

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega. Caso declara nulidad absoluta de contrato de Prestación de Servicios / NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO ESTATAL - Declara probada. Se configuró / NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO ESTATAL - Causal: Causa y objeto ilícito / NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO ESTATAL - Causal: Abuso de poder / CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES - Cobro en proceso coactivo: Recaudo de impuesto del material de arrastre en asuntos mineros en favor del Municipio de Saravena / CONTRATO ESTATAL SIN CUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES LEGALES - No procede reconocimiento legal alguno. No procede restituciones mutuas / ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Declara improcedente. No se demostraron ninguno de los elementos o requisitos para su procedencia**

El artículo 1746 del Código Civil establece 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 ilícitos a sabiendas, en conformidad con lo dispuesto por el inciso primero de aquella disposición y el artículo 1525 ibídem. Sin embargo, como en el caso concreto quedó demostrado: (i) que en las liquidaciones efectuadas por el Ministerio de Minas y Energía a favor del municipio de Saravena, se encontró que fue incluido como municipio beneficiario de este impuesto a partir del IV trimestre de 1995, fecha en la cual entró en vigencia el Decreto 1747 de 12 de octubre de 1995 - (...); (ii) que no se demostró la realización y entrega -ni siquiera se trató en la demanda- de la recopilación, selección y evaluación de la información del tema de hidrocarburos y material de arrastre; y (iii) que, si bien durante los meses de septiembre de 1995 a julio de 1996 se adelantaron dos procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva para el recaudo y cobro del impuesto del material de arrastre (...) trámite en el que algunos documentos, diferentes a los actos administrativos, aparecía la participación del señor (...), no se demostró la incidencia real de su gestión en la culminación de los mismos y en los pagos que pudieron haber efectuado los ejecutados, amén de que su culminación superaba el período de 180 días calendario que se estipuló como duración del contrato No. 45 de 1995 (...). Pero además, primordialmente, las restituciones mutuas no proceden porque en los términos pactados del contrato no se advierte el beneficio que pudiera haber obtenido la entidad territorial con la ejecución del contrato que se anula y que se considera lesivo para el patrimonio público, cuando reconoce una remuneración en desconocimiento de normas imperativas y de orden público. Finalmente, el actor, incluso en el recurso de apelación, siempre alegó un pronunciamiento sobre su pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin causa, la

cual tampoco tendría sustento fáctico y jurídico para su reconocimiento de acuerdo con los motivos expuestos (...). [Es] claro que en el presente asunto no está demostrada la concurrencia de ninguno de (...) [los] elementos [para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin justa causa], advirtiéndose que en el caso concreto la prestación del servicio que se pretende compensar por esa vía se realizó al margen de las normas imperativas y de orden público que rigen la contratación pública (Ley 80 de 1993) y de las disposiciones jurídicas presupuestales. (...) [Así,] los cargos formulados contra la sentencia de primera instancia en el recurso de apelación no prosperan, dado que el Tribunal a quo obró conforme a derecho al declarar la nulidad absoluta del contrato (...), aunque precisa la Sala que esa nulidad se fundamenta en vicios que configuran las causales de causa y objeto ilícitos y abuso de poder, en los términos del inciso primero y numeral 3 del artículo 44 y del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con los artículos 1518, 1519 y 1741 del Código Civil; por consiguiente, la decisión será confirmada pero por los motivos expuestos.

#### **ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA - Eventos, requisitos y elementos para su procedibilidad**

Para que se produzca el enriquecimiento sin causa y prospere la acción correspondiente, fundada en el principio de equidad pero sujeta a la legalidad y a la licitud que deben gobernar todas las actuaciones y situaciones en el mundo del derecho, es menester que concurren las siguientes condiciones: 1) que haya un enriquecimiento en el patrimonio de una persona; 2) que exista un empobrecimiento correlativo en el patrimonio de otra; 3) que el enriquecimiento y el empobrecimiento presentando no tenga una causa jurídica que lo sustente, lo que equivale a decir que debe ser injusto e ilegítimo; 4) que el empobrecido no tenga otro medio para reclamar y obtener compensación de su detrimento frente al enriquecido, es decir, que la acción emerja con carácter subsidiario, evitando que ella se convierta en la vía general y principal a fin de resolver todo conflicto; y 5) que con la misma no se intente desconocer o burlar una disposición imperativa de la ley.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1518 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1519 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1741 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1746 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 44 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 44 NUMERAL 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 45 / DECRETO 1747 DE 1995 (12 de octubre)

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## **SECCIÓN TERCERA**

### **SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil once (2011).

**Radicación número: 07001-23-31-000-1998-00009-01(17072)**

**Actor: OSCAR CAÑAS FAJARDO**

**Demandado: MUNICIPIO DE SARAVERA**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1 de julio de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, en la cual se resolvió:

“1º. Declara no probada la excepción propuesta por el Municipio de Saravena.

2º. Declárese la nulidad absoluta del Contrato de Prestación de Servicios No. 45 del 13 de octubre de 1995, celebrado entre el Municipio Saravena y el señor OSCAR CAÑAS FAJARDO, a que se refiere ésta acción contractual.

3º. Deniéguese las pretensiones de la presente demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.”

La sentencia apelada, previo el estudio correspondiente, será confirmada, por los motivos que se expondrán en la parte considerativa.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. Las pretensiones**

El 13 de marzo de 1998, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de controversias contractuales, el señor Oscar Cañas Fajardo demandó al Municipio de Saravena, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“A. Pretensiones principales:

Primera: Que se declare que, entre el Municipio de Saravena y el actor, existió contrato de prestación de servicios, según comunicación del Alcalde de Saravena, a partir de la fecha de aquella, o sea, del día 17 de julio de 1995, (Anexo No. 1), para la recopilación, selección y evaluación de información en lo que concierne a la explotación de hidrocarburos y material de arrastre; el reconocimiento y cobro de los impuestos de industria y comercio, regalías e impuestos por transporte de hidrocarburos por oleoductos, que, en la época correspondían al Municipio, suspendidos por decisión del Ministerio de Minas y Energía y que llevó a las partes a suscribir el documento identificado como Contrato No. 45 suscrito finalmente en (sic) 13 de octubre de 1995, en que se fijó la contraprestación económica que le correspondería.

Segunda: Que el Municipio de Saravena, Arauca incumplió el contrato anterior, por haberse negado a efectuar reiteradamente, el pago de la contraprestación acordada no obstante reconocer la existencia de la obligación y entender que el contratista dio cumplimiento a su parte.

Tercera: Que, en virtud de las declaraciones anteriores, se condene al Municipio demandado al reconocimiento y pago de los valores causados y que se hayan podido causar teniendo en cuenta el debido cumplimiento del objeto del contrato, por parte del actor:

a.- Valor de la participación, según el porcentaje pactado hasta cuando éste se haga efectivo a favor de mi poderdante; según cláusula novena del contrato.

b.- Actualización de las cantidades anteriores mediante “los mecanismos del ajuste y revisión de precios”, que prevé la ley, para la corrección monetaria o un sistema que mejor busque la vigencia de un orden justo, hasta compensar íntegramente la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por el lapso transcurrido entre el cumplimiento y la fecha probable de pago efectivo de las cuentas de los perjuicios o, en su defecto, mediante otro procedimiento técnico que restablezca el equilibrio económico del contrato;

c.- El valor del daño emergente por el perjuicio consiguiente al incumplimiento de la Administración Municipal, en los términos y cuantía que se señalan en esta demanda;

d.- Que se reconozca el porcentaje pactado sobre todos los pagos que se hayan hecho efectivos en el desarrollo del objeto del contrato y cualquiera otra que se avenga al mismo objeto, dada la amplitud que se le otorgó al contrato para la final prestación del servicio. (...)

#### B. Pretensiones Subsidiarias:

Primera: A la primera, segunda y tercera principales:

Que el Municipio de Saravena, Arauca, es responsable de los daños de toda índole sufridos por el actor, e imputable a su conducta omisiva, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por el no pago de compensación económica pactada, ni haber realizado acto alguno para liquidar definitivamente el acuerdo.

Segunda: A la primera, segunda y tercera principales y primera subsidiaria:

Que el Municipio de Saravena, Arauca es responsable de los perjuicios causados al actor por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del acuerdo legal de voluntades;

Tercera: A las tres primeras pretensiones principales y dos subsidiarias anteriores;

Que el Municipio de Saravena, Arauca se enriqueció, sin causa legal, a costa del patrimonio del actor, al reclamar para sí dedicación profesional y actividad investigativa y su reclamación de los derechos pertenecientes al Municipio sin cumplir el Municipio sus obligaciones recíprocas, condenando al Municipio a reembolsar a mi poderdante el valor actualizado de los servicios prestados hasta ahora no pagados.”

## **2. Los fundamentos de hecho**

Los hechos narrados en la demanda son, en resumen, los siguientes:

2.1. Que el 17 de julio de 1995, el Alcalde del Municipio de Saravena, Arauca, comunicó por escrito al actor el compromiso de contratar con su firma denominada “OSCAFA” la asesoría y cobro de los impuestos de industria y comercio, junto con las regalías no reconocidas y el impuesto de transporte de hidrocarburos por oleoducto, que, en la época, correspondían al municipio y cuyo pago se suspendió por el Ministerio de Minas y Energía. La facultad derivada de este compromiso - agregó- comprendió las gestiones ante entidades competentes para el

reconocimiento y pago de los tributos y para el restablecimiento de aquellos cuyo pago fue suspendido unilateralmente por decisión del Ministerio de Minas y Energía, relativos al impuesto de transporte de hidrocarburos por oleoducto, por cuya actuación se le reconocería al contratista, en contrato separado, un 30% de los capitales que se recuperaran.

2.2. Que el mismo 17 de julio de 1995 el actor inició gestiones ante el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio del Interior y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; buscó el apoyo de Senadores y Representantes a la Cámara; acudió a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación y también asesoró a la clase política para que solicitaran al Ministerio de Minas y Energía la revocatoria de la decisión que suprimió el pago del impuesto al Municipio de Saravena.

2.3. Que el 13 de octubre de 1995 suscribió el señor Oscar Cañas Fajardo en representación de su firma "OSCAFA" con el Municipio de Saravena el contrato número 45, en el que se determinó el porcentaje acordado y cuyo texto se publicó y quedó garantizado con las pólizas de seguros que señala la ley.

2.4. Que, no obstante el acuerdo celebrado, mediante declaración incomprensible y contraria a los hechos, expresada en los oficios números 10 y 123 de fechas 6 y 27 de febrero de 1997, respectivamente, el Municipio de Saravena negó que el contratista haya adelantado gestión alguna y mencionó que el contrato no tenía validez por cuanto no contó con el certificado de disponibilidad presupuestal ni se expidió el registro presupuestal, así como tampoco le fueron aprobadas las correspondientes pólizas.

2.5. Que, en consecuencia, el Municipio de Saravena al negarse a cumplir con su obligación económica incumplió el acuerdo suscrito, causándole un daño considerable si se tiene en cuenta el tiempo y los recursos empleados para su desarrollo (entre ellos de personal) y cuyo resultado fue el reconocimiento por parte del Ministerio de Minas y Energía, en el Decreto 1747 de 1995, del derecho a percibir el impuesto de transporte de hidrocarburos que le había sido suspendido al ente territorial durante cuatro trimestres y lograr el 7 de marzo de 1996 que ECOPELROL girara a su favor la suma de \$46.917.158.

2.6. Que, posteriormente, ante las infructuosas reclamaciones directas realizadas al Municipio de Saravena, decidió acudir a la vía de la conciliación prejudicial, escenario en el que si bien no se llegó a un acuerdo, el apoderado del municipio declaró en forma terminante que en ningún momento se desconocía la existencia de una obligación con la firma "OSCAFA", pero que no se podía consentir la elevada suma de dinero que se cobraba por su gestión, en detrimento de los intereses del municipio.

### **3. Los fundamentos de derecho**

Fundamentó el actor la demanda en lo dispuesto por los artículos 2, 4, 14, 58, 90, 314 y 315 de la Constitución Política; y 4, 5, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

Previa advertencia de que, según jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia de 16 de abril de 1991, Exp. 6102), en controversias contractuales opera el principio *iura novit curia*, manifestó que los acuerdos celebrados debían ser acatados, mientras no contradigan la ley y al ser la contratación estatal una relación contractual eminentemente conmutativa, con la exigencia del mantenimiento de la ecuación económica del mismo, las entidades públicas no pueden negarse a cumplir las obligaciones asumidas en el compromiso legal y voluntariamente acordado, comprometiendo incluso su responsabilidad patrimonial por el daño antijurídico causado por omisión.

Por consiguiente, a su juicio, es ilegal que el municipio hubiese incumplido actividades a su cargo y luego las alegue para restarle mérito al contrato o calificarlo de inválido, con el propósito de eludir el reconocimiento y pago de la compensación económica al contratista que cumple o está dispuesto a cumplir su obligación contractual, según las estipulaciones asumidas.

### **4. Trámite de la admisión y traslado de la demanda**

En auto de 26 de mayo de 1998 el Tribunal *a quo* admitió la demanda después de subsanados los aspectos ordenados para su corrección y dispuso las notificaciones personales al Agente del Ministerio Público y a la entidad pública demandada.

### **5. La oposición de la demandada**

Una vez notificada personalmente la demanda el 8 de julio de 1998, la entidad pública demandada presentó escrito en el que señaló que la primera pretensión del actor se sustenta con los resultados de una gestión que, en la eventualidad de ser cierta, no contaba para la época con un contrato que permitiera afirmar que se hacía como consecuencia de una obligación contractual y además, el Tesorero municipal de ese entonces fue claro al explicar que el reinicio de los pagos concernientes a las regalías y la explotación de hidrocarburos nada tenían que ver con esa supuesta gestión del señor Oscar Cañas Fajardo, consistente tan solo en unas cartas escritas a sus copartidarios políticos sobre sus puntos de vista en relación con el impuesto de transporte, hidrocarburos y regalías.

Respecto de la segunda pretensión, puntualizó que la existencia y ejecución del contrato número 45 de 13 de octubre de 1995, igualmente se soporta en correspondencia cruzada por el actor con amigos políticos y otras veces con entes estatales, pero además no tiene en cuenta que el contrato no se perfeccionó por falta del registro presupuestal y la aprobación de las garantías.

Por lo anterior, presentó las excepciones de *“no haberse perfeccionado el contrato de prestación de servicios”* y *“no corresponder el pago de las regalías por transporte de crudo a la pretendida gestión del actor”*.

## **6. Actuación procesal en primera instancia**

6.1. El demandante, en escrito de 24 de agosto de 1998, se opuso a la excepción presentada por la accionada, con fundamento en que en el oficio de 17 de julio de 1995 el Alcalde de Saravena ordenó adelantar las gestiones materia de este proceso y en que el 13 de octubre de 1995 se legalizó con la firma de las partes el contrato número 45, siendo modificado el 2 de noviembre del mismo año para el pago del anticipo con los recursos obtenidos del cobro del impuesto de transporte por oleoducto, una vez reconocidos por el Ministerio de Minas y Energía. Por tanto, en su concepto, no se puede desconocer la existencia y legalidad del acuerdo y tampoco las pruebas que se acompañaron y que ilustran acerca de que el reconocimiento y cobro de los dineros dejados de percibir se logró en virtud de la asesoría por él realizada.

6.2. Por auto de 2 de octubre de 1998 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las documentales que acompañaron las partes con la demanda y su contestación y se ordenó librar los oficios pedidos por éstos.

6.3. Las partes fueron citadas a una audiencia de conciliación mediante auto de 7 de mayo de 1999, diligencia llevada a cabo el 25 de mayo de esa misma anualidad y que resultó fallida por falta de acuerdo.

6.4. En auto de 25 de mayo de 1999, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto si a bien lo tenía.

6.4.1. La parte demandada insistió en la petición de que se nieguen las pretensiones de la demanda por carecer de los presupuestos fácticos y jurídicos para que prosperen, porque: (i) el mismo actor desestimó cualquier valor jurídico del contrato No. 45, que, como está probado, nunca tuvo validez, pero que tampoco se encontró en los archivos del municipio (aparece otro No. 45 suscrito con otra persona diferente al demandante) y de ahí que se entienda que su

primera pretensión sea la de declarar la existencia de un contrato; (ii) aún en el hipotético caso de que existiera un contrato, el demandante no cumplió con sus obligaciones; (iii) tanto el compromiso cuya declaración de existencia se solicita como el contrato No. 45 tienen causa ilícita *“por el aprovechamiento indebido de información para hacer aparentar que trámites del nivel presidencial son fruto de su gestión, cuando ésta es totalmente inexistente o inane (...), y [por] utilización indebida para fines electoreros y políticos”*; (iv) no hay prueba del daño causado cuya indemnización se pretende, ni tampoco de los pagos efectivos que se hubieren realizado y hayan sido recibidos por el municipio a causa de la supuesta gestión del actor, pretendiéndose además valores supuestamente recibidos después del vencimiento del presunto contrato (1996 a 1998) y comprendiendo también valores a embargar; y (v) el demandante confunde los conceptos de enriquecimiento sin causa -cuyos elementos no prueba- y el contrato.

