, toda vez que este hace referencia a unas autorizaciones circunscritas a Multiservicios S.A., en virtud de la autorización para contratar dada al alcalde de Pereira."

No obstante, la Empresa MULTISERVICIOS S.A. ejecutó el mencionado convenio, aplicando el contenido de la cláusula séptima ya referenciada, pues dio apertura de la licitación pública LC-08-006 cuyo objeto fue "seleccionar la propuesta más favorable para la escogencia de un operador que realice el suministro tecnológico y la asistencia técnica a Multiservicios S.A. para lograr la modernización tecnológica que permita el incremento del recaudo de los impuestos municipales de Pereira y Dosquebradas", a través de la Resolución 510 del 11 de octubre de 2006, siendo adjudicado al Consorcio Impuestos y Servicios Eficientes-CISE, conformado por las empresas SERVIFORMACIÓN S.A. y CNID S.A. (fls. 47 a 53 cuaderno 1).

Ciertamente, el 7 de diciembre de 2006, entre MULTISERVICIOS S.A. y CISE S.A., firmaron el contrato número PSP 046, conforme al cual, MULTISERVICIOS contrataría al consorcio CISE para la ejecución del convenio interadministrativo celebrado entre los Municipios de Dosquebradas y Pereira, y MULTISERVICIOS

S.A., como se observa en los folios 75 a 121 del plenario, de dicho convenio se resalta lo siguiente:

“1.17. Plazo del Contrato

El plazo del contrato es aquel al que se refiere la CLAUSULA 3o del contrato, siendo éste de diez y nueve años (19) contados a partir de la fecha de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución. (...)

CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente contrato es el suministro tecnológico y la asistencia técnica a Multiservicios S.A., para lograr la modernización tecnológica que permita el incremento del recaudo de los impuestos municipales de Pereira y de Dosquebradas.

Multiservicios S.A. por un lado, pagará al operador una contraprestación mensual por la ejecución de las actividades necesarias para desarrollar el objeto del presente contrato durante el tiempo de ejecución del mismo.

El operador, por otra parte, se obliga a llevar a cabo todas las obligaciones previstas en este contrato y en su apéndice técnico, durante el tiempo de ejecución del mismo. (...)

CLAUSULA DECIMA TERCERA: MOVILIZACIÓN DE EQUIPOS

A la fecha de suscripción del Acta de Inicio de ejecución, el operador deberá tener a su disposición el equipo y el personal que necesite para iniciar la ejecución del contrato. Los equipos, personal, materiales y demás insumos deberán ser suficientes para la organización de los frentes de trabajo necesarios para el cumplimiento de las obligaciones del Operador, circunstancia que será verificada previamente por Multiservicios S.A. antes de suscribir la correspondiente acta de iniciación, sin embargo, el operador será enteramente responsable frente a Multiservicios S.A. si las labores preparatorias descritas en este numeral son insuficientes para el cabal cumplimiento de las obligaciones asumidas, en especial las de iniciar, de manera inmediata, la ejecución del contrato. (...)

CLAUSULA QUINTA: VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO. El presente contrato tendrá un valor estimado en pesos colombianos por la suma de cuarenta mil quinientos cuarenta y cinco millones doscientos mil pesos (\$40.545.200.00). (...)

CLAUSULA VIGESIMA PRIMERA: CONTRAPRESTACIÓN DEL OPERADOR.

La contraprestación del operador por la ejecución del presente convenio, se establecerá de la siguiente manera:

a) Una comisión fija del OCHENTA Y OCHO POR CIENTO (88%) de los años 2006 a 2010, por los ingresos recaudados en el Municipio de Pereira y una comisión fija del OCHENTA Y OCHO POR CIENTO (88%) de los años 2006 a 2025, por los ingresos recaudados en el Municipio de Dosquebradas.

b) Una comisión variable del OCHENTA Y OCHO POR CIENTO (88%) de los años 2007 a 2010, y del OCHENTA Y OCHO POR CIENTO (88%) de los años 2011 a 2025, por los ingresos recaudados en el Municipio de Pereira y una comisión variable del OCHENTA Y OCHO POR CIENTO (88%) de los años 2007 a 2025, por lo ingresos recaudados en el Municipio de Dosquebradas.

La comisión fija propuesta por el Operador en su oferta económica se liquidará sobre los ingresos recaudados en cada uno de los municipios en los cuales se ejecutan las actividades objeto del contrato y se pagará pro mensualidad vencidas.

La comisión variable se liquidará sobre el mayor valor de los ingresos recaudados por los municipios de Pereira y de Dosquebradas en cuya gestión participe el Operador, tomando como base el marco fiscal inicial para el año 2006 contenido el cuadro No. 1 de los pliegos de condiciones, y se pagará por mensualidades vencidas a partir del mes siguiente a aquél en que se cumplan las metas de recaudo de cada año. (...)

#### CLAUSULA TREGESIMA PRIMERA: TERMINACIÓN ANTICIPADA

El presente contrato terminará antes del vencimiento del plazo estimado del contrato por cualquiera de las siguientes causas: (...)

##### 31.3. Terminación anticipada

Cuando se haya solicitado la terminación anticipada del contrato por cualquiera de las partes, por haber ocurrido la suspensión total del contrato o de cualquier de las obligaciones surgidas de sus estipulaciones, que afecte de manera grave la ejecución del contrato. En este caso, la parte que solicita la terminación anticipada deberá notificar por escrito a la contraparte con menos de treinta (30) días calendario de anticipación a la fecha en que se pretenda hacer efectiva la terminación. Vencido este plazo sin haberse atendido la solicitud y/o sin haber cesado la fuerza mayor o caso fortuito, se iniciará el procedimiento para la terminación del contrato de operación.

##### 31.4 Por mutuo acuerdo de las partes

Cuando las partes por mutuo acuerdo decidan el presente contrato, circunstancia que se hará constar por escrito.

El Alcalde del Municipio de Pereira, expidió Resolución número 5154 del 11 de diciembre de 2008, la cual declaró unilateralmente la terminación del convenio interadministrativo número 442 del 27 de enero de 2006, suscrito entre la Empresa MULTISERVICIOS S.A. y el Municipio de Pereira, acogiendo el fallo de invalidez parcial del Acuerdo número 42 del 10 de octubre de 2005, soporte legal y constitucional de dicho acuerdo, al determinar entonces la existencia de un decaimiento de los actos administrativos, y la pérdida de ejecutoria de los actos y contratos derivados del mismo, según lo dispone la causal 2 del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (vigente para la época de los hechos) (fls. 123 a 126 del cuaderno 1). En igual sentido, esta Sala resalta el siguiente aparte:

“4. Que con fundamento en las facultades otorgadas, la Empresa Multiservicios S.A. ordenó mediante la Resolución 510 del 11 de octubre de 2006, la apertura de la licitación pública 08-2006 con el siguiente objeto:

“Contratar el suministro tecnológico y la asistencia técnica a Multiservicios S.A. para la modernización tecnológica que permita el incremento del recaudo de los impuestos municipales de Pereira y de Dosquebradas.”

Con el procedimiento anterior, violó ostensiblemente la cláusula séptima del convenio, cuyo texto expresa:

#### “SUBCONTRATOS Y CESIÓN.

MULTISERVICIOS podrá subcontratar las labores que considere necesarias para la ejecución de este convenio en las condiciones que se establecen, pero no podrá ceder el presente convenio total ni parcialmente, sin autorización previa y escrita del MUNICIPIO. En todos los casos, MULTISERVICIOS será responsable de los daños que puedan ocasionar sus subcontratistas, así como por los hechos que pudiesen generar el incumplimiento de las obligaciones de este convenio.

PARÁGRAFO PRIMERO: Para efectos de seleccionar sus subcontratistas, MULTISERVICIOS realizará los procedimientos necesarios aplicables para la verificación de idoneidad del mismo...”

Contra la mentada decisión fue interpuesto recurso de reposición por parte de la Empresa MULTISERVICIOS S.A., el cual fue desatado por intermedio de la Resolución número 5487 del 22 de diciembre de 2008, confirmando en todas sus partes el contenido de la Resolución 5154 del 11 de diciembre de 2008, bajo las consideraciones que a continuación se resumen:

“Pese a que Multiservicios S.A. afirme que desde la suscripción del convenio el recaudo se ha incrementado, se ha viabilizado la suscripción de compromisos de pago con contribuyente morosos, y en general una cultura ciudadana de responsabilidad fiscal y que para garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos procedió a ubicar un socio estratégico que fortaleciera eventuales debilidades que nuestra compañía tenía para cumplir sus funciones, ello era desarrollo normal del objeto del contrato mientras se tenía la presunción de legalidad, pero lo cierto es que el convenio interadministrativo no tiene una base jurídica que el permita continuar su existencia, por cuanto el acuerdo que le dio procedencia ha sido invalidado por la jurisdicción contenciosa administrativa.

**2. Situación diferente es el contrato suscrito entre Multiservicios y CISE, el cual fue suscrito contraviniendo todas las disposiciones constitucionales y legales porque como ha quedado referido, éste se suscribió el día 7 de diciembre de 2006 y para esa época el Alcalde municipal de Pereira que a su vez es miembro de la junta directiva de Multiservicios estaba notificado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la nulidad del acuerdo referido y por lo tanto en el presente caso, los efectos son inexorablemente ex tunc, es decir, se debe reputar como lo ha dicho la jurisprudencia que no ha existido jamás y por lo tanto Multiservicios S.A. debe terminar inmediatamente el contrato con CISE.**

De otra parte, si bien es cierto como lo afirma el recurrente, el fallo de la Procuraduría General de la Nación es de primera instancia quedando pendiente desatar el recurso de apelación, lo decidido en esta instancia es coincidente en su interpretación jurídica en el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo.

Es evidente que la entidad territorial previo a realizar contratos que como bien es sabido involucran recursos públicos, debe velar porque se reúnan unas condiciones mínimas que garanticen que el objeto del contrato pueda ser cumplido por el contratista y en el presente caso se observa que multiservicios S.A. no contaba con la capacidad técnica, financiera y jurídica necesaria para tal fin.” (Negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con los folios 152 y s.s. del cuaderno 1, entre la empresa MULTISERVICIOS S.A. y el Consorcio CISE S.A. fue suscrita el 26 de mayo de 2009, acta de suspensión por mutuo acuerdo del contrato de operación número PSP 046, por un término de 6 meses a partir del día siguiente al que tanto la compañía MULTISERVICIOS S.A. y el Municipio de Pereira, reciban a satisfacción tanto la gestión documental de cobro coactivo de la Tesorería Municipal del Municipio de Pereira como los elementos, infraestructura y demás que constituyen la inversión inicial realizada por el consorcio CISE. Por consiguiente, este término de suspensión fue utilizado: 1) Elaboración de un preacuerdo de terminación, liquidación y pago del contrato de operación PSP 046, 2) Causación y pago de la totalidad de los servicios prestados por el consorcio a Multiservicios hasta la fecha de suspensión del contrato, 3) Solicitud y trámite de audiencia de conciliación ante la Procuraduría

Judicial en Asuntos Administrativos, para que ante este delegado del Ministerio Público se logre un acuerdo de terminación, liquidación y eventual indemnización del CONSORCIO IMPUESTO Y SERVICIO EFICIENTES por la privación del ejercicio del objeto contractual y, 4) Obtención de la aprobación de la conciliación prejudicial, por parte del Tribunal Administrativo de Risaralda.

