

CONTRATO ESTATAL – Acción popular – Amenaza – Vulneración

Los demandados en su defensa indicaron que no es procedente la utilización de la acción popular para cuestionar los negocios jurídicos de la administración. La Sala declarará no probada la excepción por las razones que a continuación se señalan.

La acción popular procede con independencia de la clase de actuación administrativa, ello se desprende de la literalidad del artículo 2, disposición que preceptúa que su objeto es la de evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio de un derecho colectivo sin distinguir si se trata de acciones u omisiones de las autoridades y sin importar el instrumento mediante el cual éstas pueden ocasionar el agravio (actos administrativos, contratos, operaciones o hechos administrativos). Así las cosas, la actividad contractual no se encuentra excluida de la utilización de este medio de defensa judicial, máxime cuando a través de la misma se deben cumplir los principios de igualdad, transparencia, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Contratista – Definición

El contrato de prestación de servicios es un instrumento de gestión utilizado por la Administración Pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos. Por ende, las características de autonomía del contratista, especialidad de la gestión y la excepcionalidad del contrato, son las determinantes en la conformación de este negocio jurídico tipificado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, se trata de un contrato que se ha caracterizado por tener un objeto amplio que en la praxis hace difícil su concreción y que lo acerca a otras tipologías contractuales, a relaciones jurídico - laborales e incluso al ejercicio mismo de funciones administrativas.

[...]

Así las cosas, el artículo 32.3. de la Ley 80 de 1993, señala que el contrato de prestación de servicios se celebra para el desarrollo de actividades que se encuentren relacionadas con *la administración o funcionamiento de la entidad*, expresión que parecería indicar que se puede adelantar sin restricción cualquier tarea encomendada o relacionada con el obrar administrativo. De forma tal que, esta primera lectura sugeriría que pueden realizarse actividades propias de las plantas de personal, incluso aquellas que implican el ejercicio de prerrogativas de poder, en virtud a que la creación de estos empleos públicos se encamina también a asegurar el cumplimiento de objetivos institucionales.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Funciones administrativas

El contrato de prestación de servicios no es el instrumento idóneo para atribuir al particular el ejercicio de funciones administrativas, como quiera que el contratista cumple una labor de colaboración mediante la ejecución de una prestación de hacer que complementa la función adelantada por la entidad. Varias son las razones que justifican esta afirmación:

1. Permitir la atribución de funciones administrativas mediante contrato de prestación de servicios implicaría pretermitir el procedimiento que el legislador ha establecido en la ley 489 de 1998 (acto administrativo y convenio), obviando cada una de las garantías encaminadas a la delimitación de las reglas mediante las cuales puede darse su ejercicio y que fijan los criterios para que la entidad ejerza la competencia de control y vigilancia. Así mismo, el carácter precario que caracteriza el encargo no estaría presente, pues se cerraría la

posibilidad de que la administración vuelva a reasumir la actividad por razones de oportunidad o conveniencia (por interés público y social). De igual modo, se fijaría una excepción a la regla general de la licitación toda vez que se da cabida a la contratación directa. El contratista de prestación de servicios no es sujeto disciplinable, de forma tal que aún cuando la administración tenga instrumentos para exigir responsabilidades derivadas de su incumplimiento, escapa a un mecanismo de control propio de aquellos particulares que cumplen funciones administrativas de acuerdo con el tenor literal del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, o como mínimo dificulta su aplicación.

[...]

Al tratarse de una atribución de funciones en las que se ejerce el poder soberano del Estado, se desnaturaliza el carácter *temporal* del contrato de prestación de servicios. En efecto, el ejercicio de estas competencias se caracteriza precisamente por su permanencia, lo cual implica necesariamente la existencia de cargos en la respectiva planta de personal.

[...]

Si se permite la existencia de contratos de prestación de servicios en aquellos supuestos en los que deben crearse cargos públicos, se desconocen derechos y prestaciones laborales, los cuales por expreso mandato constitucional tienen el carácter de *ciertos e irrenunciables*.

[...]

Por último, la Sala reitera que se permite, en no pocos supuestos, el desplazamiento de funciones administrativas que al implicar el ejercicio mismo de prerrogativas públicas son indelegables e irrenunciables por parte de la autoridad.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C, ocho (08) de junio de dos mil once (2011)

Radicación Número: AP – 410012331000200400540 01
Actor: Cesar Alfonso Méndez Doval
Demandado: Municipio de Neiva y Otro.
Referencia: Acción Popular

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de marzo de 2006 por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

La presentó el 11 de mayo de 2004 el señor Cesar Alfonso Méndez Doval, en ejercicio de la acción popular, con el propósito de obtener la defensa de los derechos e intereses colectivos descritos en los literales b), e) e i)¹ del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, en contra del Municipio de Neiva y de la Firma Unión Temporal Asesorías Jurídicas, especializadas y consultorías; con motivo de la celebración del contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003, al no reunir los requisitos para ello de acuerdo con lo consagrado en la ley 80 de 1993, haber incumplido el principio de transparencia dado que su cuantía no permitía la contratación directa, omitir la característica de temporalidad propia de este negocio jurídico, permitir una asunción ilegal de la función de jurisdicción coactiva y pactar un valor exorbitante correspondiente al 10% de lo recaudado².

2. Hechos

Los hechos contenidos en la demandan se resumen así:

¹[...] ART. 4º.- Derechos e intereses colectivos, entre otros relacionados con: b) la moralidad administrativa; e) la defensa del patrimonio público, e; i) la libre competencia económica

² Folios 1 a 9 del Cuaderno 1.