6.4.2. El demandante reiteró las pretensiones de su demanda y destacó que se encontraba demostrado con la prueba documental que trajo al proceso -la cual no fue tachada de falsa-, de una parte, el contrato de prestación de servicios, según comunicación del Alcalde de Saravena de 17 de julio de 1995 y que condujo a que en el contrato No. 45 de 13 de octubre de ese mismo año se fijara la contraprestación económica por el cumplimiento de sus obligaciones; y de otra, que el municipio incumplió el contrato al no pagar la contraprestación acordada pese a que el contratista cumplió con sus obligaciones. Además, recalcó que el demandado no probó las excepciones formuladas, siendo el punto crucial que *“desde el mismo 17 de julio de 1995, recibió la orden de la administración para que en nombre de ella, hiciera las gestiones propias para obtener el reconocimiento de regalías dejadas de percibir, ésto se hizo por varios medios legales, precisamente el cumplimiento de las asesorías para lo cual había sido contratado”*.

6.4.3. El Procurador 52 Judicial II Administrativo rindió concepto dentro del proceso en el que señaló que el contrato presenta ambigüedades y situaciones no ajustadas a la ley de contratación estatal, aunque, de todos modos, observó que antes de celebrarse éste el 13 de octubre de 1995 ya el Ministerio de Minas y Energía en el Decreto 1747 de 12 de octubre del mismo año había reestablecido el derecho al municipio de recibir el impuesto de transporte de crudo por oleoducto, sin que se hubiese perdido un derecho que fuera materia de recuperación como era la prestación establecida en el contrato, razón por la cual la petición de honorarios por este concepto no tenía vocación de prosperidad.

Sin embargo, la vista fiscal es del criterio de que se despache favorablemente la súplica de la demanda sólo en relación con el impuesto de material de arrastre efectivamente recaudado por el Municipio de Saravena y que asciende según certificación del Alcalde a \$20.000.000, pues, en el evento en que se considere

que no se está en presencia de un contrato de prestación de servicios o de consultoría, lo cierto es que hubo una gestión y su no reconocimiento podría conducir a un enriquecimiento sin causa a favor del ente territorial.

## **7. La sentencia impugnada**

El Tribunal *a quo* en la sentencia de 1 de julio de 1999 impugnada, entendió, en primer término, que las excepciones propuestas por la parte demanda en realidad constituían el tema fundamental del debate, de manera que no podían prosperar, porque debían ser estudiadas en la parte sustancial de la providencia.

Igualmente, precisó que el titular de la acción incoada es el señor Oscar Cañas Fajardo, ya que si bien suscribió el contrato como gerente y representante legal de la firma “Investigaciones y Asesorías Petroleras OSCAFA”, ésta no es más que un establecimiento de comercio, cuyo propietario es el demandante.

De otro lado, una vez verificó el contenido de la prueba documental que reposa en el expediente, indicó que no era posible acceder a la primera pretensión de la demanda que se encamina a que se declare la existencia del contrato desde el 17 de julio de 1995, porque la parte actora únicamente probó que en dicha fecha se habían dado actos antecedentes (separables del contrato) y no se debe confundir esos actos con el contrato mismo, por cuanto la Ley 80 de 1993 (arts. 32 No. 3 y 41) exige que para el perfeccionamiento de ese tipo de contratos de prestación de servicios el acuerdo se lleve a escrito y para tal época ese hecho no había ocurrido.

En relación con el contrato número 45 de 13 de octubre de 1995, aportado con la demanda, observó que se encuentra firmado por las partes (Municipio de Saravena y actor) y que para su perfeccionamiento se establecieron obligaciones recíprocas para las partes, de manera que, bajo una interpretación amplia, estimó que debe prevalecer la voluntad de las partes sobre las formalidades legales posteriores a la suscripción del contrato, *“como el que el contratista presente las pólizas de garantía y que la Administración las estudie y las apruebe y también expida la disponibilidad presupuestal si no lo ha hecho en forma previa”*, consideración suficiente para que se declarara la existencia del mismo.

No obstante, manifestó que resultaban exageradas las pretensiones de la actora respecto de los factores de cuantía y término, dado que no se entiende la razón por la cual si se estipuló como valor del mencionado contrato la suma de \$5.000.000 ahora el actor pretenda un reconocimiento por \$350.000.000, como tampoco que se sustente en hechos anteriores y posteriores al plazo de ejecución del contrato comprendido entre el 27 de octubre de 1995 al 26 de abril de 1996.

Además, en cuanto a la primera parte del objeto del contrato, esto es, la recopilación, selección y evaluación de la información del tema de hidrocarburos y material de arrastre, advirtió que sólo se podía ejecutar entregando a la Administración Municipal un trabajo o estudio sobre éste particular, pero en ninguna parte de la demanda se señaló que se hubiese ejecutado.

Así mismo, en cuanto a la segunda parte del objeto del contrato, relativo al reconocimiento del 30% de los recursos que se recuperen por concepto de regalías, impuestos y otros, pactado en la cláusula novena, señaló:

“[A] juicio de la Sala, no es posible contratar para que cumpla la Ley, y el Ministerio de Minas aplique las normas y envíe cantidades que le corresponde a cada Municipio, otra cosa distinta, es que el Ministerio produzca decisiones a través de actos administrativos contrarios a derecho y sea necesaria la contratación de un abogado a fin de que demande ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo su nulidad (...).

“En resumen, en cuanto a la segunda parte del objeto convenido, se contrató el acatamiento y cumplimiento de la Ley y dicho tema no puede ser objeto de contratación, entonces se contrató contra el ordenamiento legal, en consecuencia el comportamiento de los contratantes y por ende de tales contratos se encuentran afectados de nulidad absoluta, en términos del art. 42-2 de la Ley 80/93, que si bien puede ser declarada en forma oficiosa, la solicita la parte demandada al igual que el representante del Ministerio Público en forma parcial.

“La Sala relieves en forma de pedagogía jurídica que de ser lícito éste objeto, todos los Municipios del país pueden contratar que intermediarios se encarguen de enviar comunicaciones para que la Nación desembolse con mayor prontitud los recursos del Situado Fiscal, los recursos provenientes de Ingreso Bruto, los recursos provenientes de las regalías (recursos que tienen destinación específica) y demás temas establecidos en el presupuesto nacional, luego de recibidos se aplique el porcentaje pactado, sin límite alguno; considera la Sala que el cumplimiento de la Ley no se debe contratar, ni siquiera para que se acelere su acatamiento, pues éste es un tema de gestión de los Alcaldes y no de contratación.”

Por lo anterior, concluyó el *a quo* que debían ser negadas las pretensiones, previa declaración de nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios.

## **8. El recurso de apelación**

El demandante presentó el 8 de julio de 1999 recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, el cual sustentó en esta instancia, en escrito de 19 de noviembre de la misma anualidad, en los siguientes términos:

Advirtió el recurrente que la decisión de primera instancia impugnada carece de fundamento fáctico y legal y además, resulta inusitada en tanto se inclinó por declarar una nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 45 de 13 de octubre de 1995, al desestimar su objeto con fundamento en que no es posible contratar para que se cumpla la ley, por lo cual impetró la revocación de la sentencia.

En su opinión, el argumento del juez *a quo* en el sentido de que distinto a lo establecido en el contrato en mención sería el evento en que el Ministerio de Minas y Energía produjera actos administrativos contrarios a derecho, caso en el cual sería necesaria la contratación de un abogado que los demandará, resulta curioso y no es convincente, por cuanto la irregularidad administrativa puede provenir tanto de la acción como la omisión y se trata de un supuesto doctrinal que dejó de regir hace tiempo y que pretendía que el Estado fuera autosuficiente para asumir directamente todas sus necesidades en la medida de sus fines y realizaciones.

Adicionalmente, resaltó que la declaración de nulidad absoluta no se funda en la ley, por cuanto la misma ordena que se haga cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (art. 2 Ley 50 de 1936), y el Tribunal *a quo* no aportó ningún elemento de convicción sobre la indudable ocurrencia de una legítima causal de nulidad, pues, aunque invocó el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según el cual los contratos estatales son nulos cuando “2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”, omitió mencionar la fuente de la prohibición que nombró y en ninguna parte probó que el objeto contractual estuviere afectado de ilicitud, bien en sí mismo o en su causa.

Por consiguiente, consideró que se hacen evidentes las condiciones originales en que fue soportada la demanda, para lo cual reitera las pretensiones de ésta, así como los hechos y los argumentos en las que se fundamentan (los que trae a colación nuevamente e *in extenso* a fls. 318 a 320 cd. ppal.), por obrar prueba documental y fehaciente, que no fue rebatida por la entidad demandada, sobre la existencia del contrato de prestación de servicios desde el 17 de julio de 1995, así como del incumplimiento del pago de la contraprestación acordada por el Municipio de Saravena pese al cumplimiento contractual por el actor, de donde se sigue que es procedente la condena al municipio por los valores causados por concepto del porcentaje de participación pactado, corrección monetaria y daño emergente.

## **9. Actuación en segunda instancia**

9.1. El recurso fue admitido por esta Corporación en auto de 21 de enero de 2000.

9.2. Mediante auto de 24 de marzo de 2000 se dio traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera concepto, etapa durante la cual guardaron silencio.

9.3. Sin embargo, con antelación a dicho traslado, la entidad pública demandada, mediante escrito radicado en esta Corporación el 23 de noviembre de 1999, solicitó confirmar la sentencia apelada, teniendo en cuenta los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia, a fin de que no se prolijara *“el beneficio de un particular ni el detrimento de una entidad estatal, por circunstancias cuestionables y cuestionadas, a través de las cuales Oscar Cañas, prevalido del uso indebido de información privilegiada, trata de hacerse pagar ingentes sumas de dinero.”*

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Sala confirmará la sentencia del *a quo*, para lo cual estudiará los siguientes aspectos: 1) objeto de la apelación; 2) los hechos probados: 2.1. El acervo probatorio y su mérito, 2.1. Lo demostrado en el proceso; 3) los requisitos de existencia y perfeccionamiento de los contratos estatales y su aplicación en el caso concreto: 3.1. Perfeccionamiento del contrato estatal en la Ley 80 de 1993, 3.2. El incumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento del contrato cuya existencia se solicita declarar al 17 de julio de 1995; 4) Validez del contrato de prestación de servicios No. 45 de 13 de octubre de 1995 suscrito entre las partes: 4.1. El régimen jurídico aplicable al Contrato No. 45 de 13 de octubre de 1995, 4.2. Las nulidades del contrato estatal, 4.3. La nulidad absoluta del Contrato No. 45 de 1995 por causa y objeto ilícitos y desviación de poder, 4.3.1. La inobservancia de los preceptos de la Constitución Política y de la Ley 141 de 1994 en materia del derecho a regalías por explotación de hidrocarburos y el impuesto al transporte por oleoductos; 4.3.2. El desconocimiento de los principios legales presupuestales previstos en las normas orgánicas del Presupuesto, 4.3.3. La consecuente infracción a los principios y reglas de la contratación pública; y 5. Conclusión.

### **1. Objeto de la apelación**

Planteada la apelación en los términos descritos en el numeral 9 del anterior acápite, los problemas jurídicos sobre los cuales debe ocuparse la Sala con el fin de verificar la prosperidad de las pretensiones del actor, se concretan en resolver:

(i).- Si se encuentra demostrado un contrato o se perfeccionó un negocio jurídico de prestación de servicios el 17 de julio de 1995 entre el actor y el Municipio de Saravena, que dé lugar a la declaratoria de existencia del mismo; y

(ii).- Si el contrato de prestación de servicios No. 45 de 13 de octubre de 1995, suscrito entre el actor y el Municipio de Saravena adolece de algún vicio que configure nulidad absoluta del mismo y comprometa su validez y por tanto, la producción de sus efectos.

Así las cosas, para resolver los interrogantes anteriores, estima la Sala necesario analizar, de una parte, los requisitos de perfeccionamiento de los contratos estatales, y de otra parte, la validez y el régimen de nulidades de los mismos, con referencia obligada al tipo de negocio jurídico que se pretende demostrar y previo el análisis de la pruebas aportadas en el proceso.

## **2. Los hechos probados**

### **2.1. El acervo probatorio y su mérito**

El actor en el recurso de apelación solicitó que se revoque la sentencia impugnada, en tanto se encuentran demostrados los hechos en que se fundamenta la demanda, pues, a su juicio, existe prueba documental y fehaciente, que no fue rebatida por la entidad demandada. Sin embargo, contrario a lo aducido por el recurrente, la Sala observa serias deficiencias probatorias, para lo cual precisa que las pruebas recaudadas en el proceso se encuentran en el cuaderno principal y cuatro cuadernos más, así:

Anexo 1 (fls. 17 a 18 cd. ppal.), compuesto por:

.- Copia simple que dice contener un escrito sin número de 17 de julio de 1995, presuntamente suscrito por el Alcalde Municipal de Saravena, mediante el cual supuestamente asume el compromiso de contratar con la firma de investigaciones y asesorías petroleras "OSCAFA", representada por el señor Oscar Cañas Fajardo (fl. 18 cd. ppal.).

Anexo 2 (fls. 19 a 30 cd. ppal.), conformado por:

.- Copia simple que dice contener un oficio sin número de 16 de agosto de 1995 supuestamente remitido por el Director General de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, mediante el cual invita al Alcalde de Saravena para explicarle el proceso relacionado con la liquidación de regalías por concepto de hidrocarburos (fls. 21 a 22 cd. ppal.).

.- Copia simple que dice contener el oficio sin número de 25 de julio de 1995, supuestamente remitido por el Director General de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, dirigido al señor Oscar Cañas Fajardo, mediante el cual responde comunicación No. 006269, relacionado con la liquidación de regalías por concepto de hidrocarburos (fls. 21 a 22 cd. ppal.).

Anexo 3 (fls. 23 a 30 cd. ppal.), integrado por:

.- Original del contrato No. 45 de 13 de octubre de 1995, suscrito entre el Alcalde Municipal de Saravena y el señor Oscar Cañas Fajardo (fls. 24 a 26 cd. ppal.).

.- Copias simples que dicen contener las pólizas de cumplimiento del contrato No. 45 y del comprobante de consignación de los derechos de publicación en el Diario Oficial (fls. 27 a 30 cd. ppal.).

Anexo 4 (fls. 31 a 32 cd. ppal.), que contiene:

.- Copia simple que dice contener el oficio de 18 de julio de 1995, supuestamente dirigido al Ministro de Minas y Energía, mediante el cual el actor solicita explicar los motivos por el incumplimiento del pago por concepto de regalías.

Anexo 5 y 6 (fls. 33 a 56 cd. ppal.) integrado por:

.- Copias simples que dicen contener oficios supuestamente dirigidos en los meses de agosto y septiembre de 1995 al Ministro de Minas y Energía, al Ministro del Interior, al Alcalde Municipal de Saravena y a un Senador de la República.

Anexo 7 (fls. 57 a 60 cd. ppal.), conformado por:

.- Copias simples que dicen contener oficios del actor dirigidos en el año de 1997 por el Alcalde y el Tesorero del Municipio de Saravena al actor. Se advierte que en la reproducción fotostática que aparece en las mismas las supuestas firmas y sellos de quienes fueron supuestamente sus destinatarios tampoco se encuentran en forma original o auténtica para que pudieran ser valorados bajo la perspectiva de que existe constancia del envío y la recepción de esos documentos privados que emanan de un particular como es el demandante.

Anexo 8 (fls. 61 a 67 cd. ppal.).

.- Copias simples que dicen contener un cheque girado en marzo de 1996 por ECOPETROL al Municipio de Saravena por \$46.917.158.

Anexo 9 (fls. 78 a 86 cd. ppal.)

.- Copias simples que dicen contener un acta de conciliación prejudicial No. 130 de 21 de agosto de 1997 con intervención del Municipio de Saravena y del señor Oscar Cañas Fajardo.

Anexo 10. (fls. 87 a 144 cd. ppal.)

.- Copias simples de oficios dirigidos al Alcalde Municipal de Saravena y al Gobernador del Departamento de Arauca, supuestamente remitidos por el actor y otras comunicaciones cruzadas con diferentes autoridades. Es de anotar que en la reproducción fotostática que aparece en las mismas las supuestas firmas y sellos de quienes fueron supuestamente sus destinatarios tampoco se encuentran en forma original o auténtica para que pudieran ser valorados bajo la perspectiva de que existe constancia del envío y la recepción de esos documentos privados que emanan de un particular como es el demandante.

.- Copia simple que dice contener cheques por impuestos y transferencias al Municipio de Saravena (fls. 153, 155, 157 y 158 cd. ppal.).

.- Copias simples que dicen contener los oficios Nos. 372, 138 y 137 y Resolución No. 18, por medio de la cual se liquida un impuesto de explotación de material de arrastre (fls. 164 a 170 cd. ppal.).

.- Copias simples que dicen contener la Resolución No. 8-2104 de 2 de noviembre de 1994 del Ministerio de Minas y Energía, por la cual se desarrolla parcialmente la Ley 141 de 1994 en materia de hidrocarburos (fls. 172 a 173 cd. ppal.).

.- Copia autenticada del Otro sí del contrato número 45 del 2 de noviembre de 1995 por el cual se aclara la cláusula quinta (fl. 208 cd. ppal.).

.- Original del Oficio No. 83263 de 20 de noviembre de 1998, remitido por el Jefe de la Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía, mediante el cual remite certificación de envío de la comunicación No. 89422 remitida al señor Oscar Cañas Fajardo, al igual que copias de las planillas de envíos y recibo de Adpostal (fls. 12 a 21 cd. 2).