Mediante escrito radicado el 4 noviembre 2009 ante la Empresa Multiservicios y el Municipio de Pereira, la parte actora presentó reclamación administrativa, la cual fue adicionada a través del documento de fecha 28 de diciembre de 2009, solicitando el reconocimiento de perjuicios a su favor, causados por: 1) El incumplimiento de la empresa MULTISERVICIOS S.A., representado en la mora en el pago de la factura, lo que le está produciendo otros perjuicios como son los sobrecostos financieros, 2) Terminación unilateral por parte del Municipio de Pereira del Convenio Interadministrativo celebrado con la empresa MULTISERVICIOS S.A., y que le sirvió de sustento al contrato de operación, en razón a que no le permite su continuidad por presentarse su decaimiento al desaparecer su fundamento jurídico, 3) La imposibilidad de recuperar la inversión inicial, representada en los bienes y servicios que tuvo que adquirir para el desarrollo y ejecución del contrato de operación, todo ello exigido en el apéndice técnico del contrato y 4) la imposibilidad de obtener una utilidad esperada durante el término establecido en el contrato para la ejecución del objeto contractual (fls. 161 a 198).

Resolución número 4607 del 5 de noviembre de 2009, proferida el Alcalde del Municipio de Pereira, por medio de la cual se declara aprobada una liquidación unilateral del convenio interadministrativo 442 de 2006, celebrado con la empresa MULTISERVICIOS S.A., especificando la consolidación pago realizados, marco fiscal estimado por el convenio para la vigencia 2008, balance financiero del convenio, valoraciones de inversiones e información sobre inventarios de software y hardware recibidos por el almacén del Municipio de Pereira, de acuerdo con los folios 142 a 147 del cuaderno 1, decisión que impugnada por parte de la empresa Multiservicios S.A.

El recurso de reposición interpuesto por el representante legal de la empresa MULTISERVICIOS S.A. fue resuelto con Resolución número 7853 del 29 de diciembre de 2009 (fls. 161 y s.s.), confirmando lo considerado en el acto administrativo inicial, dentro del cual es importante traer a colación lo siguiente:

“En cuanto a la relación contractual existente entre la Empresa Multiservicios S.A. y el Consorcio CISE, el Municipio de Pereira, siempre ha mantenido la misma postura respecto de tal relación, toda vez, que una cosa es la relación que existió entre el Municipio y Multiservicios, la cual se finiquitó con la terminación y liquidación unilateral del convenio y otra cosa es la supuesta relación que pueda existir entre el Municipio y CISE, donde a todas luces se palpa con claridad, que no ha existido, no podrá existir, cualquier tipo de vínculo o solidaridad respecto de las obligaciones que tenga pendiente Multiservicios S.A. con el mencionado consorcio y que vinculen al ente público.

Se observa claramente, que la presentación del recurso de reposición, que ahora nos ocupa, se fundamenta más en las responsabilidades que pueda llegar a tener Multiservicios S.A. con su contratista CISE y mal haría el Municipio en entrar a reconocer unos perjuicios que dentro de la esfera comercial no se han presentado, pues mientras no se rompa el cordón umbilical que une a multiservicios con CISE, es imposible retomar los caminos de la conciliación, dado la contraposición de

intereses de las partes, pues el Municipio pretende el fortalecimiento en la prestación de los servicios bajo los postulados del estado bienestar, en cambio, Multiservicios y CISE, están en la búsqueda del lucro particular.

Tal es el grado de interés de Multiservicios y CISE, que buena parte del recurso de reposición, se fundamenta en la reclamación administrativa realizada por CISE, a través de su apoderado, por el contrato de operación PSP 046. No puede entonces, Multiservicios, pretender obtener sus supuestas reivindicaciones económicas, fundamentado en las reclamaciones de otros entes que no tienen ningún nexo con el Municipio.

Para el efecto, es pertinente indicar, que en dos despachos judiciales, cursan sendas demandas de acción popular, donde se solicita la protección del patrimonio público, la moralidad administrativa entre otros derechos colectivos, con ocasión del convenio interadministrativo 442 de 2006 y por ninguna parte, se ha aceptado por el operador judicial, un posible nexo entre el Municipio de Pereira y el Consorcio CISE.”

Debido a la decisión del Municipio de Pereira, de dar por terminado unilateralmente el convenio sustento jurídico del contrato de operación PSP 046 de 2006, resultó imposible continuar con su ejecución, en consecuencia, la entidad territorial privó a la empresa MULTISERVICIOS de la actividad entregada mediante el citado convenio interadministrativo y, de contera, impidió al Consorcio CISE el desarrollo de la actividad u objeto contractual para la cual participó, ofertó y resultó seleccionado en la licitación pública LC-08-006.

En lo concerniente al Municipio de Dosquebradas, si bien el convenio interadministrativo número 008 del 27 de enero de 2006 suscrito con la Empresa Multiservicio S.A. estuvo vigente, dicha entidad y la parte actora aceptaron que, debido a la decisión unilateral adoptada por el Municipio de Pereira, en la terminación del convenio interadministrativo número 442 de 2006, afectaba la ecuación económica y financiera del contrato PSP 046 de 2006, pues no existía posibilidad de rentabilidad de continuar única y exclusivamente con el Municipio de Dosquebradas, y el detrimento patrimonial sería más grave para las partes, se decidió la terminación por mutuo acuerdo del aludido contrato de operación.

En efecto, se suscribió acta de liquidación por mutuo acuerdo del contrato de operación PSP 046 de 2006, el 17 de febrero de 2010, por la empresa contratante Multiservicios S.A., el Consorcio Impuestos y Servicios Eficientes y el Interventor Global Corporation, conforme a la cual se dejó detallado:

“En resumen se adeuda al CONSORCIO IMPUESTOS Y SERVICIOS EFICIENTES (CISE) por el servicio prestado la suma de TRES MIL CATORCE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$3.014.262.945.00) los cuales se discriminan así:

Pereira	1.619.683.361
Dosquebradas	1.394.579.583
Total adeudado	3.014.262.945

La suma de dinero que resultó a favor del CONSORCIO IMPUESTOS Y SERVICIOS EFICIENTES (CISE), serán pagados por la compañía MULTISERVICIOS S.A. a más tardar el día 15 de marzo de 2010.

Esta información financiera que constituye el balance general del contrato es certificada por la firma GLOBAL CORPORATION como interventor del mismo.

No obstante lo anterior, se deja expresa constancia que la información referente al municipio de Dosquebradas del año 2009, es hallada a través de IMPUESTOS PLUS debido a la ausencia de la certificación por parte de la entidad territorial, por ende, esta puede sufrir una variación.”

QUINTO. - DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA. La compañía MULTISERVICIOS S.A. no encuentra procedente la reclamación administrativa presentada por el CONSORCIO IMPUESTOS Y SERVICIOS EFICIENTES (CISE) en lo referente al reconocimiento y pago de: i) LA INVERSIÓN INICIAL (PETICIÓN CUARTA DE LA RECLAMACIÓN), ii) LOS INTERESES MORATORIOS (PETICIÓN SEGUNDA DE LA RECLAMACIÓN), iii) EL VALOR DEL SERVICIO SUPUESTAMENTE PRESTADO POR EL CONSORCIO EN EL AÑO 2009 (PETICIÓN TERCERA DE LA RECLAMACIÓN); y iv) EL VALOR DE LA INDEMINIZACIÓN DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE EJECUTAR Y FINALIZAR EL CONTRATO, CORRESPONDIENTE A LA UTILIDAD ESPERADA (PETICIÓN QUINTA DE LA RECLAMACIÓN).

En consideración a lo anterior el CONSORCIO IMPUESTOS Y SERVICIOS EFICIENTES (CISE) queda con la libertad de acudir a las vías legales y judiciales para reclamar el reconocimiento...”

En la misma calenda la entidad interventora del contrato de operación PSP 046 de 2006, certificó que a la fecha el consorcio CISE había cumplido a cabalidad, con el objetivo contractual, con sus cargas y obligaciones, no presentaba sanciones ni se le había aplicado multas, y que a nivel de inversiones, el contratista había invertido un total \$5.642.886.650, valor que fue corroborado con la empresa MULTISERVICIOS S.A. Así mismo, aportan informe final “estudio y análisis cuantitativo, evaluación económica y financiera del contrato PSP 46 de 2006, suscrito entre CISE y MULTISERVICIOS”, como puede verse a folios 423 y s.s. cuaderno 1-1.

La Procuraduría 151 Judicial Penal II de Pereira, en audiencia de conciliación celebrada 14 de junio de 2011, se logró acuerdo conciliatorio entre las partes intervinientes en el presente asunto, según acta visible a folios 220 y s.s. del cuaderno 1, el cual fue improbadado por esta Corporación mediante la providencia del 15 de marzo de 2012, con ponencia del Magistrado Carlos Arturo Jaramillo Ramírez, por no haberse acreditado la capacidad jurídica del Consorcio CISE para conciliar de acuerdo con los postulados del artículo 73 de la ley 446 de 1998, obrante a folios 251 y s.s. del cuaderno 1.

### **3.7. ANÁLISIS JURÍDICO**

El presente asunto de una parte, se incoaron controversias de tipo contractual entre la empresa Multiservicios S.A. y el Consorcio CISE, y de otra, se imputaron daños y perjuicios bajo el medio de control de reparación directa en contra del Municipio de Dosquebradas, solicitando el reconocimiento de indemnizaciones por los siguientes conceptos: 1) La imposibilidad de recuperar la inversión realizada única y exclusivamente para la ejecución del contrato y conforme a la obligación establecida en el mismo y 2) la imposibilidad de obtener la utilidad esperada por la ejecución del contrato.