1. El 29 de octubre de 2003 se celebró contrato de prestación de servicios entre el Municipio de Neiva y la Firma Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías, en el que el contratista se comprometió a: *"prestar los servicios profesionales para el proceso del cobro coactivo de obligaciones a favor de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal, por concepto de comparendos, multas, crédito y demás obligaciones a favor de la secretaría y demás obligaciones (sic) recuperables vía jurisdicción coactiva, incluyendo los intereses de mora y sanciones respectivas, en sus dos etapas: cobro persuasivo y cobro coactivo, de manera autónoma e independiente"*.

2. El municipio de Neiva no cumplió con las condiciones necesarias para la celebración del contrato de prestación de servicios profesionales y tampoco para adjudicar directamente, esto es, teniendo en cuenta las especiales características del contratista (*Intuito personae*).

3. El contrato de Prestación de servicios No. 0023 de 2003 se pactó por dos años, prorrogables de común acuerdo entre las partes. Desde el momento de la celebración del negocio jurídico era previsible que su ejecución se tornaría indefinida, por la necesidad de dar continuidad a la actividad del recaudo de los impuestos.

4. El contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003 se adjudicó a través del procedimiento de contratación directa omitiéndose el procedimiento de licitación pública.

5. A dicho contrato le fueron acomodadas algunas formalidades para ofrecer la apariencia de regularidad de la contratación directa. Se fijó como contraprestación la suma de \$5.000.000, para acomodarlo a la mínima cuantía, desconociendo el estudio que había hecho el secretario de tránsito en el que aparece que las sumas a recaudar ascienden a los \$5.000.000.000, y teniendo en cuenta que se pactó un porcentaje del 10% del valor recaudado durante la gestión mensual.

6. El contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003, no sólo conlleva el adelantamiento de funciones de asesoría, sino que además implica que el contratista asuma la indelegable jurisdicción coactiva.

7. En el contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003, se previó que *"por el simple cobro persuasivo el contratista tendría derecho a cobrar la abultada suma correspondiente al diez por ciento (10%) de lo recaudado, sin tener en cuenta que dicho porcentaje estaba previsto en la tarifa de honorarios profesionales del Colegio de Abogados del Huila y Caquetá, **pero por toda la tramitación del proceso de ejecución respectivo.**"*

8. No se tiene conocimiento de que se hayan cumplido las funciones de asesoría, diagnóstico, etapa educacional, montaje e implementación del cobro. Sólo es visible la ejecución de la función de cobro.

3. Pretensiones

Las pretensiones presentadas por el actor popular son las siguientes:

"1. Que **se declare la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003** celebrado por el Municipio de Neiva y la Unión Temporal Asesorías Jurídicas, Especializadas y Consultorías, **por haber omitido el requisito indispensable de la licitación o concurso públicos para la escogencia del contratista**, nulidad de carácter absoluto e insaneable por falta de solemnidades, de conformidad con los Arts. 1740 y 1741 del Código Civil y 44 y 45 y concordantes del Código Contencioso Administrativo, ordenándose la devolución de las prestaciones percibidas por el contratista en cuanto no hayan implicado verdadero beneficio a la entidad contratante (Art. 48 *ibídem*).

"2. Que se declaren las siguientes **MEDIDAS CAUTELARES:**

"A. Que se ordene, antes de la notificación de la demanda, **la suspensión inmediata del contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003, celebrado por el Municipio de Neiva, con la Unión Temporal Asesorías Jurídicas, Especializadas y Consultorías" 29 de octubre de 2003 (sic)**, para prevenir un daño inminente y para hacer cesar el daño que se viene causando.

"B. Ordenar con cargo al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes para mitigarlo (Arts. 17, inciso 3º, 25, 70, 71 y 72 de la ley 472/98).

"3. **Se decrete en mi favor el incentivo económico previsto para casos como este de acciones populares sobre moralidad administrativa** (Art. 40 de la Ley 472 de 1998) hacia el pasado (en relación con cuanto logre recuperar la entidad) y hacia el futuro (respecto del daño que se logre evitar).

"4. Se condene solidariamente en costas a los demandados, a favor del suscrito, de conformidad con lo previsto en el Art. 38 *ibídem*".

4. Actuación Procesal en la Primera Instancia

Mediante auto del 14 de mayo de 2004³ el Tribunal Administrativo de Neiva inadmitió la demanda por no haberse allegado copia para la notificación al Ministerio Público. En auto del 4 de septiembre de 2001⁴ se admitió el libelo demandatorio y se ordenaron las notificaciones correspondientes, las cuales fueron surtidas debidamente respecto de cada uno de los demandados y del agente del Ministerio Público⁵.

Mediante escritos presentados oportunamente, el Municipio de Neiva⁶ y la Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías⁷, presentaron escritos de contestación de la demanda, respectivamente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, se informó a los miembros de la comunidad la existencia de la acción popular mediante periódico de amplia circulación y según certificación expedida por la emisora H.J. DOBLE K, el día 12 de julio de 2004, a las 16:00⁸.

En proveído del 22 de abril de 2005⁹, se citó a las partes y al agente del Ministerio Público para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, diligencia que se celebró el 10 de junio de 2005¹⁰; como no se presentó el actor, se declaró fallida y se ordenó continuar el trámite del proceso.

³ Folio 72 del Cuaderno 1.

⁴ Folios 74 ay 75 del Cuaderno 1.

⁵ Folios 76 a 89 del Cuaderno 1.

⁶ Folios 97 a 116 del Cuaderno 1.

⁷ Folios 135 a 145 del Cuaderno 1.

⁸ Folio 86 del Cuaderno 1.

⁹ Folio 170 del Cuaderno 1.

¹⁰ Folio 189 del Cuaderno 1.

Practicadas las pruebas decretadas por auto del 15 de Junio de 2005¹¹, mediante auto del 12 de enero de 2006¹² se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto; los demandados: Municipio de Neiva¹³ y la Unión Temporal Asesorías Jurídicas y Consultorías¹⁴, reiteraron los argumentos expuestos en sus escritos de contestación de la demanda. El Ministerio Público guardó silencio.