.- Copia auténtica del oficio No. 89422 de 25 de julio de 1995, mediante la cual el Director General de Hidrocarburos dio respuesta al señor Oscar Cañas Fajardo a su comunicación Nro. 006269 de 18 de julio de 1995 (fls. 14 y 15 cd. 2).

.- Original del Oficio No. 189 de 10 de marzo de 1999, remitido por el Alcalde Municipal de Saravena, mediante el cual manifiesta que en los archivos no se encontró el contrato No. 45 de 1995, suscrito con el señor Oscar Cañas Fajardo y

que para mayor claridad comunicaba que el contrato referido aparece asignado a otro contratista (fl. 25 cd. 2).

.- Original de la certificación expedida el 26 de abril de 1999 por la Tesorería Municipal de Saravena en la que hace constar que a esa fecha ha estado recaudando los impuestos de Industria y Comercio, Transporte de Hidrocarburos y Regalías, excepto el de regalías durante el lapso en que estuvo cerrado el campo Arauca y cuyo desglose de la información se puso a disposición del demandante previo el pago del valor de las copias (fl. 30 cd. 2).

.- Original del oficio 323 de 5 de mayo de 1999 suscrito por el Alcalde Municipal de Saravena, en el que informa acerca de las sumas recibidas por los procesos ejecutivos por Jurisdicción Coactiva contra el señor Alfonso Sarmiento González y contra el Consorcio Alfonso Sarmiento González - URICEL LTDA y envía copias de los autos de mandamiento de pago y sus respectivas notificaciones del proceso de cobro coactivo (fl. 31 cd. 2).

.- Original del oficio No. 82979 de 3 de octubre de 1998, remitido por la Subdirectora de Hidrocarburo del Ministerio de Minas y Energía, mediante el cual informa sobre la gestión realizada por el señor Oscar Cañas Fajardo ante ese ministerio (fls. 9 a 11 cd. 3).

.- Original del oficio No. 098759 de 26 de noviembre de 1998, remitido por el Gerente de Servicios y Vicepresidente de Transporte de la Empresa ECOPETROL, mediante el cual informa las razones por las cuales para los meses de julio y octubre de 1995 se suspendió el pago del impuesto de transporte por oleoductos y porqué luego se reanudó (fls. 12 a 15 cd. 3).

.- Copias de dos cuadernos anexos que dicen contener el proceso ejecutivo por Jurisdicción Coactiva contra el señor Alfonso Sarmiento González y contra el Consorcio Alfonso Sarmiento González - URICEL LTDA (la mayoría en copias simples y algunas originales así: en el cd. 4 que consta de 77 folios, los fls. el 11 a 16, 21, 22, 23 a 24, 28, 39, 58 a 65, 72 y 74 reposan en original y los demás en copia informal; y en el cd. 5 que consta de 159 folios, los fls. 16, 18, 33, 136 a 143, 150, 152 y 154 se encuentran en original y los demás en copia informal).

.- Original del oficio No. 199 de 9 de mayo de 1996 suscrito por el Alcalde del Municipio de Saravena y dirigido al señor Oscar Cañas Fajardo relacionado con el contrato número 45 de 13 de octubre de 1995 (fl. 209 cd. ppal).

.- Original del oficio No. 297 de 24 de junio de 1996 del Secretario de Gobierno del Municipio de Saravena y dirigido al señor Oscar Cañas Fajardo (fl. 210 cd. ppal).

Como puede apreciarse, la prueba documental está constituida en muy pocos casos por originales y las demás por copias traídas al proceso algunas auténticas y la mayoría simples, las cuales se analizarán a la luz de los artículos 251 y ss. del C. de P. Civil y de la Ley 446 de 1998 en cuanto a su alcance probatorio. Es decir, no se tendrán en cuenta para su valoración las copias simples que obran en el plenario, sino sólo los documentos originales y las copias auténticas aportadas, únicas de las que se puede predicar el mismo valor probatorio del documento original, de conformidad con previsto en el artículo 254 *ibídem*, que les atribuye esa fuerza siempre y cuando: 1. Hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada; 2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente<sup>1</sup>; ó, 3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

## **2.1. Lo demostrado en el proceso**

Estudiados en conjunto los documentos susceptibles de valoración que obran en el proceso, según lo explicado en precedencia, en orden cronológico quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes del caso *sub iudice*:

2.1.1. Que el 18 de julio de 1995, en comunicación Nro. 006269, el señor Oscar Cañas Fajardo se dirigió al Ministro de Minas y Energía con el fin de solicitarle información acerca de la liquidación y pago de las regalías y del impuesto de transporte de hidrocarburos en relación con el Municipio de Saravena (fls. 14 y 15 cd. 2).

---

<sup>1</sup> Al declarar la exequibilidad del numeral 2 de este artículo, la Corte Constitucional en Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, señaló: *"El artículo 25 [decreto 2651 de 1991] citado se refiere a los "documentos" y hay que entender que se trata de documentos originales. /En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad. Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos. / De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial. En tratándose de documentos originales puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación. /Si el artículo 25 hubiera querido referirse a las copias así lo habría expresado, porque en el derecho probatorio es elemental la diferencia entre documentos originales y copias. Pero, no lo hizo, como se comprueba con su lectura."*

2.1.2. Que el 25 de julio de 1995, mediante del oficio No. 89422, el Director General de Hidrocarburos dio respuesta de la anterior comunicación al señor Oscar Cañas Fajardo, informándole que desde el 8 de octubre de 1994, fecha en la que se había abierto nuevamente el campo de explotación petrolera de Arauca, las regalías se estaban liquidando a favor del Municipio de Saravena (Arauca) de acuerdo con el parágrafo del artículo 31 de la Ley 141 de 1994, por estar la producción en 20 mil barriles promedio, mensual diario, aplicando el porcentaje del 25% en las liquidaciones del cuarto trimestre de 1994 y primer trimestre de 1995.

Sin embargo, le explicó, que en el tercer trimestre de 1994, en aplicación del artículo 26 de la misma Ley 141 de 1994, que determina la cesión a las entidades territoriales del impuesto al transporte por todos los oleoductos o gaseoductos de los contratos vigentes entre los municipios no productores, como el Municipio de Saravena aparecía como “no productor”, puesto que el campo estaba cerrado, no se le habían liquidado las regalías, pero sí se le liquidó el impuesto al transporte de hidrocarburos; y que, en octubre del mismo año, al iniciarse nuevamente la producción en el Campo Arauca, se le liquidó el trimestre correspondiente (octubre, noviembre y diciembre) por concepto de regalías de hidrocarburos, pero, le aclaró, que al pasar a ser municipio productor ese trimestre ya no tenía derecho a la liquidación del impuesto al transporte, porque no se podían recibir dos conceptos a la vez -regalías e impuesto de transporte-.

2.1.3. Que el 12 de octubre de 1995, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1747 de esa fecha, mediante el cual reglamentó parcialmente la Ley 141 de 1994, referente a la distribución de los recursos del Fondo Nacional de Regalías.<sup>2</sup>

2.1.4. Que el 13 de octubre de 1995, se celebró el contrato de prestación de servicios No. 45 entre Oscar Cañas Fajardo (Investigaciones y Asesorías Petroleras OSCAFA) y el Municipio de Saravena (fls. 24 a 26 cd. ppal), cuyo objeto es “la recopilación, selección y evaluación de la información en lo que concierne a la explotación de Hidrocarburos y material de arrastre; el reconocimiento y cobro de los impuestos de Industria y Comercio, regalías e impuestos de transporte de hidrocarburos por oleoducto” (cláusula primera). De su texto se destacan las siguientes cláusulas:

---

<sup>2</sup> Es de advertir que si bien el actor remitió copias simples del Decreto No. 1747 de 12 de octubre de 1995, las normas jurídicas de alcance nacional, entre estas los decretos reglamentarios expedidos por el ejecutivo para el orden nacional -o la Constitución, o la ley en sentido material o formal-, no requieren prueba sino que deben ser del conocimiento del juez, dado que las únicas que deben ser materia de prueba y por tanto ser aducidas al proceso debidamente autenticadas o ser pedidas por el ponente de oficio o a solicitud de parte son las normas territoriales o locales (ordenanzas de las asambleas, acuerdos de los concejos, decretos de los gobernadores y alcaldes, entre otros), según se extrae de los artículos 141 del C.C.A. en armonía con el artículo 188 del C. de P. Civil y al amparo del artículo 9 del Código Civil que establece el principio de “*nemini licet ignorare leges*”.

“CLÁUSULA SEGUNDA: Obligaciones del Contratista. El Contratista se obliga: a) Recopilar, seleccionar y evaluar toda la información en un término de ciento ochenta (180) días calendario. b) El contratista asumirá los costos que se generen por la vinculación de equipo técnico de trabajo y demás gastos que se deriven para el logro del reconocimiento y pago de los impuestos y regalías a que tiene derecho el Municipio de Saravena. c) El Contratista gozará de plena libertad para contratar a su costo y bajo su absoluta responsabilidad el personal que requiera para lograr el reconocimiento y pago de los impuestos y regalías a que tiene derecho el Municipio de Saravena.

CLÁUSULA TERCERA: Obligaciones de la Alcaldía de Saravena. a) La Alcaldía de Saravena en cumplimiento del presente contrato se obliga a realizar el pago al contratista en la forma pactada en la cláusula quinta del presente contrato. B) La Alcaldía de Saravena se compromete a suministrar toda la información que posea para que sea evaluada por el Contratista. c) La Alcaldía de Saravena asumirá los costos que se generen por la vinculación de equipo técnico de trabajo y demás gastos que se deriven del mismo en este Municipio. d) La Alcaldía de Saravena tramitará los permisos ante las diferentes entidades donde se requiera obtener la información. e) La Alcaldía de Saravena se compromete a dar poder a la Firma Investigaciones y Asesorías Petroleras OSCAFA, o a quien ésta delegue cuando fuere solicitado por ésta, para iniciar las acciones judiciales pertinentes que se requieran para el cobro de los impuestos y regalías a favor del Municipio de Saravena por concepto de Hidrocarburos y materiales de arrastre.

CLÁUSULA CUARTA. Valor. El valor del presente contrato para todos los efectos legales y fiscales es de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000).

CLÁUSULA QUINTA: Forma de pago. La Alcaldía pagará al contratista el ciento por ciento (100%) del valor del contrato.

CLÁUSULA SEXTA: Plazo. El Contratista se compromete a iniciar el trabajo objeto de este contrato, dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes a la fecha de perfeccionamiento del mismo, durante un período de ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir de la fecha de iniciación, de la cual se dejará constancia en un acta debidamente firmada por las partes.

CLÁUSULA SEPTIMA: Imputación presupuestal y sujeción a las apropiaciones presupuestales. La Alcaldía de Saravena se obliga a reservar con destino a este contrato la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000).

(...)

CLÁUSULA NOVENA: Porcentaje. La Alcaldía de Saravena reconocerá a la Firma Investigaciones y Asesorías Petroleras OSCAFA, el treinta por ciento (30%) de los

recursos que se recuperen por concepto de regalías, impuestos y otros a partir de la legalización del contrato con la firma de las partes.

(...)

CLÁUSULA DECIMOCTAVA: Validez y Perfeccionamiento. El presente contrato requiere para su validez y perfeccionamiento: a) Las firmas de las partes. b) Registro Presupuestal. c) Presentación de las garantías por parte del contratista y aprobación de las mismas por parte de la Alcaldía de Saravena. d) Publicación en el diario oficial.”

2.1.5. Que el 2 de noviembre de 1995, las mismas partes suscribieron un otro sí al contrato número 45 de 13 de octubre de esa anualidad, para aclarar la cláusula quinta -en realidad se modifica- en el siguiente sentido: *“La Alcaldía de Saravena se compromete a cancelar el valor del anticipo del contrato número 45 con los recursos obtenidos del cobro del impuesto por transporte por oleoducto, una vez sean reconocidos por el Ministerio de Minas y Energía y girados por ECOPETROL al Municipio de Saravena”* (fl. 208 cd. ppal.).

2.1.6. Que la gestión del señor Oscar Cañas Fajardo ante el Ministerio de Minas y Energía, además de la comunicación enviada al Ministro de esa cartera según se señaló en precedencia -2.1-, consistió en la solicitud de fotocopias de todas las liquidaciones de impuestos de transporte realizadas por la Dirección General de Hidrocarburos -las que se le remitieron el 11 de junio de 1997-, pero no incidió en la inclusión del Municipio de Saravena como beneficiario del impuesto de transporte de crudo, según se deduce de lo informado al Tribunal *a quo* por la Subdirectora de Hidrocarburos, en Oficio No. 82979 de 3 de octubre de 1998, quien luego de explicar los términos de la Ley 141 de 1994 y el Decreto 1747 de 12 de octubre de 1995, señaló a este respecto que:

“2.- Por disposición de la Ley 141 de 1.994 los beneficiarios del impuesto de transporte son los municipios no productores por cuya jurisdicción atraviesan esos ductos. En un principio el municipio de Saravena se catalogó como productor de hidrocarburos, por lo cual no tenía participación en este impuesto.

3.- El Decreto Reglamentario 1747 de 12 de octubre de 1.995, en el parágrafo 1º del artículo 19, amplió, para efectos de la distribución del impuesto de transporte, el concepto de qué se considera como municipio no productor, definiéndolo como aquél en el cual se explotan menos de 7.500 barriles de hidrocarburos promedio mensual diario. Según este concepto Saravena pasó a catalogarse como No Productor.

4.- Revisadas las liquidaciones efectuadas por esta Dirección a favor del municipio de Saravena (A), se encontró que fue incluido como municipio beneficiario de este impuesto a partir del IV trimestre de 1.995, fecha en la cual entró en vigencia el

mencionado Decreto [1747 de 12 de octubre de 1995], sin que mediara alguna intervención externa” (Fls. 9 a 10 cd. ppal. subraya la Sala).

Versión anterior que se corrobora por el Gerente de Servicios y Vicepresidente de Transporte de la Empresa ECOPETROL, quien mediante Oficio No. 098759 de 26 de noviembre de 1998, informó a solicitud del Tribunal *a quo* acerca de la suspensión al Municipio de Saravena del pago de impuesto de transporte por el Ministerio de Minas y Energía al considerarlo como productor y sobre la posterior reanudación del mismo a partir del cuarto trimestre de 1995 con la expedición del Decreto 1747 de 12 de octubre de ese año, que en el Capítulo X, artículo 19, párrafo, permitía catalogarlo como no productor (fls. 12 a 15 cd. 3).

2.1.7. Que el 9 de mayo de 1996, mediante oficio No. 199, el Alcalde del Municipio de Saravena le solicitó al señor Oscar Cañas Fajardo, con base en el contrato número 45 de 13 de octubre de 1995, iniciar los trámites legales necesarios ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el propósito de obtener el pago de los impuestos de transporte de hidrocarburos por el oleoducto a favor del Municipio de Saravena, por cuanto a esa fecha, el Ministerio de Minas y Energía no había realizado las correspondientes liquidaciones del cuarto trimestre del año de 1994 y el primero, segundo y tercero trimestre del año de 1995, para que el Fondo Nacional de Regalías realice los correspondientes desembolsos (fl. 209 cd. ppal).

2.1.8. Que durante los meses de septiembre de 1995 a julio de 1996 se adelantaron dos procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva para el recaudo y cobro del impuesto del material de arrastre contra el señor Alfonso Sarmiento González y contra el Consorcio Alfonso Sarmiento González - URICEL LTDA que explotaban este recurso natural del Municipio de Saravena para obras, trámite en el que en algunos documentos, diferentes a los actos administrativos, aparecía la participación del señor Oscar Cañas Fajardo (cd. 4 fls. 11 a 16, 21, 22, 23, 24, 28, 39, 58 a 65, 72 a y 74, y cd. 5 fls. 16, 18, 33, 136 a 143, 150, 152 y 154).

La anterior gestión se corrobora en el Oficio No. 297 de 24 de junio de 1996, mediante el cual el Secretario de Gobierno del Municipio de Saravena le remite documentación referente a los procesos ejecutivos de jurisdicción coactiva contra el señor Alfonso Sarmiento González y contra el Consorcio Alfonso Sarmiento González - URICEL LTDA, para el respectivo trámite ante el Tribunal Contencioso Administrativo (fl. 210 cd. ppal).

2.1.9. Que con ocasión de los correspondientes embargos de los procesos ejecutivos de jurisdicción coactiva adelantados contra el señor Alfonso Sarmiento González y contra el Consorcio Alfonso Sarmiento González - URICEL LTDA, el Municipio de Saravena recibió la suma de \$21.394.988 (fl. 31 cd. 2).

Conocidos los hechos anteriores la Sala pasará a estudiar los dos problemas jurídicos planteados a propósito de la apelación.

### **3. Los requisitos de existencia y perfeccionamiento de los contratos estatales y su aplicación en el caso concreto**

De acuerdo con lo señalado en la demanda existió un contrato de prestación de servicios entre el Municipio de Saravena y el actor, según comunicación del 17 de julio de 1995, para la recopilación, selección y evaluación de información en lo que concierne a la explotación de hidrocarburos y material de arrastre; el reconocimiento y cobro de los impuestos de industria y comercio, regalías e impuestos por transporte de hidrocarburos por oleoductos, que, en la época correspondían al Municipio, suspendidos por decisión del Ministerio de Minas y Energía. El Municipio demandado, por su parte, negó su existencia.