Respecto a la responsabilidad de la empresa MULTISERVICIOS S.A. (liquidada), aduce que existió una relación contractual con el CONSORCIO CISE, en virtud de la celebración del contrato de operación número 046 del 7 de diciembre de 2006,

como consecuencia de este surgieron entre las partes derechos y obligaciones, que conforme al ordenamiento jurídico vigente, debían ejecutarse de buena fe, en virtud de la confianza legítima surgida entre las partes en la etapa de negociación, pues la parte actora accedió de buena fe con la terminación por mutuo acuerdo del contrato de operación, con el fin de evitar el agravamiento de los perjuicios que se le estaban causando, sin que ello significara en modo alguno, la renuncia por parte del consorcio y sus integrantes a la reclamación de los perjuicios derivados de la terminación anticipada del contrato.

En lo concerniente a la responsabilidad que le corresponde al Municipio de Dosquebradas, señala la entidad demandante que, si bien no existe relación contractual, sí existe una relación conexas derivada, por cuanto se presenta un vínculo directo de la entidad territorial demandada al autorizar expresamente la celebración del contrato entre la empresa MULTISERVICIOS S.A. y el CONSORCIO CISE, igualmente el ente territorial accionado se constituye en el único y exclusivo beneficiario de los servicios prestados por el demandante, contratados a través de MULTISERVICIOS S.A., al haberse servido de las inversiones realizadas y de los bienes adquiridos y destinados exclusiva y únicamente para la ejecución del contrato por parte del CONSORCIO CISE.

Siguiendo con lo dicho, indica que constituye fuente de responsabilidad del Municipio de Dosquebradas el hecho de que fue esta entidad la que diseñó el contrato celebrado entre MULTISERVICIOS S.A. y el Consorcio CISE, mediante la estructuración y celebración del Convenio Interadministrativo número 008 de 2006, celebrado con MULTISERVICIOS S.A., en el cual se plantea el modelo económico y financiero incorporado en el contrato estatal de operación 046 celebrado entre MULTISERVICIOS S.A. y el demandante. En este sentido, el Municipio de Dosquebradas es responsable directo del diseño, estructuración, planeación y planificación del modelo económico, financiero y contractual contenido en el contrato celebrado entre Multiservicios y la parte actora, por ende, al presentarse la imposibilidad de ejecutar el contrato conforme al modelo económico y financiero planteado, por circunstancias ajenas al contratista, se genera responsabilidad por parte del gestor y beneficiario del contrato, como lo es la entidad territorial demandada.

En lo referente a dichos argumentos, el Municipio de Dosquebradas, único sujeto procesal que presentó contestación de la demanda dentro del asunto de la referencia, por cuanto la empresa MULTISERVICIOS S.A., permaneció en silencio durante dicho traslado pese a que fue remitida notificación por correo electrónico a la gerente liquidadora (fls. 346 y 347 del Cdo. 1-2), inclusive, hasta el auto del 2 de septiembre de 2016, proferido por esta Corporación, dicha entidad territorial accionada asevera que la situación jurídica – comercial suscitada entre MULTISERVICIOS S.A. y CISE, materializada en el contrato número PSP-46 de manera alguna podrá derivar responsabilidad en su contra, precisamente ante la ausencia del municipio como parte dentro del referido contrato, es ajeno a las relaciones contractuales y las reglas de operación y ejecución entre MULTISERVICIO S.A., a quienes deben corresponderle el contenido literal del contrato de operación ya citado.

Agrega que el daño en el presente juicio de responsabilidad se hace constituir en la supuesta utilización de los bienes e inversiones que realizó el Consorcio CISE, y de los que se afirma, se benefició el Municipio de Dosquebradas, con relación al recaudo de rentas durante el año 2009 y 2010, previo acuerdo con MULTISERVICIOS S.A., en virtud del convenio interadministrativo número 008, afirmación que adolece de prueba.

En consideración con los razonamientos planteados y los problemas jurídicos formulados en el acápite de objeto de la decisión, ocupa la atención de la Sala establecer si se presentó un incumplimiento de las obligaciones contractuales por la terminación anticipada del contrato de operación número PSP 046 del 7 de diciembre de 2006 suscrito por el Consorcio CISE y la Empresa MULTISERVICIOS S.A. (hoy liquidada), quien a su vez celebró contrato interadministrativo número 008 del 27 de enero de 2006 con el Municipio de Dosquebradas, y si en consecuencia procede la indemnización de perjuicios en las cuantías solicitadas por la parte actora, previa verificación de la validez de los acuerdos contractuales en controversia, dado que esto último es un presupuesto necesario para estudiar las pretensiones del libelo introductorio.

Ciertamente, en las controversias en las cuales se discuta responsabilidad contractual y extracontractual por la terminación anticipada de un contrato, es obligación de la autoridad judicial velar por la legalidad del contrato fuente del conflicto que se somete a su consideración, puesto que la exigibilidad de los derechos y obligaciones que se pretenden desprender de él, supone que se ajustó a derecho, esto es, que el contrato esté exento, por lo menos, de vicios de nulidad absoluta que pueden ser declarables de oficio.

Dicha labor del juez, como guardián de la legalidad y autoridad ante quien se ventila el respectivo medio de control, debe realizar las valoraciones pertinentes que le permitan concluir de manera antelada a la verificación de las obligaciones que se tachan como omitidas o incumplidas, al reconocimiento de los derechos que se reclaman por infracción al acuerdo y a la imposición de las condenas que se pretenda, que el contrato estatal se aviene a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

Por todo lo anterior, encuentra esta Sala Dual de Decisión imperante abordar los siguientes aspectos: 1) De la declaratoria judicial de nulidad absoluta del contrato de operación número PSP 046 de 2006, 2) De la figura de nulidad absoluta por objeto ilícito y, 3) por último, los efectos de nulidad absoluta por objeto o causa ilícita y la procedencia de las restituciones mutuas en el caso concreto.

### **3.7.1. De la declaratoria judicial de nulidad absoluta del contrato de operación PSP 046 de 2006.**

Sea lo primero para indicar que respecto del estudio de legalidad del contrato de operación número PSP 046 del 7 de diciembre de 2006 suscrito por el Consorcio CISE y la empresa MULTISERVICIO S.A., este Tribunal - Sala de Conjuces con sentencia de segunda instancia del 21 de agosto de 2015, dentro del proceso de acción popular, radicado número 66001-33-31-003-2008-00457-01 (D-0491-2010) actor: Procuraduría Judicial II número 37, se pronunció declarando la nulidad

absoluta del mentado acuerdo, por cuanto se evidenció un objeto ilícito, de conformidad con lo previsto en los numerales 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, el conjuer ponente John Jairo Colorado Villa, sostuvo:

“La actividad contractual reseñada tiene que ver con el convenio interadministrativo No. 442, suscrito entre el Municipio de Pereira y la sociedad Multiservicios S.A., el 27 de enero de 2006, para el desarrollo del proyecto “MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA, CALIDAD Y GESTIÓN EN EL MANEJO DE LAS RENTAS MUNICIPALES”, y el contrato de operación No. PSO 46 suscrito entre MULTISERVICIOS S.A., y el CONSORCIO IMPUESTO y SERVICIOS EFICIENTES – CISE, sociedad consorcial conformada por las empresas CNID S.A. SERVINFORMACIÓN S.A., cuyo objeto era el suministro tecnológico y la asistencia técnica a Multiservicios S.A, para lograr la modernización tecnológica que permita el incremento de recaudo de los impuestos municipales de Pereira y Dosquebradas.

**Para la Sala de Conjueres, en ambos contratos se evidencia un objeto que conduce necesariamente a la nulidad absoluta de los mismos de conformidad con lo previsto en los numeral 2) y 4) artículo 44 de la ley 80 de 1993.**

El artículo 44 expresa:

**ARTÍCULO 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:

- 1o. Se celebren con personas incursas 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...”

La anterior norma debe ser interpretada en armonía con los artículos 1519, 1523 del Código Civil, que regulan el objeto ilícito en los contratos.

El artículo 1519 del Código Civil expresa:

“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación...”

A su turno, el artículo 1523 de la misma codificación, señala:

“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no existe norma alguna que faculte a los Alcaldes municipales para delegar la función de administrar y recaudar los tributos de propiedad de las entidades territoriales (Art. 315 CP, Art. 91, 92 Ley 136/94, Art. 560, 688 Ley 624 de 1989 E.T., Art, 66 Ley 383 de 1987), ni mucho menos a los Concejos Municipales, y a que esta función es ajena a su órbita funcional (Art. 31 3 CP. art. 32 Ley 136 de 1994), en consecuencia, cuando el burgomaestre local acudió a la celebración del convenio demandado, obró por fuera del marco legal de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 y 122 de la Constitución Política, por lo tanto el objeto contractual era ilícito, por contravenir la Constitución y la ley, configurándose así la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 12) del artículo 44 de la ley 80 de 1993. (...)

**Igual, aconteció con la celebración del contrato de operación No. PS P 46, el 07 de diciembre de 2006, entre sociedad Multiservicio s S.A. y el Consorcio Impuestos y Servicios Eficientes -CISE-, e n la medida en que la sociedad pública demandada hizo caso omiso de la declaratoria de invalidez del artículo 4 del Acuerdo No. acuerdo No. 42 de 2005 a través de la sentencia del veintidós (22) de junio de 2006 proferida por el Honorable Tribunal**

**Contencioso Administrativo de Risaralda, Rad. 66001-23-31-001-2005-01174-00, con ponencia del Dr. José J. Orozco Giraldo, en virtud de la cual, se declaró la invalidez del artículo 4 del acuerdo No. 42 del 4 de octubre de 2005 expedido por el Concejo Municipal de Pereira que disponía:** "Delegar en el Empresa Multiservicios S.A., la función de apoyo a la fiscalización de las rentas del municipio " (negrillas fuera del texto), y de la expresión "con la Empresa Multiservicios S.A", contenida en el artículo 5o. del mismo acto administrativo , que expresaba: "Autorizar al Alcalde de Pereira para que contrate con la Empresa Multiservicios S.A., la ejecución del proyecto "MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA, CALIDAD Y GESTIÓN EN EL MANEJO DE LAS RENTAS DEL MUNICIPIO DE PEREIRA", (negrillas fuera del texto) , como el parágrafo del mismo artículo, que indicaba : "Multiservicios S.A. para la ejecución del proyecto "MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA, CALIDAD Y GESTIÓN EN EL MANEJO DE LAS RENTAS DEL MUNICIPIO DE PEREIRA", podrá contratar con personas naturales, jurídicas públicas o privadas. **Conforme a las normas y principios que rigen la contratación pública, en la modalidad que considere conveniente para el desarrollo del proyecto, dando aplicación al referido convenio interadministrativo No. 442, sin importarle el alcance jurídico de la decisión judicial y el marco jurídico que impedía la realización del referido contrato, configurándose la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 4) de artículo 44 del a Ley 80 de 1993. (...)**