Las entidades demandadas sustentaron su defensa en los siguientes argumentos y excepciones:

En lo que respecta al **Municipio de Neiva**, manifestó su representante, que en la celebración del contrato no. 0023 de 2003 se dio cumplimiento a las disposiciones consagradas en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002. Adicionalmente indica que existen otros medios de defensa judicial para pretender la nulidad del negocio jurídico, máxime cuando el ordenamiento jurídico establece que la entidad estatal puede contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto contractual y que haya demostrado la experiencia requerida, sin necesidad de la existencia previa de varias ofertas. También se opone al reconocimiento del incentivo económico por considerar que éste es el verdadero interés que persigue el demandante con la interposición de la acción popular.

De igual modo, afirma que mediante el contrato 0023 de 2005 no se confía el ejercicio de funciones administrativas, como quiera que su objeto no es el

¹¹ Folios 191 y 192 del Cuaderno 1.

¹² Folio 244 del Cuaderno 1.

¹³ Folios 245 a 249 del Cuaderno 1.

¹⁴ Folios 251 a 266 del Cuaderno 1.

adelantamiento de la jurisdicción coactiva sino la asesoría en materia de cobro coactivo sin que en ningún momento se haya probado que existen actos administrativos suscritos por el contratista. Así mismo, no se pretermitieron los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para contratar: justificación del objeto, certificado de inexistencia de personal dentro de la entidad, el estudio de oportunidades y conveniencia, precios del mercado e idoneidad del contratista.

De otro lado, se puede constatar fácilmente de los documentos aportados al proceso que el contrato No 0023 fue suspendido y está en proceso de liquidación. También existe constancia de que la administración no ha realizado pago alguno al contratista, por lo que no es procedente la pretensión encaminada a la devolución de las prestaciones percibidas por la Unión temporal, así como tampoco se vulnera el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Por su parte, la **Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías** señaló que el contrato 0023 de 2003 fue celebrado cumpliendo los postulados de la Ley 80 de 1993, pues a diferencia del contrato simple de prestación de servicios el de prestación de servicios profesionales puede celebrarse mediante contratación directa y no es necesario tener en cuenta el factor cuantía. Así mismo, el contrato fue suscrito de acuerdo con los certificados de disponibilidad presupuestal existentes para la ejecución de su objeto.

Destacó, que a la fecha en la que se presentó la contestación de la demanda no se había realizado pago alguno por parte del municipio. De otro lado,

indicó que la cuantía era indeterminada porque no había certeza respecto de los recursos que efectivamente iban a ingresar en el arca municipal.

De igual modo, afirmó que no es cierto que se trate de una actividad no sujeta a plazo alguno, ya que la cláusula séptima fija un plazo de 2 años. A su vez, el monto acordado a favor de la Unión Temporal (el 10%) constituía el mínimo legal admitido como tarifa vigente y corriente para la época en la que se celebró el negocio jurídico, todo de conformidad a la tabla de honorarios del Colegio de Abogados del Huila. Por tanto, se estableció una cuantía mínima independientemente de si la gestión se realizaba en la etapa de cobro persuasivo o de cobro coactivo. Señaló que no es cierto que la Unión Temporal haya usurpado funciones administrativas, toda vez que la jurisdicción coactiva sigue estando en cabeza de la autoridad municipal.

Como excepciones propuso: 1. Falta de legitimación por activa, porque el actor no acreditó en ningún momento interés directo en el contrato realizado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 del C.C.A.; 2. Indebida escogencia de la acción propuesta, porque no es procedente la utilización de la acción popular para el juzgamiento de conductas ya consumadas, así como tampoco este mecanismo judicial tiene por objeto la anulación de los contratos estatales sino el hacer cesar, detener o restituir las cosas al estado anterior si fuere posible; 3. Caducidad de la acción, ya que al ser la acción contractual la vía procesal adecuada para arbitrar las pretensiones formuladas por el actor, esta posibilidad se encuentra limitada en el tiempo, y; 4. No existencia de prueba del daño a los intereses y derechos colectivos a la moral administrativa y al patrimonio público.

5. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de 22 de marzo de 2006, el Tribunal Administrativo del Huila resolvió:

"Primero: *No prospera la excepción propuesta por el municipio de Neiva denominada improcedencia de la acción.*

"Segundo: *No prosperan las excepciones propuestas por la Empresa Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías, enunciadas como falta de legitimación por activa, indebida escogencia de la acción, inepta demanda por yerro en la acción, e inexistencia de prueba y del daño a los derechos e intereses colectivos.*

"Tercero: *Declarar responsables solidarios al Municipio de Neiva y la Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías de violar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, al haber celebrado el contrato de prestación de servicios No. 023 de 2003.*

"Como consecuencia de lo anterior, se declara la nulidad absoluta del Contrato mencionado, razón por la cual se liquidará en forma inmediata, debiéndose reconocer y pagar las prestaciones ejecutadas debidamente comprobadas, en la medida que la entidad estatal se hubiere beneficiado, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 44 y siguientes de la Ley 80 de 1993. Se remitirá copias de la liquidación al tribunal.

"Cuarto: *Ordenar compulsar copias a la Contraloría municipal de Neiva y la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.*

"Quinto: *Fijar a favor del demandante **Sr. CESAR ALFONSO MENDEZ DOVAL**, el derecho a recibir como incentivo el valor de Diez (10) Salarios Mínimos legales mensuales actualmente vigentes, los cuales deberán ser cancelados así: el municipio de Neiva el equivalente al sesenta por ciento (60%) y la Empresa Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías el equivalente al cuarenta por ciento (40%) dentro de los 30 días siguientes a partir de la ejecutoria del presente fallo."*

El Tribunal señaló que con la prueba documental recaudada en el proceso se probó que las actividades desarrolladas por el contratista se traducen en funciones de gestión e intermediación administrativa, propias del cobro de las deudas por comparendos, multas y sanciones de la Secretaría de Tránsito y Transporte, dirigidas exclusivamente al recaudo del dinero. Por tanto, concluyó que se está frente a una actividad propia de la administración al tratarse de la sustanciación de los procesos coactivos, tanto así, que al funcionario sólo se le dejó la labor de suscripción de documentos. Al tratarse del ejercicio de prerrogativas públicas, no podía ser objeto de delegación, razón por la cual la vulneración al derecho colectivo a la moral administrativa se torna evidente. .