En este contexto, es necesario establecer en el *sub lite* los requisitos de perfeccionamiento de los contratos estatales en la época -1995- en que se denuncia como celebrado el negocio jurídico cuya declaratoria de existencia se solicita en la primera pretensión de la demanda, circunstancia esta determinante para colegir el nacimiento y existencia válida de obligaciones contractuales a cargo de la entidad demandada.

#### **3.1. Perfeccionamiento del contrato estatal en la Ley 80 de 1993**

La autonomía de la voluntad en la contratación estatal tiene precisos límites y cargas rigurosas y rígidas que deben ser cumplidas tanto para que exista el contrato estatal como para que no nazca con vicios que afecten su validez y en general la producción de los efectos que con el mismo se pretende alcanzar. Para su plena eficacia el contrato de la Administración debe cumplir con los requisitos esenciales, es decir, aquellos sin los cuales no existiría (arts. 1501 C.C. y 998 inc. 2 C. de Co.), referidos a la definición del negocio jurídico en su generalidad, los elementos de su definición particular y las formalidades constitutivas previstas.

Precisamente, dentro de las variadas limitaciones a que está sujeto el contrato estatal, se encuentran las formalidades constitutivas que deben observarse para que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica. En efecto, en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993<sup>3</sup>, está la relativa a la forma del contrato estatal y que en lo

---

<sup>3</sup> “ARTÍCULO 39. DE LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad./ Las entidades estatales establecerán las

pertinente estableció, la regla general e imperativa según la cual los contratos que celebren las entidades estatales “constarán por escrito” (*contrato litteris*), en contraposición a la libertad de forma del régimen civil en el que la consensualidad es la regla general, o lo que es igual, el “*solus consensus obligat*”.

Así, la forma como se materializa el vínculo jurídico con la Administración es escrita, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de la Sección. En la norma original de la Ley 80 de 1993 las formalidades plenas estaban determinadas en función de la cuantía (parágrafo art. 39 Ley 80/93<sup>4</sup> y art. 25 Decreto 679/94<sup>5</sup>); precepto coherente y armónico con el artículo 41 de la misma Ley 80 de 1993, por cuya inteligencia: “*Artículo 41.- Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre*

---

medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales./ PARÁGRAFO. No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales. (...) /En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.” Es de advertir que este parágrafo fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que entró a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley; no obstante, en el parágrafo 5 del numeral 4 del artículo 2 *eiusdem*, al regular las modalidades de contratación directa menciona las órdenes de compra así: “*La selección de proveedores como consecuencia de la realización de un acuerdo marco de precios, le dará a las entidades estatales que suscriban el acuerdo, la posibilidad que mediante órdenes de compra directa, adquieran los bienes y servicios ofrecidos.*”

<sup>4</sup> La Corte Constitucional en sentencia C 949 de 2001, declaró exequible el derogado parágrafo del artículo 39 de la Ley 80 de 1993, considerando que: “[e]l señalamiento de los contratos en los que no hay lugar a cumplir plenamente con las formalidades legales no debe ser interpretado como una informalidad excesiva, sino como una manera de hacer eficiente la actividad de la administración y, por ende, la prestación de los servicios públicos a su cargo, objetivo que se puede lograr ahorrando tiempo y dinero en la celebración de los contratos como sucede en las hipótesis reguladas en el precepto en cuestión, donde el legislador adoptó para estos efectos el criterio del presupuesto anual de la entidad y el valor de los contratos expresado en salarios mínimos legales mensuales./ Para comprender a cabalidad el significado de la medida censurada valga esta digresión: una cosa es las formalidades del contrato y otra muy distinta su forma. Las formalidades son los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (p.ej. pliego de condiciones), concomitantes (la adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al acuerdo de voluntades entre el Estado y el contratista. Precisamente la forma es uno de esos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa e instrumenta el vínculo (sic) contractual./ Ahora bien, si se repara en el contenido normativo de la norma que se acusa se observará con claridad meridiana que en ella no se obliga a prescindir de todas las formalidades. Simplemente se considera que en los eventos allí referidos bastará que las obras, trabajos, bienes y servicios materia del contrato sean ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.” (Subrayado extratextual).

<sup>5</sup> El artículo 25 del Decreto Reglamentario 679 de 1994, que aunque fue derogado por el artículo 83 del Decreto 066 de 2008 –ratificada en el Decreto 2474 de 2008–, se encontraba vigente para la época de los hechos del presente asunto, al definir, según los términos establecidos por el artículo 39 de la Ley 80, qué se entendía por formalidades plenas, señaló que tales requisitos estaban referidos a la “*elaboración de un documento escrito, firmado por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyan las demás cláusulas a que haya lugar, y el cual es publicado en la forma prevista en el parágrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80.*”

el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” (Subraya la Sala).<sup>6</sup> Esta norma en forma imperativa revistió a la forma escrita de un valor *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* (forma *dat esse rei*), al predicar que el acto o negocio jurídico sólo nace a la vida jurídica cuando adopta esa forma obligatoria<sup>7</sup>, solemnidad esencial para su existencia jurídica de rigurosa observancia, que constituye una restricción positiva a la expresión de la voluntad. La legislación es, pues, clara en impedir la consolidación de los efectos de un negocio jurídico estatal que no se eleve a escrito y por lo mismo, no autoriza su ejecución, lo que significa que proscribe la contratación estatal verbal.

En este sentido, el contrato celebrado por la Administración con los particulares de cada uno de los tipos negociales siempre es de carácter solemne, es decir, que para su existencia y, por ende, eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de éste conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que para vincularse no tienen libertad de forma, “...pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> En la exposición de motivos al proyecto de ley 149 de 1992, Senado, al respecto se señaló: “Si bien tratándose de los contratos la consensualidad de los mismos es la regla general, a veces se requiere en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades establecidas por la ley, cuyo incumplimiento conduce a la ineficacia. En este caso se estará en presencia de un contrato ‘solemne’. A diferencia del decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación. El artículo 35 del proyecto básicamente está fundamentado en dos hechos. El uno, nacido del principio de publicidad que regula toda actividad administrativa, el cual exige por lo menos la formalidad escrita; y el otro, producto de la práctica inveterada de elevar a escrito todo contrato en razón a la seguridad que ello produce. El propio estatuto prevé situaciones excepcionales en que el requisito del escrito no se exigirá, como es el caso de los contratos de urgencia.” Cfr. Exposición de Motivos al proyecto de ley No. 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en Gaceta del Congreso, Año I, No. 75, miércoles 23 de septiembre de 1992, Pág. 12.

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN, TERCERA, sentencia de 5 de octubre de 2005, Exp. Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01.

<sup>8</sup> Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN, TERCERA, sentencias de 29 de enero de 1998 Exp. 11099 y 4 de mayo de 1998.

La solemnidad según la cual esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye pues un requisito *ad substantiam actus*, esto es, sin el cual el negocio no existe y por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito conlleva a que se miren como no celebrados y su omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones - efectos jurídicos- que en nombre o a título de él se reclaman.<sup>9</sup> Incluso, en la Ley 80 de 1993 original, el legislador estableció para los negocios jurídicos que pueden celebrarse sin formalidades plenas, la exigencia de la orden previa y escrita de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato expedida por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto (art. 39); y en todo caso, en situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley, que no permitan la suscripción de contrato escrito, si bien se autoriza prescindir de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante (art. 41 inc. 3).

Ahora bien, como quiera que los contratos estatales son solemnes ha de estarse a lo dispuesto por los artículos 1501 del Código Civil y 998 inciso segundo del Código de Comercio -aplicables a los negocios jurídicos estatales por expresa remisión del inciso primero de los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993<sup>10</sup>-, de conformidad con los cuales no existiría o mejor aún “[s]erá inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación del acto o contrato”. Por lo demás, la ratificación expresa posterior que permite la ley (inc. 1 art. 898 C.Co.) dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfecciona el acto inexistente tan sólo en la fecha de tal ratificación y no constituye una habilitación para normalizar o subsanar lo que comúnmente se denominan “hechos cumplidos”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Repárese que el artículo 187 del C. de P. C., es del siguiente tenor: “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos./ “El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

<sup>10</sup> El inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 establece: “De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en la ley”. Y por su parte, el inciso primero del artículo 40 *ibidem*: “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.”

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN, TERCERA, sentencia de 5 de octubre de 2005, Exp. Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01.

La Sala en jurisprudencia que ahora se reitera ha mostrado que este carácter solemne del contrato estatal no ha sido extraño a los diversos estatutos que han regulado las relaciones negociales de los particulares con el Estado, en los que se han consagrado presupuestos que deben cumplirse tanto para la celebración del contrato, como para su perfeccionamiento y así mismo, han determinado la forma de probar los contratos, siendo una constante que hayan dispuesto la necesidad de instrumentar el negocio estatal, por regla general, mediante escrito, como requisito *ad substantiam actus* salvo expresa disposición legal en contrario y por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, toda vez que el contrato, el escrito y su prueba son inseparables.<sup>12</sup>

De otra parte, es menester señalar que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993<sup>13</sup> distingue entre perfeccionamiento y ejecución del contrato, de modo que por virtud de este mandato legal si un contrato no está perfeccionado no es ejecutable, así como tampoco lo será cuando no se cumpla con los requisitos de aprobación de la garantía y el registro presupuestal a que haya lugar.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup>La regla general según la cual las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito *ad substantiam actus* y *ad solemnitatem*, ha sido un precepto contenido en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976, 26 del Decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993. Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN, TERCERA, sentencias de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855 y 20 de septiembre de 2007, Exp. 16.852, entre otras.

<sup>13</sup> El artículo 41 de la Ley 80 de 1993, fue modificado en su inciso segundo por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, así: "Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda."

<sup>14</sup> Para la interpretación de este artículo debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuyo texto es el siguiente: "ARTÍCULO 71. <certificados de disponibilidad presupuestal>. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos./ Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin./ En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos./ En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados./ Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones./ Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38 de 1989, artículo 86, Ley 179 de 1994, artículo 49)'.

Ya lo advirtió la Sala en oportunidad precedente<sup>15</sup> que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, no fue modificado por el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, que a su vez modificó el artículo 86 de la Ley 38 de 1989, orgánica o normativa del presupuesto general de la Nación, al ordenar que en todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos y con el registro presupuestal, corrigiendo la doctrina sentada en algunas providencias en sentido contrario.<sup>16</sup> En efecto, la ausencia de registro presupuestal no produce la inexistencia del contrato estatal, sino que determina su inejecución, como lo señaló el Consejo de Estado al analizar las modificaciones realizadas por la Ley 80 de 1993 en este ámbito.<sup>17</sup>

En suma, según los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 en el texto vigente para la fecha de la celebración del contrato (en concordancia con el art. 1500 del Código Civil<sup>18</sup>) el contrato estatal es solemne o formal y no consensual, de manera que su existencia y perfeccionamiento tienen lugar cuando las partes llegan a un *“acuerdo sobre el objeto y la contraprestación”* (elementos sustanciales) y *“éste se eleve a escrito”* (elemento formal de la esencia del contrato), y es ejecutable cuando se cumplen los requisitos previstos en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con las normas orgánicas de presupuesto (art. 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el art. 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto Ley 111 de 1996), esto es, la aprobación de las garantías, las disponibilidades presupuestales y el registro presupuestal.

---

<sup>15</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, sentencia de 28 de septiembre de 2006, Exp. 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307), la Sala consideró que el Estatuto Orgánico de Presupuesto no modificó la Ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones: a. Cuando el Estatuto Orgánico de Presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal; b. La Ley 80 de 1993 no es contraria al Estatuto Orgánico de Presupuesto, sus disposiciones son concordantes con los principios de dicha ley; c. El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.

<sup>16</sup> Proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal es un requisito de *“perfeccionamiento”* del contrato estatal, de conformidad con la reforma introducida a la Ley 80 de 1993 por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 27 de enero de 2000, Exp. 14935.

<sup>17</sup> Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencias de 6 de abril de 2000, Exp. 12775 y 3 de febrero de 2000 Exp. 10399.

<sup>18</sup> *“...es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”.*

### **3.2. El incumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento del contrato cuya existencia se solicita declarar al 17 de julio de 1995**

Aplicado al *sub lite* el marco legal y conceptual antes descrito, se tiene, que la parte actora, esto es, Oscar Cañas Fajardo, no demostró la existencia de un contrato de prestación de servicios suscrito el 17 de julio de 1995, como es su pretensión principal, como quiera que, no acreditó el cumplimiento de los requisitos relativos al perfeccionamiento de tal negocio que cita como fuente de la pretensión económica que demanda.

En efecto, revisado en detalle el expediente, se observa que para demostrar ese hecho aportó a su demanda una copia simple que dice contener un escrito de 17 de julio de 1995, presuntamente suscrito por el Alcalde Municipal de Saravena, mediante el cual supuestamente asume el compromiso de contratar con la firma de investigaciones y asesorías petroleras "OSCAFA", representada por el señor Oscar Cañas Fajardo, la asesoría y posterior cobro de los impuestos de industria y comercio, así como las regalías no reconocidas y el impuesto de transporte del oleoducto a que tiene derecho el Municipio de Saravena, derivadas de la explotación petrolera (fl. 18 cd. ppal.).

Es decir que no trajo el actor al proceso la copia auténtica del documento base que origina y fundamenta su pretensión, sino una copia simple, carente de valor probatorio alguno de acuerdo con el artículo 254 del C. de P. Civil., sin que, por tanto, sea posible revisar con certeza si se reunieron los requisitos necesarios que incumbe a las partes para vincularse recíprocamente conforme a la ley, pues tratándose de un contrato estatal, por expresa disposición de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, vigente al 25 de julio de 1994 -fecha en la que supuestamente se habría celebrado el negocio jurídico con el Municipio de Saravena-, se requiere para su existencia y perfeccionamiento que el acuerdo de voluntades cumpla con la solemnidad del escrito y obviamente que el documento que contenga dicho negocio jurídico se encuentre firmado por las partes, requisito cuya omisión obliga a tener por no celebrado el contrato correspondiente.

Desde otro punto de vista, como ya se indicó, el contrato estatal se halla sujeto a las reglas previstas en las citadas normas, esto es, se exige para su existencia, además de la forma escrita cuya acreditación se omitió, el acuerdo de las partes sobre el objeto y las contraprestaciones del caso vertida en el documento; y para su ejecución el registro presupuestal, el otorgamiento de las garantías y la aprobación de éstas por la entidad pública contratante.

Pues bien, además de la falta de mérito probatorio de la aludida copia simple, cabe señalar que, si en gracia de discusión se valorara su contenido, carecería de

los requisitos necesarios para reputar la existencia de un contrato estatal, dado que no contiene la firma autógrafa de uno de los intervinientes en el negocio jurídico -la del actor- ni tampoco incluye en forma expresa la contraprestación por los servicios presuntamente ordenados por la Alcaldía de Saravena.

En otras palabras, en beneficio de cualquier duda, la no probada en este juicio comunicación de 17 de julio de 1995, no podría constituir un contrato en el que de manera legal e idónea se pueda derivar un consentimiento por parte de la entidad pública demandada y menos del aquí demandante, dado que carece de la firma de éste y de la contraprestación. Quizás lo único que representaría, en el evento de haberse emitido, sería una intención del Municipio de Saravena para llegar a un contrato con el actor, toda vez que ni siquiera parecería contener un contrato preliminar o preparatorio o promesa de contrato (*pactum in contrahendo*), dado que, en la hipótesis de ser cierta la misma, no reuniría todos los elementos esenciales previstos en el artículo 89 de la Ley 153 de 15 de agosto de 1887, que modificó el artículo 1611 del Código Civil y según el cual “[l]a promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna”, salvo “[q]ue la promesa conste por escrito”, “el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 [sic: 1502]- del Código Civil”, “contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato”, y “se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales”.<sup>19</sup> Esta situación se evidencia, verbigracia, en la omisión en particular de estipular un plazo o condición que determinara la fecha de celebración de un nuevo contrato.

En consecuencia, muy probablemente si se hubiera aportado en copia hábil o auténtica dicho documento, la respuesta sobre el punto enjuiciado sería idéntica a la que dio el Tribunal *a quo* cuando en la sentencia impugnada señaló que tan sólo contendría un acto antecedente, que no se debe confundir con el contrato mismo, precisamente, por omitir los requisitos que para su perfeccionamiento estableció la Ley 80 de 1993 (art. 41), en cuanto para tal época, 17 de julio de 1995, ese hecho no había ocurrido.

Por lo expuesto, la omisión que se le endilga al Tribunal *a quo* en el sentido de que desconoció las evidentes condiciones originales de la demanda en este punto, no resulta de recibo, ni constituye razón para revocar en este aspecto la sentencia impugnada.

#### **4. Validez del contrato de prestación de servicios No. 45 de 13 de octubre de 1995 suscrito entre las partes**

---

<sup>19</sup> El artículo 861 del Código de Comercio señaló que “[l]a promesa de celebrar un negocio producirá obligaciones de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.