Con la celebración del contrato de operación No. PS P 46, del 07 de diciembre de 2006, entre la sociedad Multiservicios S.A. y el Consorcio Impuestos y Servicios Eficientes - CISE, el **irrespeto al ordenamiento jurídico se perpetuó sin justificación alguna, evidenciándose las causales de nulidad absoluta 2) y 4) del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, y adicionalmente, se consumó la causal 3), relativa al abuso o desviación del poder, pues no era procedente una actuación contractual de esa naturaleza al desaparecer el sustento jurídico que aparentemente lo había permitido, se afirma que aparentemente , porque ningún Acuerdo Municipal puede estar por encima de la Constitución y la Ley (Art . 4 CP, Art. 5 del a Ley 57 de 1887).**

De la reseña histórica del anterior episodio administrativo del Municipio de Pereira, se puede afirmar que se trató de un sinnúmero de actuaciones concatenadas que **llevaron a que un particular (Consorcio CISE) , recaudara los tributos municipales, propósito que como se vio era ilegal por tener un objeto ilícito, pero además, hay otros asuntos convenidos por las partes contractuales que desbordan la legalidad y la propia conveniencia de la entidad territorial, como son el plazo y la remuneración pactada .**

En el convenio interadministrativo celebrado entre el municipio de Pereira y la Sociedad Multiservicios S.A., se pactó un periodo de ejecución de veinte (20) años, **y en el contrato de operación entre la Sociedad Multiservicios S.A. y el Consorcio -CISE - un plazo de diecinueve (19) años, este es, algo más de cuatro (4) periodos de un Alcalde, desconociendo así los límites temporales y conceptuales del artículo 11 de la Ley 819 de 2003. (...)**

**Las anteriores irregularidades no desaparecen de la vida jurídica** por la expedición de la resolución No. 515 del 11 de diciembre de 2008, por medio del cual el Alcalde Municipal de Pereira, declara unilateralmente la terminación del convenio interadministrativo No. 442 del 27 de enero de 2006 (fls. 356-36 0 C.1-1), y de la resolución No. 5487 del 22 de diciembre del mismo año (fl. 362-372 C. 1-1), a través de la cual se confirma esa decisión, **ni tampoco con la suscripción del acta de terminación del contrato de operación No. PSP 046 (fls. 486 - 50 0 C. 1-2), en la medida en que los actos contractuales demandados tuvieron vigencia y produjeron efectos jurídicos por espacio superior a dos (2) años, y actualmente, quien fungió como operador dentro del contrato de No. PSP 046 del 07 de diciembre de 2006, vale decir, el Consorcio "CISE", viene pretendiendo el pago de una indemnización, aspecto que puede llegar a afectar el derecho o interés colectivo o al patrimonio público, lo que evidencia a la procedencia de la presente acción popular y debilitar la**

conclusión del Ad quo sobre la ocurrencia de un hecho superado la carencia del objeto (...)

Entre tanto, como se advirtió inicialmente, el acatamiento al principio de congruencia en la sentencia hacía necesario un estudio sobre la legalidad de los actos demandados, lo que se echa de menos en el fallo recurrido, y a que los efectos jurídicos surgidos de la declaratoria de terminación unilateral del convenio interadministrativo No. 442 y del acto de terminación del contrato de operación No. PSP 046, en modo alguno pueden asimilarse a una declaratoria de nulidad absoluta, por la competencia para su declaración, jurisdicción contenciosa administrativa, las causales para su configuración artículo 44 de la ley 80 de 1993, y sobre todo, porque produce efectos ex – tunc, esto es, se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad...” (Negritas fuera del texto original).

Del anterior análisis, es evidente que el contrato de operación número PSP 046 del 7 de diciembre de 2006 celebrado por la empresa MULTISERVICIOS S.A. y el Consorcio demandante, contemplaba una delegación absoluta del recaudo de tributos municipales a un particular, sin establecer, siquiera mecanismos de vigilancia y control por parte del ente territorial. La delegación de una prerrogativa eminentemente pública contradice la naturaleza misma de la función tributaria, esencialmente característica y definitoria del Estado, conforme la teoría política moderna, es decir, el carácter exclusivamente público del tributo.

Igualmente, queda claro que con la suscripción del antedicho contrato tanto el Consorcio CISE como la empresa MULTISERVICIOS S.A. hicieron caso omiso de la declaratoria de invalidez parcial del Acuerdo número 42 de 2005, mediante fallo del 22 de junio de 2006 referenciado en el acápite de análisis probatorio, por esta Corporación, ya que sin tomar en consideración dicha decisión judicial y el marco jurídico que impedía la ejecución del referido contrato, lo suscribieron el día 7 de diciembre de 2006. Irregularidades que no desaparecen de la vía jurídica con la expedición del acta de terminación del susodicho contrato, en la medida en que este tuvo vigencia y produjo efectos jurídicos por un lapso superior a dos años, causándole afectación al derecho o interés colectivo al patrimonio público.

Bajo tal escenario, la Sala de Conjuces de este Tribunal, encontró configuradas las causales 2º “se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal” y 4º “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”, del artículo 44 de la ley 80 de 1993, y en consecuencia declaró la nulidad absoluta del contrato de operación número PSP 046 del 7 de diciembre de 2006, por tener un objeto ilícito y por haber sido suscrito luego de la declaratoria de nulidad del fundamento jurídico que lo autorizó (sentencia de invalidez parcial del Acuerdo número 42 de 2005 ).

### **3.7.2. De la figura de nulidad absoluta por objeto ilícito.**

Un contrato es válido cuando se ajusta a derecho, y cumple en su formación con los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico. No obstante, no toda vulneración a las normas afecta de nulidad absoluta el contrato, sino aquellas irregularidades previstas taxativamente por el legislador, lo cual se traduce en una reserva de ley, esto es, que solo él puede establecer causales que afecten de nulidad absoluta un contrato.

En relación con la posibilidad de declarar la nulidad del contrato, en el régimen general de contratación, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 indica:

“ARTICULO 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:

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

“2°. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

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

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

“5°. 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”.

Conforme a dicha disposición, las causales de nulidad de los contratos estatales no solo están previstas en el régimen de contratación pública, sino que también se encuentran incorporadas las previstas en el derecho común (civil y comercial), por lo tanto, existen dos fuentes normativas de los presupuestos de nulidad de los contratos estatales, las primeras contenidas en el derecho común, y la segundas las propias del derecho administrativo, todas recogidas en la norma pública.

Es así, que en materia civil los artículos 1740, 1741 y 1742 del Código Civil, disponen:

ARTICULO 1740. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. 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.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

ARTICULO 1742. OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA. Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o 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.

Obligación que, así como en las normas que gobiernan el régimen privado, se encuentra igualmente prevista en el Estatuto General de Contratación, solo por mencionarlo en forma ilustrativa, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, faculta e impone el deber de declararla de oficio, cuando aparezca plenamente demostrada y advierte que la misma no es susceptible de ser ratificada por las partes.

Por su parte, el código de comercio establece como causales de nulidad, las siguientes:

“ARTÍCULO 899. NULIDAD ABSOLUTA. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

ARTÍCULO 900. ANULABILIDAD. Artículo CONDICIONALMENTE  
exequible Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.”

En relación con la figura de nulidad absoluta en los contratos estatales, el Tribunal Máximo de lo Contencioso Administrativo<sup>10</sup> ha sustentado la existencia de las causales de la ley 80 de 1993 con fundamento en la protección del orden jurídico, pues estas son sanciones que consagra la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, las normas imperativas, lo que se traduce que protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y que las facultades del juez se incrementan, ya que puede decretarse de manera oficiosa, en tal entendido sostuvo:

“Reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación ha convenido que, en aquellos casos en los cuales se tiene certeza sobre la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta del contrato, el juez se encuentra revestido de la facultad de declararla oficiosamente, al margen de que la misma no hubiere sido solicitada por las partes.

En efecto, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 estableció que “la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público y, por cualquier persona o declarada de oficio, ...”; por su parte, el artículo 87 del C.C.A., en la forma en que fue modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 dispuso que “[E]l juez administrativo queda facultado para declararla de oficio [se refiere a la nulidad absoluta] cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

**Aunado a lo expuesto, la Sala observa que el Estatuto de Contratación Estatal comprende una regulación expresa acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las entidades**

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente Marta Nubia Velásquez Rico, providencia del 17 de agosto de 2017, dentro del proceso con radicación número 76001-23-31-000-2005-04408-01(52490).

**estatales, que se encuentra contenida en sus artículos 44 a 49 de la Ley 80, disposición que al tiempo ordenó la incorporación<sup>11</sup> a este cuerpo legal de las causales de nulidad absoluta de los contratos contempladas en el Código Civil.**

Por cuenta de esa integración normativa, la Sala observa que **el Código Civil en su artículo 1741<sup>12</sup> puntualmente determina que habrá nulidad absoluta del contrato cuando se celebre con objeto ilícito. Seguidamente, el artículo 1519 de ese mismo Estatuto establece que existirá objeto ilícito en todo aquello que contravenga el derecho público de la Nación.**

Se insiste en que no reposan en el plenario elementos demostrativos de que previamente a la celebración del Contrato de Prestación de Servicios No. 051, en cuya virtud se pretendió trasladar el contratista la pluricitada función, el municipio contratante hubiera observado estrictamente las normas sobre la delegación emanada del órgano competente, como tampoco que hubiere adelantado el respectivo procedimiento de selección con arreglo a los principios de la Ley 80 de 1993.

En secuencia con lo advertido, ha de concluirse que el Contrato de Prestación de Servicios No. 051 de 2001 se encuentra viciado de nulidad absoluta por ilicitud en el objeto, en tanto que, en su etapa de formación y celebración, se desconocieron las normas de derecho público que regulan el respectivo procedimiento de delegación en cabeza de los particulares de la función administrativa de fiscalización y cobro coactivo y persuasivo de impuestos municipales, así como se ignoró el proceso de selección que debía antecederlo, disposiciones de imperativa observancia recogidas en la Ley 489 de 1998, por la cual se regulan la organización y funcionamiento, se expiden disposiciones sobre principios y finalidades de la función administrativa, y en el Ley 80 de 1993, que contiene el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, normas jurídicas que hacen parte del derecho público de la Nación.