De igual manera, afirma el *ad quo*, que al vulnerarse la moralidad administrativa también se vulnera el patrimonio público, y no es posible aducir como defensa que no se ha pagado ninguna obligación contractual, toda vez que mientras el negocio jurídico exista genera una obligación a cargo de la administración y una acreencia a favor del contratista. Finalmente, como la actividad contratada no se puede delegar en particulares no se violentó el derecho a la libre competencia económica.

6. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

La Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías y el municipio de Neiva, interpusieron recurso de apelación contra el fallo del Tribunal el 7 de abril y el 9 de junio de 2006, respectivamente¹⁵; éste fue

¹⁵ Folios 290 a 298 del Cuaderno Principal y Folios 2 a 11 del cuaderno adicional al principal.

admitido el 16 de junio del mismo año.¹⁶ Como fundamento de la sustentación del recurso, los demandados manifestaron su inconformidad con la decisión del a *quo*, en atención a las siguientes consideraciones:

No es cierto que el contrato fuera indefinido, se encontraba sujeto a un plazo de dos años prorrogables. Además, no se vulneró el principio de transparencia en atención a que por la naturaleza del negocio jurídico se permitía la contratación directa. Adicionalmente, en el fallo de primera instancia, no se advirtió que la cuantía era indeterminada dado que la obligación del contratista era de resultado. Así mismo no puede decirse que la Unión temporal no actuó con claridad, pues existe constancia en el proceso que el contrato se suspendió de común acuerdo. Por otra parte, el acervo probatorio sugiere que la Alcaldía de Neiva obtuvo un incremento en sus arcas, mejorando un aumento de cartera, por lo que es posible concluir que existe un enriquecimiento injusto del municipio y un empobrecimiento del contratista a quien no se le ha pagado por la prestación realizada.

De igual modo, se afirmó que de los testimonios rendidos en el curso del proceso, quedó claro que el municipio continuó ejerciendo la jurisdicción coactiva pero con el apoyo del contratista, por lo que puede concluirse que la Unión Temporal nunca usurpó funciones administrativas.

Además, el contrato de prestación de servicios 023 de 2003 fue celebrado cumpliendo los preceptos del Decreto 2170 de 2002, los cuales permiten la contratación directa para el desarrollo de actividades profesionales. De igual

¹⁶ Folio 306 del Cuaderno Principal.

modo, es indispensable que se tenga en cuenta que en su momento se informó al Tribunal del Huila que se estaba adelantando el trámite para liquidar el negocio jurídico, por ello se procedió primero a su suspensión con el objeto de adelantar todas y cada una de las diligencias encaminadas a verificar las cuentas de cobro presentadas por el contratista y en consecuencia, efectuar la correspondiente liquidación bilateral.

Indicó que verificadas las cuentas de cobro y el beneficio obtenido por el Municipio de Neiva con ocasión del desarrollo del objeto contractual, se procedió a suscribir la respectiva acta de liquidación bilateral el día 27 de mayo de 2005. Por este motivo no se puede declarar la nulidad del contrato.

Con el contrato no se vulneró derecho colectivo alguno, porque su celebración se debe a una verdadera necesidad del municipio, sin que ello haya implicado en ningún momento el traslado de funciones administrativas. Por último, *"para que proceda el amparo de la moralidad administrativa, no es suficiente la transgresión al ordenamiento jurídico, sino además, que se encuentre debidamente acreditada la mala fe de la administración, lo que no se ha presentado en el caso sub examine. Aunado a que de igual forma, el Tribunal no determinó suma alguna que hubiera reconocido y cancelado el Municipio en exceso al contratista por el cumplimiento del objeto contractual."*

Mediante auto del 7 de julio de 2006 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto,

respectivamente¹⁷. El Municipio de Neiva, insistió en los argumentos planteados en instancias anteriores.¹⁸ El Ministerio público guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES

Antes de proceder al análisis de los cargos presentados por el actor y que en virtud del contenido del recurso de apelación constituyen el objeto de esta sentencia, la Sala revisará su competencia, (punto 1); procederá luego, a examinar las excepciones propuestas por los demandados (punto 2). En el caso de que los argumentos de los demandados no prosperen, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: la función de jurisdicción coactiva como prerrogativa reconocida a la administración pública (punto 3); los presupuestos legales para el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares (punto 4); la imposibilidad de delegación de funciones administrativas a través de la celebración de contratos de prestación de servicios (punto 5); Los hechos probados en el proceso (punto 6); La vulneración del derecho a la moralidad administrativa y la pertinencia del pronunciamiento judicial aún cuando el contrato estatal que desató la controversia haya sido liquidado (punto 7); el derecho colectivo al patrimonio público, y (punto 8); La imposibilidad de reconocimiento del incentivo (punto 9).

1. *Competencia de la Sala para conocer la presente acción popular.*

¹⁷ Folio 308 del Cuaderno Principal.

¹⁸ Folios 309 a 320 del Cuaderno Principal.

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acciones populares originadas en "actos, acciones u omisiones de las entidades públicas". Además, conforme al artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003 de esta Corporación, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de las acciones populares en que se pretenda la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

2. Las excepciones propuestas.

Con base en lo anterior, y según se viene de indicar, antes de proceder al análisis de los cargos, en relación con los derechos o intereses colectivos de la defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público, se procederá a resolver lo relativo a las excepciones propuestas.