De la demanda se puede deducir que también se pidió la declaración de existencia del contrato de prestación de servicios a partir del 13 de octubre de 1995 y la declaratoria de incumplimiento del mismo. El Tribunal *a quo*, a solicitud de la parte demandada y del Ministerio Público quien la trató parcialmente, previa verificación de su existencia, declaró la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 45 de 13 de octubre de 1995, con el argumento de que no es posible que las entidades contraten para que se cumpla la ley en materia de recaudo y cobro de los impuestos y regalías y menos aún pactando porcentajes sin límite alguno. Para el recurrente esta decisión carece de fundamento fáctico y legal, pues, de una parte, desconoce que el Estado no es autosuficiente para asumir directamente todas sus necesidades y cumplir sus fines y, por otra, el vicio no aparece de manifiesto ni se mencionó la fuente legal de la prohibición que se nombró (art. 44-2 Ley 80/93), como tampoco probó el objeto o causa ilícitos.

Dentro del marco descrito, con el objeto de dilucidar si el referido contrato materia de controversia es válido y si a partir de allí resultan procedentes las pretensiones del actor, la Sala examinará el régimen de derecho que rige dicho acuerdo de voluntades y si adolece de algún vicio que configure nulidad absoluta del mismo y comprometa su validez, a partir de los supuestos fácticos probados en el proceso.

#### **4.1. El régimen jurídico aplicable al Contrato No. 45 de 13 de octubre de 1995**

Contrario a lo ocurrido en el punto anterior, muestra el acervo probatorio recaudado y valorado por la Sala que entre las partes efectivamente se celebró el 13 de octubre de 1995, el contrato que nominaron de prestación de servicios No. 45, para *“la recopilación, selección y evaluación de la información en lo que concierne a la explotación de Hidrocarburos y material de arrastre; el reconocimiento y cobro de los impuestos de Industria y Comercio, regalías e impuestos de transporte de hidrocarburos por oleoducto”* (cláusula primera).

Habida cuenta de que el Contrato No. 45 fue suscrito el 13 de octubre de 1995, el régimen jurídico aplicable al mismo es el previsto en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, estatuto contractual de la administración actualmente vigente -por supuesto, sin las reformas a esta normativa posteriores a su celebración-<sup>20</sup>.

Realizada la anterior precisión, cabe observar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estableció que son contratos estatales los *“...previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, así como los que a título enunciativo son definidos en la citada disposición...”*, celebrados por las entidades a que se refiere

---

<sup>20</sup> Siguiendo la línea de principio establecida en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según la cual los contratos se regirán por las normas jurídicas vigentes al momento de su celebración.

el artículo 2 *ibídem*, dentro de las cuales se encuentran los municipios. Éstos corresponden a los contratos nominados o típicos. También, de acuerdo con la norma en cita, lo son todos los demás “...*derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...*”, los cuales han sido definidos por la doctrina y la jurisprudencia como contratos innominados o atípicos, dado que, ciertamente, no es posible encasillar o encajar legalmente todas las formas negociales que según las prácticas sociales y económicas no corresponden a un molde predeterminado, pero que en el mundo del derecho se deben reconocer como instrumentos válidos de ejercicio o manifestación de la autonomía de la voluntad dentro del tráfico jurídico, de conformidad con las exigencias, necesidades y conveniencia de las partes.

Así las cosas, es menester señalar que la Ley 80 de 1993 en el artículo 32, numeral 3o, dispuso lo siguiente:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Sobre el particular, sea lo primero destacar que el contrato de prestación de servicios nació del contrato de arrendamiento o *locatio*, que tenía como modalidades de ejecución las obras (*locatio operis*), el transporte (*locatio conductio*), o los servicios personales (*locatio operarum*). Figura esta última que se generalizó para dar paso a la concepción actual de este negocio jurídico, al cual el Estado moderno ha recurrido para cumplir las múltiples y crecientes funciones a su cargo y ante precisos requerimientos de conocimiento profesional, técnico, o científico o por insuficiencia del personal vinculado a su planta de personal a través de un acto condición (funcionarios) o mediante contrato de trabajo (trabajadores oficiales). De ahí que, la necesidad de servicios para el funcionamiento del Estado o para el cumplimiento de actividades dirigidas a la sociedad, ha dado lugar a contratarlos con personas naturales o jurídicas externas, no vinculadas como servidores o funcionarios de la Administración, a través de contratos de prestación de servicios.

De conformidad con la definición antes transcrita y según la jurisprudencia de la Sección<sup>21</sup>, es viable predicar las siguientes características y notas predominantes de los contratos de prestación de servicios en vigencia de la Ley 80 de 1993 original:

a) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, según lo previsto en el artículo 2 numeral 1 de la Ley 80 de 1993.

b) Es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, también era admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indicaba expresamente -antes de la reforma de la Ley 1150 de 2007- el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el cual se señalaba la posibilidad de acudir a los mismos mediante contratación directa “[p] la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas.”<sup>22</sup> De esta norma -original- del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública puede colegirse que los únicos contratos de prestación de servicios que permiten ser celebrados en forma directa involucran estas actividades: i) las profesionales, esto es, los que se prestan por personas que ejercen especialmente una profesión; ii) las de trabajos artísticos, es decir, relacionados con trabajos en las artes; y iii) las que tienden al desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

---

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 3 de diciembre de 2007, Exp. 24.715 y otros acumulados.

<sup>22</sup> El artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, derogó el numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y lo subrogó en su contenido con su artículo 2. Actualmente, el literal h, numeral 4, del artículo 2, de la Ley 1150 de 2007, señala como uno de los eventos de la selección por contratación directa “h. Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales”. A su turno, el Artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, modificado por el artículo 1 del Decreto 4266 de 2010, indicó que: “Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita./ Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad; así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales. /Para la contratación de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato”.

c) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante con la condición de que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta por ser insuficiente o porque se requieran conocimientos especializados.

d) La relación que se genera entre entidad contratante y contratista no goza del carácter de relación laboral.

e) No pueden pactarse por término indefinido, sino por el plazo estrictamente necesario e indispensable (inciso 2o. del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).

Precisamente, la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y las dos últimas características anotadas previenen que no se utilice el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.<sup>23</sup>

f) En el marco de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las entidades públicas –incluyendo los de prestación de servicios- se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo negocial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual (artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993).

g) No son obligatorias las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, salvo en materia de prestación de servicios públicos, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero ello no obsta para que si se estima conveniente se puedan pactar.

Como puede apreciarse, el contrato de prestación de servicios, en las voces del artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, es una manera de vincular a los particulares para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, en los estrictos términos de esa normativa, que en el

---

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. También la CORTE CONSTITUCIONAL, en sentencia C-154 de 1997, al declarar exequible el numeral 3º del inciso 2º del artículo 32, distinguió los contratos de prestación de servicios de los laborales y precisó que los primeros podía devenir en los segundos cuando se presentaran sus elementos (contrato realidad: subordinación, dependencia, etc), cualquiera que fuera la denominación que le haya dado la entidad pública.

artículo 40 *ibídem*, señaló que las “*entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales*”, en los cuales “*podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes para el desarrollo del contrato, según su naturaleza y esencia, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, y a los principios de esta ley y a los de la buena administración*” (subraya la Sala).

En tal virtud, el contrato reviste los caracteres nítidos de prestación de servicios (tipificado en contratación estatal por el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993), en tanto acuerdo negocial mediante el cual se pretendía obtener la colaboración de terceros para el cumplimiento de tareas relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, de una asesoría profesional para ayudar en el desempeño de las funciones.

En consecuencia, bajo el marco de la anterior noción y régimen analizará la Sala la validez del Contrato No. 45 de 13 de octubre de 1995, con el fin de verificar las aseveraciones de la demanda y las censuras realizadas por el recurrente a la sentencia del *a quo*, para lo cual pasará a estudiar el régimen de nulidades en el contrato estatal.

## **4.2. Las nulidades del contrato estatal**

La nulidad o invalidez se predica de un negocio existente, que reunió los elementos establecidos en la ley para su relevancia, pero que el ordenamiento jurídico repudia por adolecer de un vicio que conlleva una drástica y condigna sanción, cual es, su destrucción. El negocio inexistente de entrada como arriba se indicó no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico.

La ley permite a las personas que configuren sus relaciones jurídicas de acuerdo con su propia voluntad y con ese propósito pone a su disposición el negocio jurídico, pero esa autonomía privada la sujeta a precisos límites; en casos excepcionales, priva de efectos a los negocios de cierto contenido y los declara susceptibles de nulidad o establece que no pueden efectuarse, mediante normas prohibitivas que limitan la autonomía negocial (*leges perfectae*, o de nulidad)<sup>24</sup>.

En la contratación estatal la autonomía de la voluntad presenta serias restricciones y limitaciones, por la finalidad distinta que anima a las entidades a celebrar

---

<sup>24</sup> VON THUR, Andreas, Derecho Civil, Volumen III – Negocio Jurídico, Edt. de Palma, 1948, Págs. 1 a 5 y 27 y ss.

contratos a la de los particulares y que le son impuestas a éstos cuando se vinculan con ellas. La Administración y los particulares pueden celebrar los contratos que se estimen necesarios para la satisfacción del interés público en el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos (art. 3 Ley 80 de 1993), pero es una actividad que para que surta eficacia, esto es la plenitud de los efectos jurídicos deseados, debe respetar los límites impuestos por las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (art. 16<sup>25</sup> y 1518 del C.C.).

En efecto, el contrato de la Administración debe cumplir con los requisitos de su existencia, como ya se indicó, pero también los de validez, previstos en el orden jurídico, tanto del derecho privado como aquellos propios del derecho público al que están sometidos las entidades estatales.

Dentro de los requisitos de validez establecidos en el ordenamiento jurídico se encuentra la capacidad de las partes para obrar; el objeto lícito, la causa lícita y el consentimiento exento de vicios (art. 1502 C.C.).

El objeto se refiere a los intereses o en general a las atribuciones patrimoniales (bienes, cosas, derechos, etc.) sobre los que versa el contrato con aptitud para recibir el orden jurídico que lo regula; e ilícito es el contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, dentro del cual también se enmarca la violación de las normas imperativas en general (arts. 1519, 1521, 1523 C.C.). La causa es el motivo que induce o impulsa a las partes a contratar y es ilícita cuando también vulnera la ley, el orden público y las buenas costumbres, siempre que el móvil determinante del contrato sea común o conocido por los contrayentes, quienes convergen en esa intención (art. 1524 C.C.).

Messineo<sup>26</sup> enseña que el contrato ilícito es aquel contrario a las normas coactivas o imperativas, o prohibitivas (*contra legem agere*), o sea, cuyo contenido y aplicación no es posible prescindir; o a los principios generales o fundamentales del sistema (orden público); o a las reglas de conducta deducidas por la moral común (buenas costumbres) de manera que se trata de un término que comprende los contratos ilegales, prohibidos e inmorales. En estos eventos, como anota Von Thur, la ley limita la autonomía privada de las partes para negar a ciertos negocios efectos jurídicos o prohibir su conclusión<sup>27</sup>. Así, son nulos los

---

<sup>25</sup> Código Civil: "ARTICULO 16. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres."

<sup>26</sup> Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa- América, 1952, Págs. 479 y ss.

<sup>27</sup> VON THUR, Andreas, *Op. cit.* Págs. 27 y ss.

negocios contrarios a las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres, esto es, en aquellos eventos en que se rebela contra las leyes cuya observancia es imperiosa, categórica y absoluta, o contra los principios fundamentales y los intereses generales sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado y que, por lo mismo, son indisponibles e inderogables por convenio entre particulares.

Teniendo en cuenta lo anterior, la nulidad es la sanción de invalidez del contrato que nacido a la vida jurídica, presenta irregularidades o vicios, por la omisión o incumplimiento de los requisitos señalados por la ley para el valor del acto o contrato, y está instituida en defensa del orden jurídico, como quiera que a través de ella el ordenamiento reacciona para reprimir los contratos ilegales, prohibidos o inmorales, en los términos descritos.

Dicho de otro modo, la nulidad del contrato es la respuesta del ordenamiento a conductas dispositivas irregulares y que se contraponen a él, pues hace desaparecer del mundo jurídico la relación que nació viciada, o la cláusula pactada cuando el vicio recae únicamente sobre alguna de las estipulaciones del contrato, es decir, aniquila, suprime y borra sus efectos jurídicos, con el fin de que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. Los artículos 6, 1740 y 1741 del Código Civil, sobre el particular establecen:

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

“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esa nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

(...)

“Artículo 1740.- 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.”

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

“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.” (Subrayado por fuera del texto original).

Tal y como se puede deducir de los anteriores textos del Código Civil, la nulidad en nuestro medio admite dos categorías: absoluta o relativa, según la trascendencia de la norma vulnerada y dependiendo de si ella está consagrada en interés general, en el primer caso; o en interés particular de las personas, para el segundo.

A su vez, el Código de Comercio en armonía con la legislación civil, preceptúa:

“ART. 899.- 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.”

Por lo tanto, según lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, concordante con la legislación comercial, es nulo el contrato cuando no cumpla con los siguientes presupuestos: a) capacidad de las partes contratantes, b) licitud del objeto; c) licitud de la causa; d) consentimiento exento de vicios; y, e) algunas formalidades, *ad solemnitatem*, prescritas por el legislador por la naturaleza misma del contrato o por la calidad de las personas que lo celebran (artículo 1500 del Código Civil), pero de las que no se derive su existencia, es decir con exclusión de las solemnidades *ad substantiam actus*.

De cuanto antecede, también se desprende que la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y de la causa y la omisión de una formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, constituyen nulidad absoluta, y los demás vicios nulidad relativa, tales como la incapacidad relativa de alguna de las partes y los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

Cabe precisar que los artículos 1741 y 1742 del Código Civil, en materia de contratos celebrados por la Administración, se acogieron primero en el Decreto Ley 222 de 1983 en sus artículos 78 y 79 y luego en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 44 y ss., así como en el artículo 87, subrogado por el Decreto ley 2304 de 1989, artículo 17, y luego modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, que se refiere a las controversias contractuales y a sus nulidades.

Actualmente en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se regula el tema de la nulidad de los

contratos estatales, siguiendo los lineamientos de la legislación civil y comercial y señalando causales propias para los mismos<sup>28</sup>. Así, el artículo 44 de este estatuto, consagra las causales que dan lugar a la nulidad absoluta del contrato estatal, en los siguientes términos:

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

Como puede apreciarse, la norma reproducida del estatuto de contratación de las entidades públicas acogió como causales de nulidad de los contratos estatales las establecidas en el derecho común antes citadas, y adoptó otras específicas, no susceptibles de saneamiento por ratificación (art. 45 *ejusdem*). Y en cuanto a las nulidades relativas, el artículo 46 *ibídem* señaló que *“los demás vicios que se presentan en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, las que “...pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio...”*. Además, la nulidad del contrato estatal puede ser total o parcial, en cuanto la nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada (art. 47 del Estatuto Contractual)<sup>29</sup>.

Por consiguiente, en cuanto a la validez y regularidad de los contratos estatales, es decir, su ajuste a la ley, debe tenerse en cuenta además de las causales de

---

<sup>28</sup> Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992, Exposición de motivos del Proyecto de Ley No. 149 de 1992, que dio lugar al estatuto vigente.

<sup>29</sup> Precepto adoptado a la manera de lo prescrito en el artículo 902 del C. de Co.

nulidad absoluta propias de la peculiaridad de los mismos<sup>30</sup>, aquellas que fueron atrás enunciadas, concernientes a la ilicitud del objeto y de la causa y el incumplimiento de la formalidad impuesta por la naturaleza misma del contrato, las cuales podrán ser alegadas por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio (art. 45 Ley 80/93); y respecto de las nulidades relativas aquellas también del derecho común que versan sobre la incapacidad relativa, consentimiento viciado de error, fuerza y dolo, y la ausencia de formalidades establecidas en la ley en consideración a la persona contratante, las cuales sólo pueden ser alegadas por las partes contratantes o sus causahabientes (art. 46 *ídem*).

De esta forma, tratándose de la invalidez del contrato estatal se requiere de una valoración del mismo para determinar su disconformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, para establecer si se presenta el supuesto específico que se consagra por la ley como vicio o irregularidad que amerita negar la relevancia ordinaria del contrato, mediante la imposición de una sanción, esto es, su nulidad, que debe ser declarada judicialmente. Esta labor procede con mayor razón en aquellos contratos que celebra el Estado, pues al comprometerse mediante los mismos recursos del erario e involucrar la satisfacción de necesidades colectivas, es necesario que su control de legalidad sea extremadamente riguroso, en aras de proteger el interés público, y evitar así que pueda verse menoscabado por un manejo inadecuado, o por una desviación de poder o una conducta *contra legem* por parte de los intervinientes en la contratación pública.

En conclusión el contrato estatal que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero tiene un vicio congénito y concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (arts. 1502 y ss. del Código Civil) es inválido, por valoración negativa posterior, esto es, nulo (arts. 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio, 44 de la Ley 80 de 1993), sanción legal que requiere de declaración judicial, lo que implica que el juez debe realizar una comparación o cotejo entre la conducta que se contempla en el contrato y el sistema jurídico, de manera que si encuentra una contraposición o colisión, deber privar al negocio de todos los efectos que está llamado a producir o que produjo<sup>31</sup>, para volver la situación al estado inicial al momento de su celebración, como si jamás hubiese existido (art. 1746 C.C.).

---

<sup>30</sup> Cfr. Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992, Exposición de motivos Proyecto de Ley No. 149 de 1992.

<sup>31</sup> HINESTROSA, Fernando, Derecho Comercial Colombiano, Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico, Págs. 191 a 212.