Ahora bien, en lo concerniente a la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, prevé el artículo 1519 del Código Civil, que existe objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación, defecto que vicia de nulidad absoluta el contrato así celebrado. Es por ello, que esta causal es aplicable cuando el ordenamiento jurídico hubiese prohibido expresamente la celebración de determinados tipos contractuales, o el pacto de cierta cláusula, o que determinados contenidos de un contrato lícito no los puede pactar el Estado, como proscripción general o especial, pero la causal no comprende, cualquier violación al ordenamiento jurídico, pues de lo contrario, habría que concluir que ella integra todos los demás.

Al respecto ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 16 de agosto de 2006, dentro del expediente con radicación interna 31.480, en cuanto a la causal segunda del artículo 44 de la ley 80 de 1993 – celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional y legal – que:

**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”,

<sup>11</sup> El artículo 44, inciso primero de la Ley 80 expresamente señala que “Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...”.

<sup>12</sup> “ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. 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”.

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 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 CP<sup>13</sup>–, o en relación con *ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas*

---

<sup>13</sup> “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.

**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.**

**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.** (Negrillas fuera del texto original)

En pronunciamiento más reciente dicha corporación<sup>14</sup>, consideró:

“Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita<sup>15</sup>, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.

(...)

6.5.- En consecuencia, por regla general, si se desacata una norma que manda, es decir una que contiene una prohibición genérica o implícita del estatuto contractual, o, lo que es lo mismo, una norma que imperativamente ordena aunque no prohíbe expresamente, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero, la causal no será la enlistada en el No. 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino una diferente según el caso.”

Bajo las circunstancias que han quedado demostradas *ut supra*, para la Sala es claro que el contrato de operación número PSP 046 de 2006, suscrito entre la empresa MULTISERVICIOS S.A. y el Consorcio CISE, fue celebrado contra expresa prohibición constitucional y legal, en la medida en que despojaron a la administración municipal de una función privativa que no admite delegación, como es la función de recaudar los impuestos municipales y además, se permitió que unos particulares se lucraran con el recaudo de los tributos. En igual sentido, desconocieron una decisión judicial proferida por esta jurisdicción que ordenó la invalidez parcial del Acuerdo 42 de 2005 fundamento jurídico del aludido contrato.

En este sentido, dicha relación comercial que sustenta las súplicas de la demanda principal, fue declarado nulo de manera absoluta por contener objeto ilícito.

Ahora bien, comoquiera que en el proceso que declaró la nulidad del contrato no se adoptaron otras decisiones, la entidad demandante pretende ahora el reconocimiento de los perjuicios que se le causaron por la imposibilidad de recuperar la inversión realizada exclusivamente para la ejecución del contrato y de obtener la utilidad esperada.

---

“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.”

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 15 de diciembre de 2017, Exp: 50.045.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324. (Original del fallo que se cita)

### 3.7.3. Efectos nulidad del contrato por objeto ilícito – restituciones mutuas.

En lo relativo a los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un acto o contrato o de una de sus cláusulas, debe preverse que conforme a la ley ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (C.C., art. 1625) y de retrotraer la situación de las partes al estado en que se encontrarían, como si el contrato no hubiera existido (efectos *ex tunc*).

Es así como dentro del régimen del derecho común, el artículo 1746 del Código Civil contempla que, por regla general, la declaración judicial de la nulidad, tiene fuerza de cosa juzgada y da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo; es decir, la respectiva sentencia que contenga tal declaración produce efectos retroactivos, conforme a los cuales, en el caso de los contratos, a cada parte surge el deber de restituir o repetir a la otra lo que ha recibido como prestación del contrato anulado, excepto cuando ésta ha tenido por fuente un objeto o causa ilícita a sabiendas, de conformidad con lo dispuesto por el inciso primero de aquella disposición y el artículo 1525 *ibídem*, según el cual, “cuando se decreta la nulidad de un contrato por objeto ilícito, no puede repetirse lo que se haya dado o pagado por una causa u objeto ilícito a sabiendas”.

Acerca del alcance dado a las mentadas normas que integran la codificación civil, en lo relativo a restitución mutuas por nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, resultan ilustrativas las consideraciones que sobre el particular ha vertido la H. Corte Suprema en su Sala de Casación Civil, con ponencia del magistrado Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, dentro del expediente SC13097-2017; Radicación n° 76001-31-03-009-2000-00659-01, en providencia emitida el veintiocho (28) de agosto de dos mil diecisiete (2017):

“Es de verse, pues, cómo en el citado precepto 1746 hay una regla general para restituir lo “dado o pagado” por las partes del contrato cuya nulidad se declara judicialmente, a más de lo relativo a frutos, mejoras y demás prestaciones recíprocas, conceptos todos que se enmarcan dentro de las llamadas restituciones mutuas; **pero esa pauta es sin desmedro de las secuelas previstas para los eventos de nulidad por «objeto o causa ilícita», que remiten al artículo 1525 y subsisten en el sistema del código, a pesar de la ya vista modificación del 1742 por la ley 50 de 1936.**

**De donde emana que si bien las partes están legitimadas para alegar ese defecto de validez, no pueden tener derecho a los restablecimientos anejos, cuando el mismo emana de un objeto o causa ilícita que ellas conocieron, porque la restricción dispuesta en aquel (art. 1525) al no permitir que pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilegales, como ha dicho la Corte, es de un gran contenido ético fundado en el principio clásico que impide sacar provecho o repetición de su propia torpeza o dolo<sup>16</sup>. El orden jurídico impide ir en contravía de la regla moral de las obligaciones que desde los romanos enseña que la justicia se niega a dar protección cuando quien la requiere no llega hasta ella con las manos limpias (*nemo creditur turpitudinem suam allegans*)<sup>17</sup>.**

<sup>16</sup> Casación civil de 22 de enero de 1971, GJ. 2340, p. 50.

<sup>17</sup> Citada en la sentencia de esta Sala del 4 de Octubre de 1982, CLXV, P. 215.

De ahí, **que si una persona de manera consciente interviene o participa, directa o indirectamente, en la formación de un acto con objeto o causa ilícitos, debe negársele protección, o cuando menos las prestaciones que ejecutó o dio en tal cometido.**

Pero desde luego que restricción de ese linaje no se aplica de manera mecánica, puesto que el precepto 1525 **requiere una especie de atribución participativa en el acto o contrato afectado por objeto o causa ilícitos, al agregar que sea «a sabiendas», vale decir, de modo cierto, con pleno o inequívoco conocimiento de los contratantes**, porque tuvo ocasión de precisar esta Corte, tal expresión, entendida en su sentido natural y obvio (art. 28 del C.C.), que debe ser el de la lengua española, significa «de modo cierto, a ciencia cierta», y que, por consiguiente, «se requiere un conocimiento objetivo o un conocimiento-realidad frente a determinado hecho.» (Negrillas fuera del texto original).

Estos principios del derecho privado fueron parcialmente modificados dentro del régimen de la contratación estatal, con el artículo 48 de la ley 80 de 1993, el cual preceptúa que la declaración de nulidad no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, especificando que en los eventos de nulidad por objeto o causa ilícita será procedente cuando se prueba un beneficio para la entidad contratante, en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha reseñó:

“De conformidad con el artículo 48<sup>18</sup> del Estatuto de Contratación Estatal, la nulidad absoluta de un contrato, además de sustraerlo del orden jurídico, retroactivamente, es decir, desde el mismo momento de su celebración, al tiempo impone el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad.

Así, aun cuando los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, por virtud de los cuales la declaratoria de nulidad del contrato tiene un efecto retroactivo, en tanto origina la retrotracción de los efectos generados con anterioridad a su supresión de la vida jurídica con ocasión de la decisión judicial, con excepción de la nulidad producida por la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes, **no puede perderse de vista que la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 se erige como una disposición especial en materia de invalidez de los contratos celebrados por entidades estatales sometidas a su imperio.**

Se extrae de lo advertido que la regla prevista en el 48 de la Ley 80 de 1993 constituye una norma especial que, como viene de explicarse, **goza de plena aplicación en los eventos de declaratoria de nulidad de los contratos estatales y que, a diferencia de lo contemplado en las normas civiles, no consagra una hipótesis de restitución mutua, sino de reconocimiento de prestación ejecutada para los eventos en que se declare la nulidad de un contrato por objeto ilícito, tal y como sucede en este caso.** Se suma que la procedencia de su reconocimiento, debe estar condicionada a que la labor realizada por el contratista haya derivado un provecho para el municipio, lo cual en este contexto se traduce en un recaudo tributario efectivo por razón de la gestión directa de la demandante.”

<sup>18</sup> “Artículo 48º.- De los Efectos de la Nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.  
“Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

Quiere decir lo anterior que, por regla general en el régimen del derecho privado, la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas, que tiene como fundamento la prohibición constitucional del enriquecimiento sin causa y los principios de equidad y buen fe, siendo relevante el interés público como criterio para que operen las restituciones.

Por ende, solo se reconocerán y pagarán las prestaciones ejecutadas por el contratista que hayan beneficiado a la entidad pública y hasta el valor del beneficio obtenido por ésta, el mismo inciso segundo del artículo 48 deprecado, exige la prueba del beneficio a cargo de la administración, lo que se traduce que no es suficiente con que el contratista haya ejecutado las prestaciones derivadas del contrato, sino que además, se requiere que éstas se hayan dirigido al cumplimiento de las funciones y fines que el ordenamiento jurídico le atribuye a las entidades públicas, es decir, que hubiesen servido para satisfacer un interés público, como lo construiría por ejemplo, la construcción de una carretera para favorecer los predios de un funcionario pero con cuya obra se beneficien dos poblados que se ven unidos por ella.

No obstante, cabe anotar que esta Alta Corporación ha venido morigerando dicha tesis, adoptando una posición intermedia, en el sentido de reconocer las dificultades de establecer una regla general en la materia, por ende, ha optado por que el juez, de cara al caso concreto, adopte la decisión que resulte más adecuada para responder a los principios que guían la contratación administrativa. Al respecto, dicho Órgano de Cierre, consideró:

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

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

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

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

Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una

causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.

**Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.”<sup>19</sup>**

De lo expuesto, colige el Tribunal que para el Consejo de Estado la restitución a cargo de los contratantes en un negocio de carácter estatal declarado judicialmente por nulidad absoluta requiere no solo de la constatación de los beneficios obtenidos, sino que también depende del estudio de la conducta y conocimiento de las partes al momento de celebrar el contrato y de otros elementos que entran en juego para que la decisión resulte compatible con los principios que rigen la materia de la contratación administrativa, incluyendo, los principios de buena fe y equidad.