2.1. Existencia de otros medios de defensa judicial para controlar la actividad contractual del Estado.

Los demandados en su defensa indicaron que no es procedente la utilización de la acción popular para cuestionar los negocios jurídicos de la administración. La Sala declarará no probada la excepción por las razones que a continuación se señalan.

La acción popular procede con independencia de la clase de actuación administrativa, ello se desprende de la literalidad del artículo 2, disposición que preceptúa que su objeto es la de evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio de un derecho colectivo sin

distinguir si se trata de acciones u omisiones de las autoridades y sin importar el instrumento mediante el cual éstas pueden ocasionar el agravio (actos administrativos, contratos, operaciones o hechos administrativos). Así las cosas, la actividad contractual no se encuentra excluida de la utilización de este medio de defensa judicial, máxime cuando a través de la misma se deben cumplir los principios de igualdad, transparencia, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política¹⁹.

Lo desarrollado aquí encuentra sustento directo en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, el cual dispone

"Jurisdicción. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.*

Del texto transcrito se colige sin dificultad que el juez contencioso administrativo es competente para conocer de aquellos procesos que se inicien en ejercicio de una acción popular originada en un contrato estatal, siempre y cuando se presente el siguiente presupuesto: *que se encuentre vigente e implique una amenaza o vulneración de un derecho colectivo*. Por ende, la finalidad perseguida por el accionante es precisamente evitar un perjuicio, hacer que éste cese o restituir cuando sea posible las cosas al estado anterior; sólo cuando éstos condicionamientos se presenten, el operador jurídico puede realizar un examen de la actividad negocial de la

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 5 de 2004. M. P. María Helena Giraldo. Exp. AP – 0118.

administración en las etapas de celebración, ejecución y liquidación de los contratos, sin que esto pueda interpretarse como una sustitución de la acción contractual²⁰.

Por ende, lo anterior no significa que entre la acción popular y la acción contractual consagrada en el artículo 87 del C.C.A exista identidad, cosa diferente es que la Administración con la celebración y ejecución de contratos pueda vulnerar derechos colectivos como la moralidad administrativa o el patrimonio público, situación en la cual, la puesta en movimiento del aparato judicial no persigue la protección de derechos subjetivos sino la defensa de intereses o bienes jurídicos cuya titularidad corresponde a la comunidad. De ahí que pueda afirmarse que se trata de un mecanismo procesal autónomo y principal, pues a diferencia de lo que ocurre con la acción de tutela, no está condicionado a la inexistencia de otro medio de defensa judicial. Por esta razón la Sala en anterior oportunidad afirmó que la acción popular no tiene un carácter supletorio o residual,

"...conclusión a la que se arriba de lo dispuesto por la ley 472, en particular el artículo 1º que se ocupa del objeto de la Ley, en el artículo 2º que define las acciones populares, en el artículo 9º relativo a la procedencia de las acciones populares y el artículo 34 que señala el contenido de la sentencia popular. En efecto, la acción popular está dotada de un carácter autónomo o principal, en razón a los móviles, motivos o finalidades de este instituto procesal que no son otros que la efectiva garantía de los derechos constitucionales objeto de tutela colectiva, cuando quiera que se produzca un daño o agravio a un interés cuya titularidad recae en la comunidad, en el marco de un nuevo derecho solidario que responda a fenómenos nuevos en la sociedad, como se indicó en la Constituyente²¹."

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de Febrero 19 de 2004. M. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Exp. AP - 559.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 18 de 2008. M. P. Ruth Stella Correa. Exp. AP-618.

2.2. Falta de legitimación por activa por no acreditar interés directo y caducidad de la acción.

La excepción propuesta no está llamada a prosperar, como quiera que tratándose de acciones públicas el ordenamiento jurídico no exige la demostración de un interés subjetivo para demandar. Esta regla es constatable en las acciones populares, en las que el actor y los titulares del derecho protegido generalmente no coinciden, tal como ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, lo importante, es que los responsables de la afectación de los derechos colectivos sean los mismos, porque al ser estos de naturaleza difusa, la titularidad recae sobre la comunidad.²²

En efecto, en el ámbito de los derechos colectivos, los intereses que se protegen desbordan el ámbito individual y encuentran un referente inmediato en la noción de grupo o de comunidad. Esta circunstancia incorpora en los ordenamientos jurídicos nuevos mecanismos de protección del Estado, para posibilitar precisamente que éste continúe siendo el representante de la relación existente entre "*poderes públicos y sociedad*".²³ Esta circunstancia, pone de presente como, dado el objeto de las acciones populares, las respuestas en el plano de lo colectivo no pueden ni deben responder a las tradicionales construcciones que gravitan en torno a la persona como sujeto aislado.

²² Sobre el "*grupo –determinado o determinable - afectado con la amenaza o vulneración de derechos colectivos comprometidos*". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio de 2005, exp. AP 2004-815, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

²³ COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. "*Los Intereses Difusos: Ubicación Constitucional; Tutela Jurisdiccional y "Acción Popular de Masas" (En torno a la Revisión de la Constitución Portuguesa de 8 de Julio de 1989)*" En: Revista de Administración Pública No. 124. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1991. Pág. 417.