### **4.3. La nulidad absoluta del Contrato No. 45 de 1995 por causa y objeto ilícitos y desviación de poder**

En el caso concreto se impone la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, tal y como lo hizo el Tribunal *a quo*, aunque por razones diferentes.

El objeto del contrato de prestación de servicios No. 45 de 13 de octubre de 1995, suscrito entre las partes, contempla, como se ha advertido, de una parte, la recopilación, selección y evaluación de la información concerniente a la explotación de hidrocarburos y material de arrastre, y de otra parte, las labores tendientes al reconocimiento de regalías e impuestos de transporte de hidrocarburos por oleoducto que son liquidados, así como el cobro de los impuestos de Industria y Comercio a favor del Municipio de Saravena.

El contratista se obliga en virtud de ese objeto a recopilar, seleccionar y evaluar toda la información en un término de ciento ochenta (180) días calendario; asumir los costos que se generen por la vinculación de equipo técnico de trabajo y demás gastos que se deriven para el logro del reconocimiento y pago de los impuestos y regalías a que tiene derecho el Municipio de Saravena (cláusula segunda) con posibilidad incluso de iniciar las acciones judiciales pertinentes que se requieran para el cobro de los impuestos y regalías a favor del Municipio de Saravena por concepto de Hidrocarburos y materiales de arrastre, caso en el cual la Alcaldía de Saravena se comprometió a dar poder a la Firma Investigaciones y Asesorías Petroleras OSCAFA, o a quien ésta delegue cuando fuere solicitado por ésta (cláusula tercera).

En consideración a que una parte del objeto involucra la gestión en el cobro de tributos territoriales (impuesto de industria y comercio) es conveniente precisar los límites de la autonomía de las entidades territoriales y la licitud de los objetos contractuales. A propósito de la viabilidad jurídica de la contratación con particulares de la gestión tributaria y en particular cobro coactivo tributario de la cartera morosa de una entidad estatal, esta Sección en sentencia de 17 de mayo de 2007 se ocupó del tema, en sede de acción popular, fallo en el que estudió un contrato celebrado por el Municipio de Neiva con una firma de abogados, en el que se precisó la intervención de los particulares desde la naturaleza del contrato de prestación de servicios, la etapa de fiscalización, determinación tributaria y el procedimiento de cobro coactivo, llegando a las siguientes conclusiones:

“Con respecto a la atribución de funciones administrativas para el cobro coactivo, la Sala afirma que:

.- La atribución de funciones administrativas no será posible si la competencia del funcionario administrativo resulta vaciada de contenido por el particular, es decir, si la administración es reemplazada totalmente en su función.

.- Las funciones administrativas relacionadas con el cobro coactivo que consistan en actividades de instrumentación del proceso y proyección de documentos, pueden ser atribuidas a particulares con la condición de que la administración conserve la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, lo cual no se satisface desde una perspectiva formal, sino con el cumplimiento material de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998.

.- El particular a quien se le atribuyen funciones administrativas, en la fase persuasiva del cobro coactivo, podrá contactar directamente al contribuyente para cobrarle las deudas tributarias, siempre y cuando la administración conserve la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, lo cual no se satisface desde una perspectiva formal, sino con el cumplimiento material de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 110 de la ley 489 de 1998.

.- En tratándose del cobro coactivo, en sus fases persuasiva y coactiva (propriadamente dicha), y habida cuenta de su naturaleza y de los efectos que tiene sobre los contribuyentes, se debe partir del principio de que las actividades correspondientes sólo podrán ser contratadas con particulares mediante la atribución parcial de funciones administrativas en los términos de la ley 489 de 1998, es decir, mediante acto administrativo y suscripción de convenio.

.- Las actividades en las cuales la administración ejerce el cobro coactivo propriadamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa.

.- Bajo ninguna circunstancia la administración podrá atribuir a los particulares las atribuciones relacionadas con la investigación de los bienes de los deudores, habida consideración de que el artículo 825-1 del Estatuto Tributario ha investido al funcionario de cobranzas para esa finalidad con las mismas facultades del funcionario de fiscalización, prescritas por el artículo 684 del Estatuto Tributario, y tales actividades son exclusivas de la administración; no se pueden considerar como instrumentales.

.- Las actividades correspondientes a la determinación y fiscalización tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Tributario respecto de la reserva de la

información<sup>32</sup>, y en consonancia con el pronunciamiento jurisprudencial de la corporación referido, son exclusivas de la administración y no pueden ser atribuidas a particulares en cuanto versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, y, por ende, no representan actividades instrumentales. (Habida cuenta que la determinación y fiscalización del tributo es una etapa anterior al cobro coactivo, y que lo que se ha discutido a lo largo de la sentencia es el ejercicio del cobro coactivo por particulares, la Sala se abstiene de hacer cualquier consideración adicional sobre la materia.)

.- Teniendo en consideración la naturaleza de la información, y la circunstancia que dos puntos neurálgicos para adelantar la operación de cobro coactivo (determinación de las obligaciones tributarias e investigación de los bienes del deudor) serán provistos exclusivamente por la administración, la base de datos con la cual contará el contratista estará restringida a lo estrictamente necesario, se sujetará a la regulación, control, vigilancia y orientación de la entidad estatal, y será de la propiedad exclusiva de esta última.”<sup>33</sup>

Con todo, la anterior providencia contó con salvamento de voto de uno de los magistrados de la Sala, entre otras razones, al considerar que la celebración de un contrato de prestación de servicios para prestar apoyo en el ejercicio de la jurisdicción coactiva no constituía *per se* ejercicio de funciones administrativas por un particular y que, en todo caso, el inciso 3º del artículo 123 Constitucional, mediante la figura de la “descentralización por colaboración”, bajo el cumplimiento de lo previsto en el capítulo XVI de la ley 489 de 1998 (arts. 110 a 114), permite la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares, siempre que: (i) se expedida un acto administrativo que determine las funciones específicas que serán encomendadas al particular, las calidades y requisitos que debe reunir el particular, las condiciones para su ejercicio, la forma de remuneración y la duración del encargo y ii) se celebre de un convenio con el particular mediante un procedimiento de convocatoria pública (art. 111 ordinales 1º y 2º *ejusdem*).

---

<sup>32</sup> “Artículo 693: Reserva de los expedientes. Las informaciones tributarias respecto de la determinación oficial del impuesto tendrán el carácter de reservadas en los términos señalados en el artículo 583. / Artículo 583: ‘La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales solo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística. En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva.’”

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 17 de mayo de 2007, Exp. Radicación No. 4100123310002004 (AP00369) 01, con salvamento de voto por parte de un magistrado de la Sala.

Posteriormente, para zanjar cualquier discusión futura a este respecto, se expidió la Ley 1386 de 21 de mayo de 2010, mediante la cual se prohibió expresamente que las entidades territoriales deleguen, a cualquier título, la administración de los diferentes tributos a particulares, de suerte que no podrán celebrar contrato o convenio con dicho objeto descrito en el artículo 1 *ibídem*.<sup>34</sup>

De todos modos, se advierte que la aludida disposición no es aplicable al contrato de *sub lite*, por cuanto es posterior a la fecha en que se contrajo el vínculo, pero también se precisa que el evento estudiado por la Sección en el fallo del 2007, no solo difiere en cuanto a los objetos de los contratos estudiados, en tanto el analizado en esa ocasión se señalaba expresamente “el desarrollo de jurisdicción coactiva”, lo que no ocurre en el que ahora es materia de examen que tiene más la connotación de un cobro persuasivo con posibilidad de representación para iniciar las acciones judiciales cuando hubiese lugar a ellas pero no de iniciación de la actuación de cobro coactivo ni la expedición de los actos en que se compone este procedimiento y además fueron celebrados en épocas diferentes (2003) y, por tanto, mediando normas jurídicas distintas (Ley 489 de 1998).

En este orden de ideas: ¿Qué situación origina la nulidad absoluta del contrato del *sub exámine*?

Para resolver este interrogante llama la atención la Sala sobre el hecho de que, por un lado, se hubiese pactado en la cláusula cuarta del contrato número 45 de 13 de octubre de 1995 que su valor para todos los efectos legales y fiscales era de \$5.000.000, sobre el cual, supuestamente, se haría la imputación presupuestal y se sujetaría a las apropiaciones presupuestales; pero, por otro lado, en la cláusula novena del mismo se pactó un porcentaje a pagar, estipulación en virtud de la cual “la *Alcaldía de Saravena reconocerá a la Firma Investigaciones y Asesorías*

---

<sup>34</sup> “ARTÍCULO 1o. PROHIBICIÓN DE ENTREGAR A TERCEROS LA ADMINISTRACIÓN DE TRIBUTOS. No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. La recepción de las declaraciones así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados./Las entidades territoriales que a la fecha de expedición de esta ley hayan suscrito algún contrato en estas materias, deberán revisar de manera detallada la suscripción del mismo, de tal forma que si se presenta algún vicio que implique nulidad, se adelanten las acciones legales que correspondan para dar por terminados los contratos, prevaleciendo de esta forma el interés general y la vigilancia del orden jurídico. Igualmente deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes y a los organismos de control cualquier irregularidad que en la suscripción de los mismos o en su ejecución se hubiese causado y en ningún caso podrá ser renovado./Las entidades de control correspondientes a la fecha de expedición de esta ley, deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales./La Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales.”

Petroleras OSCAFA, el treinta por ciento (30%) de los recursos que se recuperen por concepto de regalías, impuestos y otros a partir de la legalización del contrato con la firma de las partes.” (Subraya la Sala).

Sorprende más aún que el 2 de noviembre de 1995, las mismas partes suscribieron un Otrosí al contrato para aclarar la cláusula quinta del valor -en realidad se modificó- en el siguiente sentido de que “la Alcaldía de Saravena se compromete a cancelar el valor del anticipo del contrato número 45 con los recursos obtenidos del cobro del impuesto por transporte por oleoducto, una vez sean reconocidos por el Ministerio de Minas y Energía y girados por ECOPETROL al Municipio de Saravena” (subraya la Sala).

En estas circunstancias, para la Sala la nulidad del Contrato No. 45 de 1995 se presenta por el ostensible desconocimiento de las restricciones de orden legal y presupuestal al pactarse un pago al contratista por su labor con cargo directo o afectación de los recursos que por concepto de participación en las regalías le corresponde al municipio de Saravena o que por concepto de los recaudos tributarios se encuentra contemplados a favor del mismo, mediante la asignación de un porcentaje fijo (30%) equivalente a los ingresos que perciba el ente territorial por tales conceptos, actuación que configura las causales de causa y objeto ilícitos y desviación de poder, como se pasará a explicar.

#### **4.3.1. La inobservancia de los preceptos de la Constitución Política y de la Ley 141 de 1994 en materia del derecho a regalías por explotación de hidrocarburos y del impuesto al transporte por oleoductos**

El artículo 332 de la Constitución Política, señaló que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables; a su turno el artículo 360 de la Carta, reconoció como beneficiarias de las regalías directas a las entidades territoriales en las cuales se explotan y a los puertos marítimos o fluviales por donde se transportan los recursos naturales no renovables; y en el artículo 361 superior, creó el Fondo Nacional de Regalías y determinó los sectores de inversión con las mismas: promoción de la minería, preservación del medio ambiente y proyectos regionales de inversión.

En desarrollo de lo dispuesto por la Carta Política de 1991, que constitucionalizó el pago de una prestación económica a título de regalía por la explotación de un recurso natural no renovable (inciso segundo, artículo 360), se promulgó la Ley 141 de 1994<sup>35</sup>, por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión

---

<sup>35</sup> Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones.” DIARIO OFICIAL No. 41.414, de 30 de julio de 1994. y al hacerlo derogó

Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones.

En sentencia C-567 de 1995, la Corte Constitucional resaltó varios aspectos en materia de regalías, compensaciones e impuestos a propósito de las disposiciones de esta Ley 141 de 1994 frente al marco constitucional, que se pueden resumir así:

(i).- La regalía es una contraprestación económica que percibe el Estado (art. 360 C.P.) como propietario del subsuelo y que está a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar recursos naturales no renovables; esa contraprestación consiste en un porcentaje sobre el producto bruto explotado que el Estado exige como propietario de los recursos naturales no renovables, bien directamente o a través de las empresas industriales o comerciales del Estado, titulares de los aportes donde se encuentran las minas en producción.

(ii).- El Estado es el titular del derecho a las regalías por la explotación de recursos naturales no renovables y beneficiario del pago de las mismas, de manera que son parte del patrimonio del Estado como único propietario del subsuelo, aunque las entidades territoriales tienen derechos de participación económica en una actividad que afecta bienes de propiedad del Estado.

(iii).- Las regalías tienen dos destinatarios: la Nación y las entidades territoriales; las de las entidades territoriales, a su vez, provienen de dos vías: directamente y a través del Fondo Nacional de Regalías; por ello, la autonomía que la Constitución le reconoce a las entidades territoriales se reduce, en el campo de las regalías, a participar en las rentas nacionales en los términos que fije la ley.

(iv).- A la ley corresponde la reglamentación del monto de la participación que en las regalías genera la explotación de recursos no renovables, que corresponderá a los departamentos y municipios en cuyos territorios se adelanten explotaciones de

---

expresamente el artículo 230 del citado decreto ley 2655 de 1988, según lo dispuesto por su artículo 69. Esta ley fue modificada por Ley 508 de 1999 (Plan Nacional de Desarrollo 1999-2002), que dispuso la misma regla, pero que fue declarada inexecutable por vicios de forma por la Corte Constitucional en sentencia C-557 de 2000, a raíz de esto el Gobierno Nacional expidió el Decreto 955 de 2000, que en el artículo 60 reprodujo el mismo contenido normativo, pero también fue declarado inexecutable por vicios de forma por la Corte Constitucional en sentencia C-1403 de 2000. Posteriormente, se expidió la Ley 619 de 2000, que modificó el art. 16 de la Ley 141 de 1994, pero así mismo fue declarada inexecutable de manera diferida por vicio de forma en la sentencia C-737 de 2001, hasta que la modificó la Ley 756 de 2002. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de mayo de 2006, Rad. AP-25000-23-27-000-2003-00345-02. Recientemente fue nuevamente modificada por la Ley 1283 de 2009, "Por la cual se modifican y adicionan el artículo 14 de la Ley 756 de 2002, que a su vez modifica el literal a) del artículo 15 y los artículos 30 y 45 de la Ley 141 de 1994".

recursos naturales no renovables; con los recursos provenientes de regalías no asignadas por la ley a éstos se nutre el Fondo Nacional de Regalías, para que sus recursos se destinen a todas las entidades territoriales según criterios fijados por el Legislador, para promover la minería y financiar proyectos de inversión prioritarios, según planes de desarrollo, con severos controles que recaigan de manera especial sobre los dineros provenientes de las regalías y para asegurar así un manejo eficiente y racional de los mismos. En efecto, según lo dispuesto por el artículo 359 numeral 1o. de la Carta política, la ley puede señalar la destinación específica de las rentas nacionales en las que participen los departamentos y municipios, por pertenecer exclusivamente al Estado, todo lo cual permite al legislador establecer la destinación de los recursos de las regalías.

De otra parte, al reparar las disposiciones de la Ley 141 de 1994 -vigente para la época de los hechos sobre los que versa este proceso-, se advierte que las regalías se dividen en directas e indirectas. Las primeras benefician directamente a las entidades territoriales en donde se adelantan explotaciones de recursos naturales no renovables (hidrocarburos, carbón, níquel, hierro, cobre, oro, plata, platino, sal, calizas, yesos, arcillas, gravas, minerales radioactivos, minerales metálicos, minerales no metálicos, esmeraldas y demás piedras preciosas), a los municipios con puertos marítimos y fluviales por donde se transportan dichos recursos y a los municipios del área de influencia de esos puertos. Las regalías indirectas son recursos no asignados directamente a entidades territoriales que ingresan al Fondo Nacional de Regalías y a ellas pueden acceder todas las entidades territoriales presentando proyectos de promoción de minería, preservación del medio ambiente y proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo, sin perjuicio de aquellas destinaciones específicas de recursos otorgadas por ley en favor de diferentes entidades.

En consonancia con este mandato el artículo 16 *ibídem* -original<sup>36</sup> determinó unas regalías mínimas por la explotación de recursos naturales no renovables de propiedad nacional, sobre el valor de la producción en boca o borde de mina o pozo, según corresponda, señalando para el caso de los hidrocarburos un porcentaje del 20%; así mismo en el parágrafo 5o. se dispuso que *“un porcentaje (%) de los ingresos que reciba la Nación por las explotaciones de hidrocarburos de propiedad privada será cedido a los respectivos departamentos y municipios productores, de modo tal que reciban el equivalente a los que deberían recibir como regalías de haber sido estos yacimientos de propiedad estatal.”*

---

<sup>36</sup> Este artículo fue modificado por el artículo 16 de la Ley 756 de 2002, publicada en el Diario Oficial No. 44.878, de 25 de julio de 2002, y con anterioridad por el artículo 17 de la Ley 619 de 2000, 60 del Decreto 955 de 2000 y 72 de la Ley 508 de 1999.