Advierte la Sala que el pronunciamiento judicial sobre el análisis de legalidad de un contrato y sus consecuencias implica la ausencia de vicios que contengan la nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico o cualquiera de su clausulado, como son el recaer, entre otras, en la celebración de un contrato con expresa prohibición constitucional y legal, causal que está prevista en la legislación para proteger el orden jurídico en aspectos de interés general, por lo que es incompatible con el orden jurídico cualquier pronunciamiento judicial que fije derechos u obligaciones en relación con un contrato estatal que esté afectado por un vicio de nulidad absoluta, es decir, que el contrato no puede considerarse como fuente de derecho a favor del contratista dado el conocimiento de la ilicitud del objeto.

Ciertamente, únicamente los contratos válidamente celebrados podrían fundar legítimamente una reclamación encaminada a accionar los mecanismos dispuestos por la norma, entre otros, pretendiendo lograr su cumplimiento y, según el caso, la indemnización de los perjuicios que se hubiesen causado en razón del desconocimiento de las obligaciones asumidas por el contratante, para buscar el equilibrio y el restablecimiento de las condiciones inicialmente pactadas.

En línea de lo expresado, cuando el contrato estatal como fuente del conflicto se declare nulo, el juez contencioso se encuentra relevado de estudiar las pretensiones de incumplimiento y sus consecuencias, pues la invalidez del contrato o de la cláusula que origina una reclamación impide el análisis sobre la responsabilidad o sus efectos, esto es, los derechos y obligaciones de las partes, por cuanto el carácter vinculante y obligatorio del contrato o de la estipulación, según el caso, es presupuesto para realizarlo.

En este punto vale la pena traer a cita, reciente pronunciamiento<sup>20</sup>, proferido por la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo primero parcial del artículo 20, de la Ley 1882 de 2018 “por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566:  
<sup>20</sup> C-207 del 16 de mayo de 2019, Magistrada Ponente CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.”, en especial respecto de los efectos de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita desde la perspectiva del derecho privado y de la contratación administrativa, dejándose claro lo que a continuación se relaciona:

“Sobre el asunto, es necesario señalar que la regla general en materia de efectos de la nulidad absoluta del contrato en materia civil está contenida en el artículo 1525 del Código Civil y establece que el reconocimiento de las restituciones mutuas depende del conocimiento que las partes (o una de ellas) tuvieren sobre la ilicitud del acto: *“no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*. La exigencia de la buena fe contractual, y en particular, la regla por la cual no es posible sacar provecho de la propia falta, **se traducen en el derecho común en la regla por la cual quedan por fuera de las restituciones resultantes de la nulidad del contrato, aquellos elementos o pagos que se dieron “a sabiendas” de la ilicitud del contrato, porque en tal caso, no existe una buena fe contractual por proteger.**

En efecto, el artículo 1525 Código Civil codifica la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado, principio *“nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*. Este principio ha sido considerado por esta Corte como una regla aceptada desde la antigüedad, que sintetiza el principio de la *bona fides*, y que se traduce en que los tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, pues ello es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos con fundamento en el artículo 95 de la Carta Política.<sup>21</sup>

**Al artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece una regla diferente, en la que el criterio principal para determinar las restituciones en caso de nulidad absoluta es la satisfacción del interés público. Sin embargo, dicha norma ha sido entendida y aplicada por la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia como una regla que debe compatibilizarse con las reglas especiales del Código Civil en la materia.**

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha concentrado en explicar de forma más detallada el margen de apreciación que el juez debe tener a la hora de decidir las restituciones a que pueda haber lugar en el caso de un contrato estatal viciado de nulidad absoluta, y en particular, respecto de aquellos casos en que el conocimiento previo de las partes pueda resultar comprometido. (...)

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería). “La aplicación de la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* frente a la administración de justicia. La Corte Constitucional ha mantenido una orientación jurisprudencial, respecto de la figura que se analiza en diversas providencias, lo cual se justifica en la prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso INMERECHIDAS dentro del ordenamiento jurídico. Además, guarda coherencia con el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, lo cual conduce a que eventualmente una acción de tutela resulte improcedente cuando los hechos desfavorables los ha generado el mismo interesado, como cuando por ejemplo no es advertida la curia o diligencia exigible en un proceso judicial. \ Es que los derechos deben ejercerse de conformidad con el designio previsto por el Legislador. Pero ese ejercicio, a más de que lleva implícita una garantía en cabeza de su titular, al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquél. \ Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la *bona fides*, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado. \ Dicha regla, materializada en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio” \ De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aun así, pretende suceder al causante. \ Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido. \ Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)”

En segundo lugar, nada indica la disposición sobre la regla común, aplicable a todo contrato civil, comercial o administrativo, referida al conocimiento de las partes sobre la ilicitud del acto, por lo que, siguiendo la jurisprudencia en la materia, se entendería que la misma no resulta aplicable de forma imperativa, aunque es un elemento a tomar en consideración por el juez en la solución del caso concreto.

Al respecto, la Corte concluye que en efecto existe una diferencia relevante entre los efectos de la nulidad absoluta según la razón en que se funde dicha declaratoria de nulidad. En particular porque frente a la nulidad por objeto y causa ilícita, el derecho colombiano ha establecido una excepción frente a la regla general de restituciones, consistente en excluirlas para aquellas partes que hayan actuado con conocimiento de la causa u objeto ilícitos (“a sabiendas”) que dio lugar a la nulidad.<sup>22</sup> **Esa regla, aunque anterior a la Carta Política de 1991, es reflejo de los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 de la CP) y prevalencia del interés general (artículo superior 1) y es acorde con la exigencia constitucional de la licitud de los actos para la consolidación de derechos de propiedad (artículos 4, 34 y 58 superiores).**

**En efecto, permitir que un contratista que actúa dolosamente, o con conocimiento de la ilicitud que da lugar a la nulidad de un contrato, reciba restituciones por los costos, gastos e inversiones que ejecutó en dicho contrato, significa permitir que saque provecho de su actuación ilícita, y darle a dicha ilicitud, que afecta el patrimonio público y el interés general, la capacidad de crear efectos jurídicos en materia de consolidación del derecho de propiedad.**

Sobre este último aspecto, algunos de los intervinientes en el presente examen alegaron que dejar de pagar los costos, inversiones y gastos en que se haya incurrido para la ejecución de las obras efectivamente adelantadas luego de la nulidad absoluta sería desconocer el respeto por los derechos patrimoniales del contratista. **Sobre este punto es menester recordar, que esta Corte ha sostenido en su jurisprudencia que la protección de los derechos de propiedad está condicionada a la licitud de los actos en que se funde. En otras palabras, se protegen los derechos adquiridos de manera lícita, en cambio, esa protección no se extiende a quien adquiere dominio por medios ilícitos, pues “quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio que llegue ejercer es solo un derecho aparente, portador de un vicio originario que lo torna incapaz de consolidarse, no susceptible de saneamiento y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento.”**<sup>23</sup>  
(...)

Así, ante todo, **los reconocimientos en un contrato estatal declarado absolutamente nulo por objeto o causa ilícita en que se establezca que el concesionario, o sus socios o integrantes tuvieron conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad del contrato requiere del análisis de diferentes variables que, a la luz del sustento fáctico concreto, deben condicionar las posibles restituciones a que haya lugar. La gravedad de la ilicitud, en particular si se trata de un hecho punible y si el mismo constituye un acto de corrupción, el respeto por el principio de buena fe, así como las relaciones que existan entre la parte contratista y aquellos que intervienen como terceros en el contrato, son cuestiones que deben ser analizadas en cada caso, cuando esté demostrado que el contratista tenía conocimiento de la ilicitud en el momento en que se celebró el contrato de APP.**  
(...)

Para esta Corte, una regla general y absoluta que excluya la discrecionalidad del órgano jurisdiccional o administrativo para evaluar las características de cada

<sup>22</sup> Código Civil Colombiano, Artículo 1525 Acción de repetición por objeto o causa ilícita. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia C-740 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño).

caso, en cuanto al conocimiento y la actuación de buena o mala fe de las partes o de supuestos terceros sobre la ilicitud del acto, así como sobre las posibles afectaciones a terceros de buena fe, al interés público y a otros principios constitucionales, a fin de determinar la viabilidad de las restituciones que surjan de un contrato de APP declarado nulo absoluto por objeto y causa ilícita, sería contraria a la Carta Política por cuanto resulta irrazonable y desproporcionada.

**En conclusión, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, que se desprenden de los artículos 1, 4, 34, 58 y 83 de la Carta Política impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones.**

Por lo tanto, para la Corte Constitucional dadas las características propias de los contratos de APP y de concesión de obras de infraestructura vial, en que la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se declare la nulidad absoluta de uno de estos contratos se regirán bajo la regla general de la protección de la buena fe, y por lo tanto, deben dirigirse primordialmente a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe. **A contrario sensu, cuando esté demostrado que el contratista, así como sus miembros y socios, o terceros aparentes (para lo cual la autoridad competente podrá recurrir al levantamiento del velo corporativo) hayan actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, ellos no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones.**

Por otra parte, la norma establece que se deberá reconocer el valor *de los costos, las inversiones y los gastos* en que se incurrió para la ejecución del contrato declarado nulo absoluto. **Al respecto es menester señalar que el monto de los reconocimientos a realizar a título de restituciones tiene, en concordancia con la protección del interés general y del patrimonio público, una relación directa con el grado de satisfacción del interés público que las obras entregadas generan al Estado.**

Según se pudo revisar a lo largo de la jurisprudencia constitucional, la interpretación de los artículos 1 y 58 respecto de la prevalencia del interés público y la protección del interés general redundan en la necesidad de proteger los recursos y administrarlos de forma justa y equitativa. **En su jurisprudencia, el Consejo de Estado, al interpretar el artículo 48 de la Ley 80 de 1993,<sup>24</sup> claramente ha establecido que el grado de satisfacción del interés público es el único criterio para valorar el monto de las restituciones a cargo del Estado, y a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, dicha regla resulta ajustada a la Carta Política por cuanto, como se explicó en la fundamentación de esta sentencia, el contrato administrativo es una herramienta para la satisfacción del interés público, y solo en esa medida tiene legitimidad.** Bajo esa misma premisa, el pago de obras adelantadas en un contrato estatal solo se justifica en cuanto las mismas contribuyen a satisfacer el interés público.” (Negrillas fuera del texto original)

Conforme a lo considerado por este Alto Tribunal Constitucional, la procedencia en el reconocimiento sobre restituciones mutuas en casos de nulidad absoluta de contrato estatales, están condicionados por el interés público, la gravedad de la

<sup>24</sup> Ley 80 de 1993, “ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. \\ Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

ilicitud, el respeto por la buena fe y el conocimiento que los contratistas o los terceros hayan tenido sobre la causal de nulidad, al momento de la celebración del acuerdo jurídico. Es por ello, que ha expuesto que el Consejo de Estado tiene una pacífica jurisprudencia al interpretar las normas de contratación estatal, enfatizando que los reconocimientos a que haya lugar en casos de nulidad absoluta, son los que corresponden a la satisfacción del interés público.