Por consiguiente, las situaciones de desprotección que se presentan no pueden solucionarse teniendo como recurso la clásica categoría de derecho subjetivo, ésta se torna vetusta y no da cabida a respuestas novedosas en las que lo importante no es demostrar un interés directo en las resultas de un proceso judicial sino en constituirse en representante de un grupo o colectividad. La subjetividad se replantea, el requisito de legitimación procesal da paso a una intervención sustentada en el principio de Estado democrático. La protección de derechos colectivos se soporta en un concepto amplio de ciudadano, ciudadano que no se ve de forma apartada sino como un elemento más del grupo; por tanto, su individualidad es trascendente para el derecho cuando es compatible con mecanismos procesales encaminados a proteger bienes no susceptibles de apropiación.²⁴

Los anteriores razonamientos encuentran un referente en la disposición contenida en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998:

"Titulares de las acciones: *podrán ejercitar las acciones populares:*

"1. Toda persona natural o jurídica.

"2. Las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar.

"3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.

"4. El Procurador General de la Nación, el defensor del pueblo y los personeros distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.

²⁴ *Ibidem*. Pág. 418. Por eso **VIGORITI** señala que las nuevas necesidades que encierran los derechos difusos no son del todo novedosas, éstas no sólo afectan a bienes jurídicos nuevos sino que además implican necesariamente una nueva valoración de los antiguos, los cuales se observan desde el fenómeno de masificación de la sociedad. Cfr. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e proceso: La Legittimazione ad Agire*. Milano, Giuffré. 1979.

"5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los estos derechos e intereses. "

Así mismo, lo sostenido encuentra sustento en la regla según la cual los efectos de la sentencia no sólo vinculan a las partes sino al público en general. En otros términos, los efectos de los fallos proferidos en los procesos de acciones populares son *erga omnes*, los cuales, por otra parte, no son extraños en aquellas actuaciones judiciales que se inician con la intervención de cualquier persona y en las que se debe cumplir con la obligación de informar a la comunidad mediante *"un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz"* ²⁵ para que, quien lo considere conveniente, intervenga como coadyuvante.²⁶

De otro lado, dado el carácter público de la acción, el legislador no la sometió a término de caducidad alguno, de allí que pueda ejercitarse en cualquier tiempo, con el único condicionante de que subsista la amenaza o peligro al derecho o interés colectivo²⁷. Así las cosas, la norma trae una única limitante: la improcedencia del mecanismo judicial en aquellos supuestos en los que se trate de hechos superados; no obstante, como se desarrollará en apartes posteriores de esta sentencia, en aquellos eventos en que el supuesto fáctico que dio origen a la afectación del interés colectivo cesa en el transcurso del proceso, el juez no puede proferir un fallo condenatorio, pero esta situación no conlleva a que éste deje de pronunciarse sobre el alcance del derecho colectivo para delimitar su alcance, contenido y precisar qué clase de actuaciones lo colocan en entredicho.

²⁵ Artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

²⁶ Artículo 24 de la ley 472 de 1998.

²⁷ Artículo 11 de la Ley 472 de 1998.

Respecto de la no caducidad de la acción popular el juez constitucional sostuvo, a propósito de la exequibilidad del último inciso del artículo 11 de la Ley 472 e 1998:

"La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a "volver las cosas a su estado anterior", en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos. Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible²⁸." (Subraya fuera de texto)

3. La función de jurisdicción coactiva como prerrogativa reconocida a la administración pública.

La Constitución Política en su artículo 238 constituye el fundamento de la denominada fuerza ejecutiva y ejecutoria de los actos administrativos, como quiera que esta norma otorga competencia a la jurisdicción contencioso administrativa de suspender los efectos de aquellos actos administrativos que sean impugnados por vía judicial. Así mismo, el artículo 66 del código contencioso administrativo preceptúa que al concluir un procedimiento

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 215 de abril 14 de 1999. M. P. Martha Victoria Sánchez de Moncaleano.

administrativo, los actos administrativos en firme son suficientes por sí solos, para que la autoridad adelante todas aquellas actuaciones que sean necesarias para asegurar su inmediato cumplimiento.

Las dos disposiciones en comento constituyen el presupuesto constitucional o legal de la llamada autotutela administrativa, es decir que toda decisión de la administración se torna obligatoria aún cuando el particular sobre el que recaen sus efectos se oponga a su contenido y considere que es contraria al ordenamiento jurídico. Esta prerrogativa de la autoridad se desprende de la presunción de legalidad que acompaña todo acto administrativo, la cual sólo puede ser desvirtuada en sede judicial mediante la utilización de los cauces procedimentales que el ordenamiento jurídico arbitra para el efecto (acción de nulidad y acción de nulidad y restablecimiento del derecho). Al respecto la Sala ha afirmado:

"La Administración a diferencia de los particulares no requiere de la intervención de un tercero imparcial (juez) para imponer las manifestaciones de voluntad que de ella emanan; en otras palabras, el querer del aparato administrativo no debe someterse a un juicio de carácter declarativo para buscar su ejecutoria: las decisiones que son asumidas por quienes cumplen función de carácter administrativo son obligatorias por sí mismas, en virtud "de su propia autoridad".

"La autotutela reconocida en cabeza de la Administración se ubica en el momento mismo de la eficacia de sus decisiones, por ello, el ordenamiento jurídico les reconoce un carácter obligatorio; ello implica que éstas surten efectos desde el momento mismo en que son dadas a conocer mediante procedimientos de publicación, notificación o comunicación según sea el caso.²⁹ Se trata de la oponibilidad de los actos administrativos frente a los destinatarios: el acto administrativo existe y es válido cuando cumple con las ritualidades propias de su

²⁹ Cfr. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. "Límites constitucionales de la autotutela administrativa" En: Revista de Administración Pública No. 115. Madrid, Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales. 1988.

formación y cuando se configuran correctamente cada uno de sus elementos, pero sólo es eficaz cuando los sujetos a los que afecta (modificando, suprimiendo o creando situaciones jurídicas) conocen su contenido,³⁰ momento a partir del cual, no queda otro camino distinto a su cumplimiento; cumplimiento que, en principio, no se interrumpe por la utilización de las acciones contencioso administrativas³¹.