A su vez, el artículo 31 original<sup>37</sup> de la Ley 141 de 1994, establecía la distribución de las regalías entre los departamentos productores (47.5%); municipios o distritos productores (12.5%); municipios o distritos portuarios 8.0% y el Fondo Nacional de Regalías (32.0%), y en el caso de que la producción total de hidrocarburos de un municipio o distrito fuera inferior a 20.000 barriles promedio mensual diario, variaba únicamente los porcentajes de reparto de regalías de los municipios o distritos productores (lo elevaba a 25.0%) y el Fondo Nacional de Regalías lo disminuía (19.5%), manteniendo el mismo porcentaje para los demás; y si la producción total de hidrocarburos de un municipio o distrito fuera superior a 20.000 e inferior a 50.000 barriles promedio mensual diario, las regalías correspondientes a los primeros 20.000 barriles serían distribuidas de acuerdo con la regla anterior y el excedente en la forma establecida en la primera.

Cabe observar, que en ningún caso las regalías, o las compensaciones que se pacten, por la explotación de los distintos recursos naturales no renovables podrán ser inferiores a las establecidas en la ley, así como tampoco podrá modificarse la distribución porcentual que se ha establecido entre regalías y compensaciones para cada uno de los recursos naturales no renovables (art. 59 *ibídem*).

Adicionalmente, las regalías deben destinarse según la mencionada ley a proyectos de inversión contenidos en los planes de desarrollo territorial, con prioridad en saneamiento ambiental, cobertura y ampliación de servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado, aseo y demás servicios públicos básicos esenciales. Así por ejemplo el texto original del artículo 15 de la Ley 141 de 1994<sup>38</sup>, establecía respecto de la utilización por los municipios de las participaciones establecidas en la ley:

“ARTÍCULO 15. UTILIZACIÓN POR LOS MUNICIPIOS DE LAS PARTICIPACIONES ESTABLECIDAS EN ESTA LEY. Los recursos de regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los municipios productores y a los municipios portuarios serán destinados en el cien por ciento (100%) a inversión en proyectos de desarrollo municipal contenidas en el plan de desarrollo con prioridad para aquellas dirigidas al saneamiento ambiental y para las destinadas a la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 132 del Código de Minas (Decreto-ley número 2655 de 1988). Para tal efecto y mientras las entidades municipales no alcancen coberturas mínimas en los sectores señalados asignarán

---

<sup>37</sup> Artículo modificado por el artículo 27 de la Ley 756 de 2002.

<sup>38</sup> Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1283 de 2009, y antes por los artículos 14 de la Ley 756 de 2002, publicada en el Diario Oficial No. 44.878, de 25 de julio de 2002 y 12 de la Ley 619 de 2000.

por lo menos el ochenta por ciento (80%) del total de sus participaciones para estos propósitos. En el presupuesto anual se separará claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen para los fines anteriores.

El Gobierno Nacional reglamentará lo referente a la cobertura mínima.”  
(Subraya la Sala).

Igualmente, los artículos 24 y 25 *ejusdem, respectivamente*, indicaron que las regalías son recaudadas por las entidades públicas o privadas que designe el Ministerio de Minas y Energía; y “...*sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en contratos vigentes las regalías se recaudarán en dinero o en especie, según lo determine en providencia de carácter general, el Ministerio de Minas y Energía*”.

Ahora bien, el impuesto de transporte por el uso de oleoductos de uso público es un gravamen, a cargo del propietario del crudo o del gas, según sea el caso, el cual ingresa en calidad de depósito al Fondo Nacional de Regalías y tiene por fin compensar los efectos causados por el paso de las tuberías -oleoductos y gasoductos- a través de las cuales se transportan los hidrocarburos resultantes de la explotación de recursos naturales no renovables.

Este gravamen ha venido consagrándose desde la Ley 37 de 1931 (el artículo 42 lo fijaba en forma trimestral en un dos y medio por ciento resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto). Luego el artículo 52 del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) estableció el Impuesto sobre todos los oleoductos que se construyan a partir del día 7 de octubre de 1952, trimestralmente en un 6%, y en un 4%, según puedan hallarse al Este o Sureste de la cima de la Cordillera Oriental, del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto, pero mediante el artículo 17 del Decreto Legislativo 2140 de 1955 se redujo al 2% para esa región oriental. Esta disposición se convirtió en norma permanente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 10 de 1961. Posteriormente, la Ley 141 de 1994, en el párrafo del artículo 26<sup>39</sup>,

---

<sup>39</sup> El párrafo del artículo 26 de la Ley 141 de 1994, establece: "El impuesto de transporte por todos los oleoductos y gasoductos estipulados en los contratos y normas vigentes, incluyendo los de Ecopetrol, será cedido a las entidades territoriales. Este se cobrará por trimestres vencidos y estará a cargo del propietario del crudo o del gas, según sea del caso, e ingresará en calidad de depósito al Fondo Nacional de Regalías. El recaudo se distribuirá entre los municipios no productores cuyas jurisdicciones atraviesen los oleoductos o gasoductos en proporción al volumen y al kilometraje. La Comisión Nacional de Regalías hará la distribución". Mediante sentencias C- 036 de 1996 y C-127 de 2000 la Corte Constitucional declaró exequible los apartes subrayados de esta disposición.

prescribió que el impuesto de transporte por todos los oleoductos y gasoductos estipulados en los contratos y normas vigentes, incluyendo los de ECOPETROL, serán cedidos a las entidades territoriales.

Es decir, a pesar de que se trata de un recurso de la Nación, fue cedido por ella a los municipios no productores de gas o crudo cuyas jurisdicciones atraviesen los oleoductos o gasoductos, se cobra por trimestres vencidos y está a cargo del propietario del crudo o del gas, que transportan los aludidos recursos naturales por los oleoductos y gasoductos previstos en los contratos y normas vigentes, según sea el caso, e ingresará en calidad de depósito al Fondo Nacional de Regalías, para ser distribuido el recaudo entre ellos en proporción al volumen y al kilometraje, según lo que disponga la Comisión Nacional de Regalías, para uso exclusivo con destino a inversión, es decir, para satisfacer necesidades colectivas, y obras para el bienestar social en los términos del artículo 15 de la Ley 141 de 1994. Este impuesto se encuentra reglamentado por el Decreto 1747 del 12 de octubre de 1995, y mediante Resolución No. 80430 de 6 de abril de 1999 del Ministerio de Minas y Energía se distribuye el mismo.

Así las cosas, respecto del impuesto de transporte sobre todos los oleoductos que se construyan a partir del día 7 de octubre de 1952 es viable señalar:

(i) Su tarifa es del 6% del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto (Decreto 2140 de 1955, artículo 17); pero, para los oleoductos que se construyan ubicados en la región oriental es del 2% (Ley 756 de 2002, artículo 16 parágrafo 8).

(ii) Este impuesto (de carácter nacional) está a cargo del propietario del gas o petróleo transportado (sujeto pasivo u obligado), según sea el caso, y liquidado por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía y los operadores de oleoductos y gasoductos son los encargados de realizar trimestralmente el recaudo y giro de estos recursos (Decreto 1747 de 1995, artículo 19 parágrafo primero).

(iii) Los beneficiarios son los municipios no productores de hidrocarburos (sujeto activo por cesión de la Nación), cuyas jurisdicciones sean atravesadas por oleoductos o gasoductos a través de los cuales se transporte el crudo o el gas (hecho económico), con el objeto de compensar las consecuencias que genera la conducción por las tuberías de esos hidrocarburos en las zonas afectadas; se distribuye en proporción al volumen y kilometraje (Resolución 8-0430 de 1999, artículo primero del Ministerio de Minas y Energía).

(iv) Los recursos producto de su recaudo deben ser invertidos (destinación específica) a la inversión en proyectos contenidos en el plan de desarrollo de las

entidades beneficiarias, para saneamiento ambiental, construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales (art. 15 Ley 141 de 1994).

De otra parte, la Corte Constitucional<sup>40</sup> declaró exequible la sustitución del impuesto por la regalía. Preciso que se trata de dos elementos económicos diferentes, que pueden coexistir a voluntad del legislador, con la advertencia sí, de que mientras el impuesto puede gravar múltiples actividades económicas, una regalía es sólo dable siempre y cuando el hecho económico esté constituido por la explotación de un recurso natural no renovable. También advirtió que *“las regalías son ingresos públicos pero no tienen naturaleza tributaria, pues no son imposiciones del Estado sino contraprestaciones que el particular debe pagar por la obtención de un derecho”*, que consiste en la posibilidad de explotar un recurso natural no renovable, según lo explicó con base en jurisprudencia precedente.<sup>41</sup> Por lo tanto, la explotación de recursos naturales no renovables puede generar diferentes rentas: (i) regalías; (ii) compensaciones o derechos; y (iii) impuestos, de conformidad con lo que establezca la ley dentro del marco de la Constitución.<sup>42</sup>

En resumen, de lo previsto en las normas constitucionales arriba anunciadas, de las anteriores consideraciones realizadas por el tribunal constitucional y del examen conjunto de las disposiciones de la Ley 141 de 1994, se tiene que: a) de acuerdo con el artículo 360 de la Constitución, corresponde a la ley determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos; b) las regalías son una contraprestación económica de propiedad del Estado, que se causa por la explotación de los recursos naturales no renovables; c) las regalías son rentas del Estado y no de la Nación, correspondiendo a las entidades territoriales un derecho de participación sobre los recursos de regalías y compensaciones, en los términos que indique el legislador; d) la destinación de las regalías y compensaciones provenientes de la explotación de recursos naturales no renovables son asuntos cuya determinación compete al legislador; e) las regalías y el impuesto al transporte son recursos públicos, se constituyen, por tanto, en rentas de

---

<sup>40</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-628 de 29 de julio de 2003.

<sup>41</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 221 de 1997. En la sentencia C- 1071 de 13 de noviembre de 2003, declaró inexecutable el artículo 229 de la Ley 685 de 2001, el cual establecía que “la obligación de pagar regalías sobre explotación de recursos naturales no renovables, es incompatible con el establecimiento de impuestos nacionales, departamentales y municipales sobre esa misma actividad, sean cuales fueren su denominación, modalidades y características.”

<sup>42</sup> CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-251 de 2003.

destinación específica, según la mencionada ley, destinados exclusivamente a proyectos de inversión contenidos en los planes de desarrollo territorial, con prioridad en saneamiento ambiental, cobertura y ampliación de servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado, aseo y demás servicios públicos básicos esenciales.

Como puede apreciarse, los recursos de regalías y del impuesto de transporte están destinados por la ley al mejoramiento de la calidad de vida de la población, en particular, la más vulnerable y a garantizar servicios esenciales para la dignidad de las personas; de ahí que, el manejo y uso diligente, probo y responsable que se dé a esos recursos depende en buena parte la satisfacción de las necesidades básicas, el progreso y la prosperidad de los habitantes de los departamentos y municipios del país.

Por eso, advierte la Sala que al ser una actividad en la que está involucrada en grado sumo el interés general, la desviación de los recursos de las regalías o del impuesto al transporte, o el uso indebido, ineficiente o inadecuado de los mismos, esto es, la ejecución de los recursos provenientes de las participaciones o del Fondo Nacional de Regalías por las entidades territoriales con destinación diferente a la permitida por la Ley, constituyen irregularidades que vulneran los mandatos constitucionales y legales antes citados y, por ende, atentan contra el orden público, amén de que en el campo del derecho administrativo esa conducta configura un abierto abuso y desviación de poder.

Además, como lo ha señalado la Sala en otras oportunidades<sup>43</sup> al acudir a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 141 de 1994, se constata que fue de especial preocupación establecer mecanismos de control y adoptar correctivos severos y eficaces ante el despilfarro o inadecuada destinación de dichos recursos para prevenir el riesgo del uso inadecuado de ingresos fiscales de enorme cuantía, derivados de la explotación de recursos no renovables que pertenecen a todos los colombianos y no sólo a las entidades territoriales donde se efectúan las explotaciones; en efecto, la exposición de motivos del proyecto de ley No. 126 de 1992 Senado, a la sazón Ley 141, dejó en claro que: *“no nos perdonarían las generaciones futuras que por un manejo improvidente de la riqueza del subsuelo, se perdiera la oportunidad de utilizarla con fundamento en rigurosos criterios de eficiencia social y económica”*.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA., Sentencia de 17 de marzo de 2010, Exp. 35.726.

<sup>44</sup> GACETA DEL CONGRESO No. 492, 26 de septiembre de 2001, p. 6

En este sentido, el uso indebido de los recursos de regalías o del impuesto al transporte hace incurrir al agente público en responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria y sin duda, los actos que los instrumentan, como los contratos, estarán afectados o viciados ostensible y manifiestamente de ilegalidad, lo cual los hace anulables por ilicitud del objeto y de la causa así como desviación de poder, tal como sucede en el caso del contrato examinado el cual se encuentra viciado al variar la destinación de un 30% por ciento de los recursos que corresponderían de acuerdo con la Constitución Política y la ley al Municipio de Saravena a título de regalías o de impuesto al transporte para trasladarlo a un particular en remuneración de una gestión que no está reconocida en dichas disposiciones como susceptibles de financiar con tales recursos, lo cual, dicho sea de paso, constituye una práctica malsana.

La Sala advierte que no pueden los entes territoriales mediante modalidades contractuales desconocer, variar, cambiar o transformar la destinación específica que constitucional y legalmente se la ha dado a las regalías o al impuesto de transporte de crudo o gas, so pena de nulidad del respectivo contrato o negocio jurídico, pero más grave aún de comprometer social y económicamente la prosperidad y bienestar de sus habitantes, con absoluto olvido de los fines del Estado, de la misión de las autoridades y de los principios de la función pública (preámbulo, artículos 1, 2 y 209 C.P.).

#### **4.3.2. El desconocimiento de los principios legales presupuestales previstos en las normas orgánicas del Presupuesto**

Las entidades territoriales tienen autonomía para la gestión de sus recursos dentro de los límites de la Constitución y la ley, en virtud de lo cual celebran contratos para el cumplimiento de sus funciones y la satisfacción de las necesidades colectivas, actividad en la que deben cumplir con los requisitos presupuestales y contractuales de acuerdo con la Constitución Política, la Ley Orgánica de Presupuesto y obviamente la Ley 80 de 1993.

En esta línea de principio, en la elaboración y ejecución del presupuesto las entidades territoriales se encuentran sujetas a lo establecido en la Constitución Política y en la Ley Orgánica del Presupuesto.

En efecto, la Ley 225 del 20 de diciembre de 1995, por la cual se modifica la Ley Orgánica de Presupuesto, artículo 24, autorizó al Gobierno Nacional para compilar las normas de esta ley, la Ley 38 de 1989 y la Ley 179 de 1994 sin cambiar su redacción ni contenido, compilación que constituye el Estatuto Orgánico de Presupuesto, expedido mediante Decreto 111 del 15 de enero de 1996. En cuanto a las entidades territoriales, el artículo 104 del Decreto 111 de 1996, preceptuó que, a más tardar el 31 de diciembre de 1996, las entidades territoriales debían

ajustar las normas sobre programación, elaboración, aprobación, y ejecución de sus presupuestos a las normas previstas en la ley orgánica del presupuesto.

No obstante, ya los artículos 94 de la Ley 38 de 1989, y 52 de la Ley 179 de 1994 (compilado en el artículo 104 del Decreto 111 de 1996) habían ordenado a las entidades territoriales que al expedir las normas orgánicas de presupuesto debían seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expedieran estas normas, se aplicaría la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.

Según las citadas disposiciones, las entidades territoriales se encuentran sujetas para el manejo de su presupuesto, a los principios y preceptos del ordenamiento constitucional y a las normas presupuestales que con carácter territorial han debido expedirse, en forma armónica y congruente con lo establecido por las normas que se compilan en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y en su defecto, por aquéllas.

En tal virtud, a las entidades territoriales no les es dable desconocer el orden presupuestal contenido en la Constitución Política y en la Ley Orgánica<sup>45</sup>, razón por la cual deben atender, cumplir y respetar las disposiciones que establecen los principios del sistema del presupuesto, tales como los de planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, entre otros (Ley 38/89, artículo 8o. Ley 179/94, artículo 4o. y Decreto 111/96 artículo 12) y demás normas presupuestales para efectos de la planeación, elaboración, aprobación y ejecución de sus presupuestos anuales de ingresos y gastos.

Por este motivo también, las entidades territoriales no pueden cambiar la destinación de los recursos que constitucional o legalmente se encuentran dispuestos para atender actividades, programas y proyectos específicos, como serían las regalías, ni tampoco disponer de los mismos por fuera del presupuesto.

---

<sup>45</sup> La Corte Constitucional ha señalado que “[e]ste predominio de la ley orgánica sobre las normas presupuestales territoriales (orgánicas y anuales) se expresa mediante la imposición de los principios que aquella establece bien sea de manera directa o valiéndose del recurso de la aplicación analógica. La razón de ser de esta forma de control es una decisión del legislador de utilizar un mecanismo indirecto para asegurar la uniformidad relativa de las normas presupuestales en todo el territorio nacional. Habría podido optarse por mecanismos más directos, como el de disponer en la misma ley orgánica sobre los presupuestos departamentales y municipales. Así, no se presentaría la necesidad de normas orgánicas departamentales y municipales. Hay que entender la extensión de principios presupuestales nacionales al nivel territorial como una herramienta que limita la independencia o la autonomía presupuestal, en aras de la unidad de objetivos y de procedimientos presupuestales, y, en últimas, de la coherencia en el manejo del gasto público. En la Asamblea Nacional Constituyente, el temor a que Alcaldes y Gobernadores dilapidaran fondos y ordenaran la construcción de obras públicas cuyos costos superaran las posibilidades de las respectivas entidades territoriales, y a que incurrieran en excesos burocráticos y clientelistas, fueron motivos determinantes que llevaron a la Comisión Quinta a consagrar la norma del artículo 353 de la C.P. Cfr. sentencia C-478 de 1992.