En otras palabras, en el derecho administrativo, el parámetro primordial referente a los efectos de la nulidad del contrato estatal establece la obligación de reconocer el monto de la ejecución de las obras que satisfagan el interés público, por ende, el cumplimiento de este presupuesto, avala el pago de las prestaciones adelantadas, y se constituye en la base para determinar el pago a efectuar.

A juicio de la Corte Constitucional, los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público, que se desprenden de los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Carta Política impiden obtener provecho de las actuaciones ilícitas y de mala fe, y por otro lado, la regla general aplicable a todos los contratistas, tanto en la legislación civil, comercial como administrativa, implica que, en caso de actuar a sabiendas de la ilicitud que genera la nulidad absoluta de un contrato, no se puede ser beneficiario de restituciones, situación que será estudiada por la autoridad judicial en cada caso.

La regla por la cual quien actúa de manera dolosa o a sabiendas de la ilicitud que da lugar a la nulidad puede ser objeto de restituciones, atenta contra la obligación de actuar de acuerdo al principio de buena fe (artículo 83 superior), contra la protección del interés público (artículo 1 superior) y de la legalidad de los actos como condición para la consolidación de la propiedad (artículos 4, 58 y 64),

De lo que se desprende entonces que se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los eventos en que no esté probado que actuó a través de una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícita, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.

#### **3.7.4. De la pretendida responsabilidad contractual de la empresa MULTISERVICIOS S.A.**

Todo lo anotado en precedencia permite verificar que en el asunto estudiado, en efecto, se pasó por alto lo dispuesto por la sentencia del **22 de junio de 2006**, en la cual se recuerda esta Corporación se pronunció respecto de la legalidad del Acuerdo número 42 de 2005 proferido por el Concejo Municipal de Pereira, declarando la nulidad parcial del mismo, en lo relacionado con la falta de competencia del concejo para delegar funciones que no tiene, como la contenida en el numeral 4º relacionada con la función de apoyo a la fiscalización de las rentas del municipio, siendo una función propia del ente territorial a través de su tesorería municipal, consideró el fallo que concejo no podría otorgar autorización para contratar designado directamente a Multiservicios S.A., ni estableciendo el procedimiento de contratación que debía aplicar el contratista en caso de

subcontratación, pues la función de gestión y recaudo del tributo territorial no se podía concesionarse o contratarse con particulares.

Para la Sala resulta evidente e incontrastable entonces el conocimiento que tenía el Consorcio Impuestos y Servicios Eficientes - CISE de la ilicitud o ilegalidad de la apertura del proceso de licitación LC-08-006 a través de la Resolución número 510 del **11 de octubre de 2006**, cuyo objeto fue “Seleccionar la propuesta más favorable para la escogencia de un operador que realice el suministro tecnológico y la asistencia técnica a Multiservicios S.A. para lograr la modernización tecnológica que permita el incremento del recaudo de los impuestos municipales de Pereira y Dosquebradas”, de su adjudicación de acuerdo con la Resolución número 636 del **4 de diciembre de 2006** y por último de la suscripción del contrato de operación número PSP 046 el **7 de diciembre de 2006**.

Es palmario que el Consorcio demandante conocía perfectamente de la limitación que impedía contratar con la Empresa MULTISERVICIOS S.A., de acuerdo con los fundamentos jurídicos expuesto en el fallo de invalidez del acuerdo, por ende, no resulta acorde a derecho que luego de ello preste su consentimiento en época posterior para asumir la ejecución de un contrato de operación, cuyo objetivo primordial constituía el fortalecimiento de la estructura financiera tributaria de los Municipios de Pereira y Dosquebradas, con la modernización tecnológica y asistencia técnica de la gestión de los impuesto municipales, situación que fue corroborado por el mismo Consorcio cuando afirma en los hechos de la demanda que “es importante señalar y destacar, que el contrato de operación 046 celebrado entre MULTISERVICIOS S.A. y el CONSORCIO CISE, se suscribió para ejecutar actividades referentes al convenio celebrado con el Municipio de Pereira como del Municipio de Dosquebradas. En tal sentido y de conformidad con los términos del contrato, el CONSORCIO CISE estructuró la ejecución del mismo, para atender de manera conjunta las actividades contractuales tanto del Municipio de Pereira como de Dosquebradas”.

Adicionalmente, respecto de la configuración del conocimiento de la ilicitud en la celebración del multicitado contrato a cargo del consorcio accionante, es primordial tener en cuenta que el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo (vigente para la época de los hechos que convocan la demanda) reguló los efectos de las decisiones judiciales en firme proferidos en los procesos de que conoce esta jurisdicción, en los siguientes términos:

**“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes"”.**

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios.

De esta forma, la norma consagró el alcance de cosa juzgada de acuerdo con el sentido de la sentencia de nulidad, si ésta es anulatoria, los efectos de aquella serán “*erga omnes*”, es decir, con carácter absoluto y será oponible a todos, así hayan o no intervenido en el respectivo proceso; pero sí, por el contrario, es denegatoria, el efecto *erga omnes* se restringe a la causa petendi juzgada. En estas condiciones, la declaratoria judicial de invalidez del acto administrativo en que se fundamentó la actuación contractual, es obligatoria para todos los operadores jurídicos, entre estos, el Consorcio Impuestos y Servicios Eficientes – CISE, quien no puede excusarse en la suscripción del contrato de operación se realizó bajo los apremios de los principios de la buena fe contractual y de la confianza legítima de la Empresa MULTISERVICIOS S.A., como parte contratante.

En los procesos contencioso administrativos de nulidad, las decisiones de fondo que sobre ellos recaiga contienen un valor *erga omnes*, lo cual implica que son oponibles a cualquier demandante que pretenda, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, lo que significa que la decisión anulatoria de los artículos 4º y 5º del Acuerdo número 042 de 2005, proferido por el Concejo Municipal de Pereira, que autorizaba la suscripción del convenio interadministrativo número 442 de 2006 suscrito por la empresa MULTISERVICIOS S.A. y el Municipio de Pereira, por cuanto consideró entre otros razonamientos, que no se podía delegar en los particulares la facultad de recaudo tributario, produce efectos definitivos y tal decisión es vinculante respecto de todos los ciudadanos.

En este orden de ideas, con la participación de la parte actora en la celebración del multicitado contrato de operación a sabiendas de la ilicitud en su suscripción, y con fundamento en los principios constitucionales de moral pública, buena fe y prevalencia del interés público que se encuentra dispuestos en los artículos 1, 4, 34 y 58 de la Constitución Política, excluye de manera automática el reconocimiento de restitución mutuas (prestaciones ejecutadas), que en este caso sería la imposibilidad de recuperar la inversión realizada por el Consorcio accionante para la ejecución del contrato estatal.

Observa la Sala Dual que es clara la exclusión de responsabilidad de las entidades demandadas, pues en el presente caso el Consorcio CISE contribuyó con su actuar a generar la nulidad del contrato, pues con pleno conocimiento de las implicaciones de ilegalidad al celebrar el contrato de operación participó en licitación pública y celebró el respectivo acuerdo. Resultarían contrarios a la lealtad y honestidad que se debe observar obligatoriamente por las partes de un contrato, reconocer valores por la ejecución de un negocio jurídico a sabiendas de que el contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta, y luego que sea la administración municipal quien debe pagar dichos conceptos, sin asumir ninguna responsabilidad de lo sucedido.

A juicio de la Sala la viabilidad para analizar la vocación de prosperidad de las aspiraciones cimentadas con sustento del acatamiento del contenido obligacional o de la inalterabilidad de las condiciones primigeniamente convenidas en un contrato se sujeta al hecho de que su validez se mantenga incólume, en tanto que, de lo

contrario, no resulta ajustado emitir juicios sobre el surgimiento de derechos y obligaciones en el marco de un negocio jurídico invalidado.

En torno a la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado y según lo explicado por la Corte Constitucional sobre el particular, la restitución mutua dentro del régimen de la contratación pública no debe limitarse a una constatación de las prestaciones ejecutadas y el beneficio reportado para la entidad contratante, sino que debe satisfacer un interés público o por lo menos realizar el mandato de interés general, en aras de evitar un enriquecimiento sin causa, no obstante, el otorgamiento del contrato al Consorcio CISE que no cumplía con los presupuestos legales para ejecutar de manera directa lo pactado, es un claro desmedro para el presupuesto de los municipios en alta suma dirigida a beneficiar patrimonialmente a terceros distintos de los intereses propios de los recursos públicos que provienen de los contribuyentes.

Dicha situación se encuentra incorporada en el hecho de que el valor pactado en el contrato, consista en un porcentaje del recaudo. Ello constituye objeto ilícito porque, contrariando la normatividad presupuestaria, supone un paso directo de los tributos al patrimonio de un particular, sin que éstos hayan ingresado previamente al patrimonio público. Se ha de recordar al respecto que, de acuerdo con las normas presupuestales, los recursos provenientes de impuestos deben ingresar a las arcas de la entidad territorial y salir previa autorización para cubrir las apropiaciones del presupuesto aprobado para la vigencia correspondiente. También se ha de recordar que el principio de legalidad presupuestal proscribía ejecutar valores con origen en impuestos o regalías por fuera de los presupuestos.

Lo anterior en concordancia con los 28 de la Ley 38 de 1989 (compilado en el artículo 35 del Decreto 111 de 1996) y 18 del Decreto 111 de 1996. El primero de ellos establece:

“ARTICULO 28. El cómputo de las rentas que deban incluirse en el Proyecto de Presupuesto General de la Nación, tendrá como base el recaudo de cada renglón rentístico de acuerdo con la metodología que establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin tomar en consideración los costos de su recaudo.” (Artículo 35 Decreto 111 de 1996)

En tanto que a tenor del segundo:

“ARTÍCULO 18. Especialización. Las operaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas.”

Así las cosas, es ilícito el compromiso de los recursos proveniente de tributos, ya que su recaudo está destinado para atender el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto de la vigencia correspondiente. En suma, el Tribunal considera que los pactos como a los que se hace mención comprometen un detrimento patrimonial, amén de una privatización indirecta del presupuesto público que contribuyan a satisfacer el interés público, por lo tanto, no es adecuado en el *sub examine* pretender el pago de una indemnización por la imposibilidad de recuperar la inversión realizada para la ejecución del contrato de operación número PSP 046 del 7 de diciembre de 2006, ni mucho menos de obtener reconocimiento de la utilidad

esperada del mismo.