Al anterior atributo del acto administrativo se le denomina ejecutividad, sin embargo, las decisiones de la administración no sólo son obligatorias y tienen la virtualidad de declarar el derecho sin la anuencia de la rama jurisdiccional, sino que además, también son ejecutorias, razón por la cual, otorgan a la administración la posibilidad de perseguir su cumplimiento incluso con el uso de la fuerza coercitiva del Estado. De ahí que, se pueda señalar, que la denominada jurisdicción coactiva es una concreción de la autotutela administrativa, pues como ha observado el juez constitucional, su finalidad es el recaudo rápido de las deudas a favor de las entidades públicas a través del reconocimiento de un privilegio exorbitante que *"...consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, (...) adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales³²."*

Se trata de una función administrativa en la que se expresa el *"imperium"* del Estado³³, al ser un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de una relación desigual entre el ciudadano y la administración; por ello, la

³⁰ Cfr. Artículo 43 y 44 del Código Contencioso Administrativo.

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre de 2009. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 35313.

³² Corte Constitucional. Sentencia C – 666 de 8 de Junio de 2000. M. P. Gregorio Hernández Galindo.

³³ Aclaración de Voto de la Sentencia C – 666 de 2000. José Gregorio Hernández Galindo.

jurisprudencia ha acogido de tiempo atrás la posición de Hauriou según la cual las acreencias públicas se encuentran amparadas por un privilegio general de cobranza, de ahí que las decisiones que contengan obligaciones constituyan un verdadero título ejecutivo³⁴. Así, las obligaciones que se recaudan han surgido a la vida jurídica de manera unilateral como una manifestación propia de la soberanía del Estado y no del comercio jurídico como ocurre en el caso de los particulares³⁵; de igual manera, se trata de una potestad *excepcional o exorbitante* porque, como ya se ha sostenido en apartes anteriores, la autoridad "*ejecuta a los deudores por su propia cuenta, sin intermediación de los funcionarios judiciales.*"³⁶

Adicionalmente a lo ya afirmado, se pueden esgrimir las siguientes razones para reafirmar que el cobro coactivo constituye una función de carácter administrativo:

1. Tal como ha señalado el juez constitucional, al quedar en firme un acto administrativo que contiene una obligación expresa clara y exigible, la entidad puede asumir dos vías: a) adelantar un procedimiento coactivo de acuerdo con las disposiciones de los artículos 823 del Estatuto Tributario y del artículo 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y; b) adelantar un proceso ejecutivo judicial haciendo uso de la opción que consagra el artículo 843 del Estatuto Tributario. El primer supuesto hace parte del privilegio de autotutela administrativa, de allí que la decisión que impone una acreencia y los actos que resuelven las excepciones y ordenan continuar con la ejecución son controlables ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de 13 de Agosto de 1936.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 25 de Marzo de 1969. M. P. Hernando Gómez Mejía.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 666 de 2000. *Ob. Cit.*

acción de nulidad y restablecimiento de derecho. Así, el juez administrativo, *"mantiene el control al ejercicio de la función administrativa, tanto en la etapa de determinación como en la de su recaudo forzoso"*³⁷.

2. La jurisdicción coactiva es función administrativa si se utiliza para explicar su naturaleza el criterio orgánico, como quiera que esta es llevada a cabo por funcionarios sometidos a un estricto principio de jerarquía y organizados a través de estructuras burocráticas encargados de ejecutar el Derecho. Es verdad, que tal como pone de presente Kelsen, este concepto de administración es histórico y depende de la libertad de configuración del legislador, empero al ser enmarcado dentro de la función de ejecución y al ser desprovisto de la independencia funcional propia de los operadores judiciales debe encuadrarse en aquella construcción teórica que define a la función administrativa desde un aspecto meramente residual, es decir, *aquellas actividades del Estado que no son ni legislación ni jurisdicción*³⁸.

3. De igual modo, también se puede explicar la naturaleza de función administrativa de la jurisdicción coactiva si se apela a un criterio material, toda vez que se trata de una actividad que se concreta en *"...diversas labores de ejecución que, específicamente desarrolla la rama ejecutiva para el desarrollo de sus fines, para lo cual se reconoce un margen de discreción al funcionario administrativo, quien puede entonces apreciar la conveniencia y oportunidad de la medida que toma"*³⁹.

4. Por otra parte, no se trata de una actividad jurisdiccional llevada a cabo por la administración, puesto que los funcionarios administrativos sólo asumen esta labor de forma excepcional y cuando de forma expresa ha sido

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 649 de agosto 13 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia de mayo 6 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ *Ibidem*.

asignada por el legislador. Por ende, en aquellos casos en los que se suscite la duda respecto de la naturaleza de la función que ejercen los órganos administrativos, ésta siempre debe considerarse administrativa⁴⁰. Esta conclusión se desprende de lo preceptuado por el artículo 116 de la Constitución en el que se preceptúa:

*"La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. **Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.** Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos."*

De otro lado, el ordenamiento jurídico reconoce competencia para adelantar cobro coactivo a los organismos de tránsito, para de esta manera hacer efectivas las multas impuestas por razón de las infracciones administrativas por el incumplimiento de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito⁴¹. Se trata de una labor de ejecución que se radica en cabeza de las administraciones públicas que tengan competencia en el territorio en el que se cometió el hecho, y que se ejerce en aquellos supuestos en los que no se presente un pago voluntario⁴². Como puede observarse, es una función que constituye una concreción de las funciones que en el nivel local corresponden a los alcaldes como suprema autoridad administrativa del municipio, puesto que a éste le *"...corresponde ejercer jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro de las obligaciones a favor del municipio. Esta función puede ser delegada en los tesorerías municipales y se ejercerá conforme a lo*

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 30 de 2006. M. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14807.

⁴¹ Artículo 140 de la Ley 769 de 2002.