En efecto, como se anotó, los municipios deben dar estricto cumplimiento a la Ley 141 de 1994 y en consecuencia destinar los recursos de participación en las regalías a financiar proyectos del plan de desarrollo económico, esencialmente, en saneamiento ambiental, cobertura y ampliación de servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado, aseo y demás servicios públicos básicos esenciales, cuyo gasto se incorpora en sus presupuestos anuales. Pero, además, tampoco pueden disponer de recursos materia de recaudo sin que se cumpla con los requisitos exigidos por las normas presupuestales, como serían los recursos provenientes de los recaudos de los impuestos para con cargo a los mismos financiar o ejecutar actividades sin que previamente hayan ingresado y se autoricen para cubrir las apropiaciones del presupuesto aprobado para la vigencia correspondiente, ni menos aún ejecutar valores provenientes de tributos o regalías por fuera de sus presupuestos, dado el principio de legalidad presupuestal que rige en estas materias. Al respecto, el artículo 28 de la Ley 38 de 1989 (compilado en el artículo 35 del Decreto 111 de 1996) 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)

Y para la ejecución de apropiaciones, en especial el artículo 18 del Decreto 111 de 1996 ordena lo siguiente:

“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.”

Las anteriores normas proscriben operaciones como sería el pacto de contratos con afectación directa de los recursos que se recauden por concepto de impuestos o que se reciban por concepto de regalías que conforme a la Constitución Política y la ley reciban los municipios, los cuales irían en contra de precisas normas imperativas y de orden público, como son aquellas relativas a la Ley Orgánica del Presupuesto.

Lo anterior, porque los municipios no pueden comprometer en forma directa esos recursos para atender compromisos y obligaciones contraídas por la Administración que no estén autorizadas presupuestalmente, pues, con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital, se debe atender el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el presupuesto aprobado para la vigencia correspondiente (arts. 16 Dec. 111/96 que compiló la Ley 38/89, artículo 12, Ley 179/94, artículo 55, inciso 3o.,

8o. y 18, Ley 225/95 artículo 5o.), así como destinarlas a lo previsto por la ley en el evento de que constituyan rentas con destinación específica.

De ahí que, estipulaciones como las contenidas en la cláusula novena del contrato 45 de 1995 y su Otro sí de 2 de noviembre del mismo año, en las que se establece como remuneración un porcentaje sobre el reconocimiento y recaudo efectuado de las regalías o tributos, directamente, constituye una actuación ilegal y nociva, porque el municipio se desprendió de unos recursos de origen tributario o fundamentados en las regalías a que tiene derecho, afectando las finanzas públicas del ente territorial y el interés general que dichos conceptos involucran. Dicho de otro modo, comporta una renuncia a un 30% de los ingresos que debe recibir de los contribuyentes por virtud de la Constitución y la Ley.

Lo anterior contraría el ordenamiento jurídico superior al ceder ingresos corrientes y de destinación específica que debe percibir el municipio y las normas presupuestales, pues, la forma de remuneración es la misma fuente, o sea, los recaudos de dichos conceptos –regalías e impuestos- soslayando o eludiendo las reglas del presupuesto que obligan a que todo ingreso debe estar debidamente presupuestado para que pueda ser ejecutado.

Igualmente, la disposición de un porcentaje de la cartera tributaria por parte del municipio de Saravena implicaría el ingreso de un menor valor de los impuestos que le adeudan, lo que conllevaría a un detrimento patrimonial de la entidad territorial y una clara violación de los principios y reglas atrás mencionados, toda vez que es obligación de la administración cobrar y procurar el ingreso del 100% de los impuestos que se generen en el ámbito de su competencia, así como de las regalías que le corresponden; de esta cláusula que gobierna el aspecto remuneratorio contractual podría predicarse que resulta lesiva para el erario, o si se quiere, deviene en una “privatización indirecta de una parte que legalmente corresponde al patrimonio público.”

Así las cosas, el desconocimiento de los principios presupuestales mediante el pacto de mecanismos de remuneración como el descuento directo de los recaudos y la asignación de porcentajes fijos sobre los niveles de tributación o de reconocimiento en el pago de las regalías, o su afectación en varias anualidades mediante fórmulas inciertas del monto de la obligación de pago, vulnera el ordenamiento jurídico presupuestal y por contera, impregna de ilicitud el objeto contractual por la flagrante violación de esos principios y por supuesto los de la Ley 80 de 1993.

#### **4.3.3. La consecuente infracción a los principios y reglas de la contratación pública**

En el acervo probatorio no milita prueba alguna aducida por las partes sobre la justificación del valor del contrato, es decir, del gasto que causaría al erario público esa lesiva forma de pago que pactó en desmedro de los intereses financieros del ente territorial. En efecto, en relación con la cuantía del contrato, la Sala encuentra que existe una evidente contradicción entre lo dispuesto sobre el valor del contrato y su pago, dado que la cláusula cuarta se pactó un valor fijo (\$5.000.000.00) y en la cláusula novena uno variable (30% de lo recuperado); lo cual repercute negativamente para efectos de la constitución de garantías y por tanto la cobertura del riesgo de cumplimiento del mismo, el certificado de disponibilidad y registro presupuestal, pues para esos efectos el valor del contrato es de \$5.000.000.00. Es decir, en el contrato No. 45 de 1995 se pactó un valor bajo, írrito e irreal en la cláusula quinta para disimular la magnitud y verdadera dimensión mayor del precio del contrato que se encontraba en la cláusula novena distorsionando la realidad presupuestal del mismo y afectando la cobertura de las garantías<sup>46</sup>; de ahí que el juez *a quo* se hubiese preguntado por la enorme desproporción entre el valor artificioso que se le puso al contrato frente a los enormes valores que pretende el demandante.

En el marco jurídico que corresponde a la actuación contractual, considera la Sala que cuando en el contrato celebrado por la Administración se pacta una contraprestación como la analizada, el contrato estará afectado por un vicio congénito que lo afecta de nulidad absoluta al vulnerar, a más de los preceptos señalados en los numerales anteriores, Constitución Política arts. 209, 353 y 360, Ley 141 de 1994, en especial, arts. 15, 16, 26 y 31; Ley 38 de 1989 arts. 8, 12, 28 y 94; Ley 179 arts. 4, 52 y 55, las normas y principios de la Ley 80 de 1993 que adelante se indicarán.

Al margen se advierte que, en cuanto a la recopilación, selección y evaluación de la información concerniente a la explotación de hidrocarburos y material de arrastre se observa que las partes no incluyeron una obligación de guarda de confidencialidad y de adecuado manejo de la información, aun cuando como se señaló en la sentencia impugnada en realidad en el expediente no existe prueba del cumplimiento de tal hecho ni en la demanda se hace mención acerca de su ejecución por parte del contratista.

En este orden de ideas, el contrato, en particular debido a sus cláusulas remuneratorias que lo vician totalmente, viola las normas imperativas y de orden público, como lo son las contenidas en los artículos 3<sup>47</sup>, 23<sup>48</sup>, 24 No. 8<sup>49</sup>, 25 Nos. 3

---

<sup>46</sup> Así se vulneraron los artículos 209 de la Constitución Política; 23 y 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993.

<sup>47</sup> "ARTÍCULO 3. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales,

y 19<sup>50</sup>, 26 Nos. 1 y 4<sup>51</sup>, y 40<sup>52</sup> de la Ley 80 de 1993), relacionadas con los fines de la contratación y los principios de transparencia, economía y responsabilidad, dado que constituye un manejo irregular de los recursos por concepto de las regalías y los recursos tributarios del Municipio de Saravena, ente territorial contratante, actuación que no encuentra tutela ni patrocinio en el ordenamiento jurídico y que genera que el contrato No 45 de 13 de octubre de 1995 y su Otro sí

---

la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. /Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que (...) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

<sup>48</sup> “ARTÍCULO 23. DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.” (Se subraya).

<sup>49</sup> “ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: (...) 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.” (Se subraya).

<sup>50</sup> “ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...) 3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados. (...) 19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.” Recuérdese que el extinto Decreto 679 de 1994 –vigente para la época del contrato- señalaba: “Artículo 16. Del objeto de la garantía única. La garantía única a que se refiere el artículo 25, numeral 19 de la Ley 80 de 1993, tiene por objeto respaldar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Por tanto, con sujeción a los términos del respectivo contrato deberá cubrir cualquier hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en los términos de la respectiva garantía.” (Se subraya).

<sup>51</sup> “ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio: “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. (...) 4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.” (Se subraya).

<sup>52</sup> “ARTÍCULO 40 DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. (...) En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.” (Se subraya).

de 2 de noviembre de la misma anualidad estén afectados de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos y desviación o abuso de poder.

En cuanto a las primeras causales de nulidad citadas, se configuran porque en tal evento se infringieron o contrariaron precisas normas imperativas y de orden público, naturaleza que ostentan las arriba indicadas, entre ellas las de los artículos 3 y 26 No. 4 de la Ley 80 de 1993, relativas a la finalidad de los contratos y el respeto en la gestión contractual de las reglas sobre administración de bienes ajenos, transgresión que en el presente asunto se materializa ante el manejo inadecuado de los recursos públicos provenientes de las regalías y de los impuestos. Esta conclusión se sustenta en los artículos 1518, 1519 y 1741 del Código Civil, según los cuales hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación, causal de nulidad absoluta que, como se mencionó, fue adoptada por el régimen de contratación estatal (art. 44 Ley 80/93).

En síntesis, la Sala considera que en el presente asunto no se cumplió con las aludidas normas imperativas que propenden porque los recursos del Estado involucrados en la contratación pública sean administrados de manera eficiente y responsable, de conformidad con las finalidades de esta actividad, de manera que bien puede inferirse que el contrato del *sub lite* adolece de objeto ilícito por ir contra esos postulados legales que hacen parte del derecho público de la Nación (art. 1519 C.C.).

Por lo demás, en este caso, el último vicio de nulidad mencionado causal en la que, junto con la de causa ilícita (art. 1741 C.C.), también es predicable del propio contrato, en tanto él constituye un abuso o desviación de poder, por no atender el fin público que anima celebrarlo, sino otros fines diferentes a los establecidos en las normas que rigen esta actividad del Estado. Debe precisarse que el acatamiento del fin de la contratación constituye un presupuesto de legalidad del contrato y por eso se configura la desviación de poder siempre que con él se persiga un fin distinto al señalado por el legislador. Se incurre en esta última causal, en el entendido de que es premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general y cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el contrato. En la contratación pública, el artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, para garantizar el principio de transparencia en ella, prohíbe expresa y categóricamente esta actuación cuando señala que “[l]as autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley”, precepto cuya inobservancia en la celebración del contrato, *mutatis mutandi* de la consecuencia prevista para los actos administrativos, se

sanciona con nulidad absoluta del mismo, en los términos del numeral 3 del artículo 44 *ibídem*.

Subraya la Sala que el fin perseguido por el Estado con el contrato es la prestación de un servicio a su cargo y por su parte, el del cocontratante es concretar una aspiración económica, pero en manera alguna la utilidad de este último por su labor puede constituirse en fuente de enriquecimiento exagerado o injustificado y por ende, producir un detrimento al patrimonio público, lo que ocurría en los eventos en que a la celebración del contrato se pacte un precio sin límites y en desconocimiento de las normas del presupuesto, circunstancia que configura una desviación de poder, causal de nulidad absoluta de los contratos (numeral 3 del art. 44 de la Ley 80 de 1993), porque, no solamente implica la vulneración de normas imperativas y de orden público arriba indicadas, sino fundamentalmente se desconoce el interés público que con el contrato se pretende alcanzar.

De otra parte, por la aludida razón las súplicas de la demanda fundamentadas en el contrato 045 de 1995 no tienen vocación de prosperar, por cuanto, como ya se anticipó, se encuentran sujeta a la validez del contrato, como quiera que *“...es presupuesto indispensable para abordar el juicio de valor que tienda a configurar el acto de cumplimiento, de incumplimiento o de no cumplimiento y, sin dicho presupuesto de eficacia, inútil predicar el juicio de incumplimiento, toda vez que, ante la existencia de la causal de invalidez, no podría sostenerse consistente y fundadamente que el deudor se ha separado del contenido prestacional del negocio, pues precisamente, dicho contenido -total o parcialmente- al estar afectado de un vicio congénito de invalidez, produce la ineficacia entre las partes y resultaría un contrasentido, según lo dicho, sostener que una [sic] de los contratantes se separó del débito prestacional, pues este no desplegaría efectos vinculantes y finales, se repite, por la existencia de la patología de ineficacia...”*<sup>53</sup>

Cabe precisar que la declaratoria de nulidad de un contrato o de una de sus cláusulas implica que desaparece del mundo jurídico, como si nunca hubiera existido y, por lo mismo, retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación al momento de la celebración del contrato (efectos *ex tunc*).

Es así como, el artículo 1746 del Código Civil establece 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

---

<sup>53</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 28 de junio de 1999, Exp. 12085,

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 ilícitos a sabiendas, en conformidad con lo dispuesto por el inciso primero de aquella disposición y el artículo 1525 *ibídem*.

Sin embargo, como en el caso concreto quedó demostrado: (i) que en las liquidaciones efectuadas por el Ministerio de Minas y Energía a favor del municipio de Saravena, se encontró que fue incluido como municipio beneficiario de este impuesto a partir del IV trimestre de 1995, fecha en la cual entró en vigencia el Decreto 1747 de 12 de octubre de 1995 -anterior incluso al contrato-, sin que mediara alguna intervención externa, según se deduce de lo informado al Tribunal a quo por la Subdirectora de Hidrocarburos (Vid No. 2.1.6); (ii) que no se demostró la realización y entrega -ni siquiera se trató en la demanda- de la recopilación, selección y evaluación de la información del tema de hidrocarburos y material de arrastre; y (iii) que, si bien durante los meses de septiembre de 1995 a julio de 1996 se adelantaron dos procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva para el recaudo y cobro del impuesto del material de arrastre contra el señor Alfonso Sarmiento González y contra el Consorcio Alfonso Sarmiento González - URICEL LTDA que explotaban este recurso natural del Municipio de Saravena para obras, trámite en el que algunos documentos, diferentes a los actos administrativos, aparecía la participación del señor Oscar Cañas Fajardo, no se demostró la incidencia real de su gestión en la culminación de los mismos y en los pagos que pudieron haber efectuado los ejecutados, amén de que su culminación superaba el período de 180 días calendario que se estipuló como duración del contrato No. 45 de 1995 (No. 2.1.8). Pero además, primordialmente, las restituciones mutuas no proceden porque en los términos pactados del contrato no se advierte el beneficio que pudiera haber obtenido la entidad territorial con la ejecución del contrato que se anula y que se considera lesivo para el patrimonio público, cuando reconoce una remuneración en desconocimiento de normas imperativas y de orden público.

Finalmente, el actor, incluso en el recurso de apelación, siempre alegó un pronunciamiento sobre su pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin causa, la cual tampoco tendría sustento fáctico y jurídico para su reconocimiento de acuerdo con los motivos expuestos, pues lo cierto es que para que se produzca el enriquecimiento sin causa y prospere la acción correspondiente, fundada en el principio de equidad pero sujeta a la legalidad y a la licitud que deben gobernar todas las actuaciones y situaciones en el mundo del derecho, es menester que concurren las siguientes condiciones: 1) que haya un enriquecimiento en el patrimonio de una persona; 2) que exista un empobrecimiento correlativo en el patrimonio de otra; 3) que el enriquecimiento y el empobrecimiento presentando no tenga una causa jurídica que lo sustente, lo que equivale a decir que debe ser injusto e ilegítimo; 4) que el empobrecido no tenga otro medio para reclamar y

obtener compensación de su detrimento frente al enriquecido, es decir, que la acción emerja con carácter subsidiario, evitando que ella se convierta en la vía general y principal a fin de resolver todo conflicto; y 5) que con la misma no se intente desconocer o burlar una disposición imperativa de la ley, y es claro que en el presente asunto no está demostrada la concurrencia de ninguno de esos elementos, advirtiéndose que en el caso concreto la prestación del servicio que se pretende compensar por esa vía se realizó al margen de las normas imperativas y de orden público que rigen la contratación pública (Ley 80 de 1993) y de las disposiciones jurídicas presupuestales.

## **5. Conclusión**

Como resultado de lo anterior, se concluye que los cargos formulados contra la sentencia de primera instancia en el recurso de apelación no prosperan, dado que el Tribunal *a quo* obró conforme a derecho al declarar la nulidad absoluta del contrato No. 045 de 13 de octubre de 1995, aunque precisa la Sala que esa nulidad se fundamenta en vicios que configuran las causales de causa y objeto ilícitos y abuso de poder, en los términos del inciso primero y numeral 3 del artículo 44 y del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con los artículos 1518, 1519 y 1741 del Código Civil; por consiguiente, la decisión será confirmada pero por los motivos expuestos.

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

### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada, esto es, la proferida el 1 de julio de 1999, por el Tribunal Administrativo de Arauca, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**Presidenta de la Sala**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**