Finalmente, debe señalarse que el artículo 1609 de la Codificación Civil, estatuye que “en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplir en la forma y tiempos debidos”, en el asunto bajo examen, el incumplimiento del contrato de operación es una circunstancia librada a quienes fueron parte del mismo, puesto que el susodicho acuerdo jurídico fue terminado por mutuo acuerdo entre el consorcio CISE y MULTISERVICIOS S.A., de acuerdo con el acta del 17 de diciembre de 2009, quienes acudieron de manera voluntaria a manifestar dicha declaración, estableciendo las obligaciones de cada uno y los tiempos de pagos, de lo que deviene la improcedencia de reclamaciones entre las partes contratantes.

### **3.7.5. De la pretendida responsabilidad extracontractual del Municipio de Dosquebradas.**

En este aspecto debe señalarse que la responsabilidad que se le imputa al Municipio de Dosquebradas, no puede configurarse como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, puesto que no se trata de pretensiones contractuales, sino que, a través del medio de control de reparación directa, persigue una indemnización por el presunto daño antijurídico que no está en el deber de soportar, esto es, la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual hace necesario acreditar la existencia de un daño antijurídico y su imputación a la administración.

En este orden, el primer elemento que se debe observar en el análisis de responsabilidad extracontractual estatal, es la ocurrencia del daño, el cual, además, deber ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin la existencia del daño no puede predicarse la responsabilidad del Estado, y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad de su imputación al Estado. En estas condiciones, dicha Corporación ha discurrido así:

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que, si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...’ y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado”<sup>25</sup>.

De esta manera, al tenor de lo consagrado por el artículo 90 Superior, el Estado de responder por todo daño antijurídico que le sea imputable, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, de manera que lo exigido en la norma no es

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 28.389, M.P. Hernán Andrade Rincón.

solo la existencia de un daño, entendido éste como un menoscabo, afectación o lesión de un bien, sino que además se requiere que éste sea antijurídico, es decir, aquel que no se tiene la obligación de padecer y que es contrario a derecho, que vulnera el ordenamiento jurídico y con ello lesiona los bienes e intereses jurídicamente protegidos.

Para que el daño antijurídico, pueda ser indemnizado, ha establecido la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>26</sup> que, resulta imprescindible demostrar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, carga procesal que le incumbe a la parte demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso: 1) Que el daño sea antijurídico, es decir, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, 2) Que se lesione un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y, 3) Que el daño sea cierto, esto es, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limite a una mera conjetura.

En presente asunto el daño a cargo del Municipio de Dosquebradas lo hace consistir en que dicha entidad territorial se constituye en el único y exclusivo beneficiario de los servicios prestados por el demandante, contratados a través de MULTISERVICIOS S.A., al haberse servido de las inversiones realizadas y de los bienes adquiridos y destinados exclusiva y únicamente para la ejecución del contrato por parte del CONSORCIO CISE. Así mismo, por constituirse en responsable directo del modelo económico financiero contenido en el contrato celebrado entre Multiservicios y la parte actora, al presentarse la imposibilidad de ejecutar el contrato por circunstancia ajenas al consorcio contratista, se genera su responsabilidad como gestor y beneficiario del contrato, como lo es el Municipio de Dosquebradas.

Pues bien, como se dejó sentado en el acápite anterior el contrato de operación número PSP 046 de 2006 suscrito entre el Consorcio CISE y la empresa MULTISERVICIOS S.A., fue declarado nulo por objeto ilícito, bajo la consideración que el objeto del contrato se trataba de una función administrativa de recaudo de los tributos territoriales, la cual no podía ser delegada a un particular, configurándose entonces la causal de nulidad 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

Para resolver sobre dichas pretensiones debe analizarse la aplicabilidad del principio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", es decir, que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, con base en la cual a la autoridad judicial se le impide amparar situaciones en donde la vulneración de los derechos y prestaciones del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. En estos términos, este principio imposibilita el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico, en virtud de lo cual, en aras de salvaguardar el principio de buena fe y la confianza legítima, el demandante no puede jurídicamente obtener beneficios por un acto culposo.

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516 MP. Enrique Gil Botero y sentencia del 6 de junio de 2012 dictada por esta Subsección dentro del expediente No. 24.633, M.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencia del 24 de octubre de 2017, expediente No 32.985B

Sobre la aplicación de este principio, la Corte Constitucional en providencia T-213 de 2008, dijo:

**“Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.**

Dicha regla, materializada en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general **de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”**

**De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aun así, pretende suceder al causante.**

**Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido.**

**Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)” (Negrillas fuera del texto original)**

En efecto, en el *sub judice* el daño reclamado por el demandante a cargo del Municipio de Dosquebradas, en virtud de la inversión realizada para la ejecución del contrato de operación y lo dejado de percibir no puede ser reconocido, comoquiera que no podía esperar derivar provecho de una actuación ilícita, sin que ello encuentre justificación en que fue la entidad territorial demandada la gestora y beneficiada del contrato suscrito por el Consorcio y la empresa Multiservicios S.A., puesto que quien se obliga mediante acuerdo contractual concurre libremente al negocio jurídico y le asiste el deber de diligencia mínimo de verificar las condiciones y viabilidad del negocio jurídico al que se compromete, máxime que antes del proceso de selección del contratista y de la celebración del contrato declarado nulo, medió pronunciamiento judicial que estableció la incompetencia de delegar la función administrativa de fiscalización de impuesto municipales a cargo de un particular, como lo era la entidad demandante.

A partir de lo expuesto, es evidente que el daño alegado no tiene la connotación de antijurídico en los términos del artículo 90 de la C.P., porque el principio de buena fe y el límite al abuso de los propios derechos excluyen la posibilidad de reconocer protección a quien alega su propia falta, y no es procedente entonces reconocer y proteger derechos a partir de un acto ilícito, teniendo pleno conocimiento de esta circunstancia, además que afectaría en igual medida la prohibición del enriquecimiento ilícito. En otros términos, el daño cuya reparación reclama la parte actora se encuentra justificada en su propia actuar y, por ende, debía ser soportado por este.

Agréguese a lo anterior, que el artículo 1602 del Código Civil estableció que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causa legales”, razón por la cual

los daños derivados del incumplimiento del contrato de operación número 046 de 2006, es un asunto que le compete única y exclusivamente a quienes fueron parte del mismo, lo que se traduce en la improcedencia de consecuencias de orden legal y jurídico a cargo de un tercero (Municipio de Dosquebradas) que no hizo parte del proceso contractual, en este caso del contrato de operación celebrado entre el Consorcio demandante y la Empresa MULTISERVICIOS S.A., ello únicamente con fundamento en la existencia del convenio interadministrativo número 008 del 27 de enero de 2006 suscrito entre el Municipio de Dosquebradas y la empresa MULTISERVICIOS S.A., conforme al cual presuntamente se estructuró el modelo económico y financiero para el contrato de operación.

Considera la Sala que la terminación por mutuo acuerdo del contrato suscrito entre Multiservicios S.A. y la parte actora, cuando esta última había realizado unas inversiones para la ejecución del aquél, que solicitan sean reconocidos por intermedio del presente proceso, y las consecuentes obligaciones surgidas para ambas entidades de dicho vínculo contractual, no pueden ser vinculantes para el Municipio de Dosquebradas, pues indiscutible que entre la entidad territorial y el consorcio CISE no existió una relación alguna conforme a la cual se pudiera afirmar con certeza de que el municipio esté obligado a soportar los daños causados por la terminación de mutuo acuerdo del susodicho contrato de operación.

En este punto es importante considerar que de la relación contractual surgida entre el Municipio de Dosquebradas y la Empresa MULTISERVICIOS S.A., se pactó una cláusula que enervaría cualquier reclamación contra la entidad territorial demandada, y con base en la cual mal puede hablarse de responsabilidad en cabeza del municipio, cuando ambos establecieron que estando autorizada la subcontratación parcial, ella implicaba indefectiblemente que MULTISERVICIOS S.A. tenía que pactar con los respectivos subcontratistas prerrogativas de indemnidad a favor del municipio demandado, lo cual hace nugatoria cualquier pretensión económica por causas de incumplimiento que pudiera manifestarse de la relación contractual subcontratada, y deslinda por completo su responsabilidad.

Finalmente, en gracia de discusión, y en el evento remoto que resulte procedente el reconocimiento acerca de las restituciones mutuas, el plenario adolece de un medio de convicción en el cual conste el beneficio obtenido por el Municipio de Dosquebradas, pues si bien es cierto de acuerdo con lo estipulado por la entidad interventora del contrato de operación número PSP 046 de 2006 Global Corporation S.A. (fls. 423 y s.s. Cdo. 1-1), el consorcio CISE cumplió a cabalidad con el objetivo contractual, en cuanto a sus cargas y obligaciones, no lo es menos que no logra acreditar con dicha prueba trasladada y las demás pruebas aportadas al expediente, que la entidad territorial demandada obtuviera determinado recaudo tributario con ocasión de la gestión del contratista, o que esta hubiera hecho uso de los bienes adquiridos e inversiones realizadas por el Consorcio CISE para la ejecución de contrato.

Por todo lo anterior, no hay lugar a declarar compensación alguna en los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 a cargo de la empresa MULTISERVICIOS S.A. hoy liquidada por la declaratoria judicial de nulidad absoluta del contrato de operación número PSP 046 de 2006, como tampoco se encuentra acreditado un daño antijurídico causado por el Municipio de Dosquebradas, que dé lugar al reconocimiento de las

indemnizaciones deprecadas; en consecuencia, se denegarán las súplicas de la demanda.

#### **4. COSTAS**

No se condenará en costas a la parte demandante vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo-valorativo para la imposición de costas (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi), en la que se indicó que: «...en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365», ha proferido sin número de sentencias<sup>27</sup> sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: «Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación»; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**1. NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 17 de octubre de 2018. Radicación: 66001-23-31-003-2012-00140-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Héctor Alexander Zamora Perea. Demandado: Municipio de Pereira; providencia del 19 de abril de 2018, Radicación: 66001-23-33-000-2013-0334-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Luz Nelly Meza Ocampo. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 26 de abril de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00203-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Esmeralda García Carvajal. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 21 de junio de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00427-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Ligia Stella López Restrepo. Demandado: Departamento de Risaralda, entre otras.

la parte motiva de esta providencia.

2. No se condena en costas a la parte demandante vencida.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el remanente de la cuota de gastos si a ello hubiere lugar, y archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO**

JALF Firma  
escaneada.  
Válida de  
conformidad con el Art. 11  
del Decreto 491 de 2020.  
Sólo para providencias  
judiciales del TCAR.



**JUAN CARLOS HINCAPIÉ MEJÍA**