⁴² Artículo 159 de la Ley 769 de 2002.

establecido en la legislación contencioso administrativa y de procedimiento civil⁴³.”

En efecto, la imposición de multas y comparendos así como su cobro coactivo por parte de las autoridades municipales son una manifestación del carácter imperativo del ordenamiento jurídico. El *ius puniendi* del Estado no sólo se manifiesta a través de la delimitación de las infracciones de carácter administrativo sino que además se prevé una reacción de la administración: la conminación de un derecho individual (el patrimonio económico) o de una situación jurídica particular y concreta a través de un acto administrativo. No obstante, la delimitación de las sanciones así como su efectiva imposición no son suficientes para garantizar el respeto por la legalidad, específicamente de las normas que rigen un sector administrativo (tránsito), pues en muchos eventos no se presenta el cumplimiento voluntario por parte del destinatario y se torna indispensable que se adelanten actividades de ejecución para que a través de operaciones administrativas y del uso de la fuerza coercitiva del Estado el derecho administrativo sancionatorio cumpla la función represiva, pero especialmente preventiva que le es encomendada.

A esta lógica responde el reconocimiento de cobro coactivo, se trata de una función administrativa que implica el ejercicio de prerrogativas de poder y que por tanto al ser un uso racional de la fuerza coercitiva del Estado *"requiere de la existencia permanente de un aparato institucionalizado que administre la coacción de conformidad con la Constitución y la ley, las que a su turno le imprimen a su ejercicio, en razón de su contenido y valores que defienden, el sello indeleble de la legitimidad democrática. (...)* El

⁴³ Parágrafo 2º, Literal d del artículo 91 de la Ley 136 de 1994.

ordenamiento jurídico no se limita a diseñar y establecer el aparato de la fuerza y las condiciones para su ejercicio, sino que adicionalmente indica el método de su actuación y las formas procesales que deben observarse cuando se viola una norma jurídica y se hace entonces necesario poner en marcha sus dispositivos de constreñimiento o reparación. En este orden de ideas, el uso de la coacción resulta inseparable de sus condiciones de ejercicio y de las formas procesales que deben agotarse para su correcto empleo, fijadas en el derecho objetivo⁴⁴.”(Subraya fuera de texto)

Las formas procesales a las que aquí se alude se encuentran en el Estatuto Tributario, específicamente en el procedimiento administrativo de cobro coactivo consagrado en los artículos 823 a 843, disposiciones que deben aplicar los municipios para el cobro de las sanciones pecuniarias de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 383 de 1997 y en el artículo 59 de la Ley 788 de 2002. Estas normas preceptúan:

“Artículo 66 de la Ley 383 de 1997: Administración y control. Los Municipios y Distritos para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos aplicaran los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional.”(Subraya fuera de texto)

“Artículo 59 de la Ley 788 de 2002: Procedimiento tributario territorial. Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio, incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T – 057 de febrero 20 de 1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver en el mismo sentido. Sentencia C – 799 de septiembre 16 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos.”
(Subraya fuera de texto).

Así las cosas, la Sala debe precisar que antes de proceder al cobro coactivo, las entidades territoriales generalmente adelantan una etapa previa de persuasión con el objeto de posibilitar un pago voluntario del monto adeudado por parte del infractor. Es verdad que no hay una regulación de esta instancia procedimental, sin embargo nada imposibilita a la administración para intentar, antes de utilizar la prerrogativa otorgada, *"una aproximación con el deudor. [Solo] en el evento en que sus reclamaciones de pago no sean atendidas, para la jurisdicción coactivo el siguiente paso es el cobro⁴⁵."*

Adicionalmente, la Sala ya ha tenido oportunidad de precisar las principales fases procedimentales del cobro coactivo desde el inicio de la actuación hasta el pago efectivo de la acreencia⁴⁶:

"- El funcionario competente produce el mandamiento de pago, por medio del cual se ordena al contribuyente la cancelación de las obligaciones pendientes, más los intereses respectivos⁴⁷."

"- La administración se halla facultada para adelantar las investigaciones sobre los bienes del deudor⁴⁸, con las mismas atribuciones que la asisten para la fiscalización de impuestos⁴⁹."

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 17 de 2007. M. P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. AP 00369.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Artículo 826, Estatuto Tributario: *"Mandamiento de pago. El funcionario competente para exigir el cobro coactivo, producirá el mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes más los intereses respectivos..."*

⁴⁸ Artículo 825-1, Estatuto Tributario: *"Competencia para investigaciones tributarias. Dentro del procedimiento administrativo de cobro los funcionarios de cobranzas, para efectos de la investigación de los bienes tendrán las mismas facultades de investigación que los funcionarios de fiscalización..."*

"- La administración puede decretar las medidas de embargo y secuestro preventivo⁵⁰.

"- El deudor, dentro de los 15 días siguientes a la notificación del mandamiento, deberá pagar o presentar las excepciones correspondientes⁵¹.

"- En caso de que no se pague, no se propongan excepciones⁵², o las excepciones propuestas sean rechazadas⁵³, se ordenará el remate de los bienes embargados.

⁴⁹ Las atribuciones correspondientes están dispuestas en el artículo 684 del Estatuto Tributario, y comprenden:

"Art. 684.- Facultades de fiscalización e investigación.- La administración tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales.

Para tal efecto podrá:

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

⁵⁰ Artículo 837, Estatuto Tributario: *"Medidas preventivas. Previa o simultáneamente con el mandamiento de pago, el funcionario podrá decretar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del deudor que se hayan establecido como de su propiedad..."*

⁵¹ Artículo 830, Estatuto Tributario: *"Término para pagar o presentar excepciones. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, el deudor deberá cancelar el monto de la deuda con sus respectivos intereses. Dentro del mismo término, podrán proponerse mediante escrito las excepciones contempladas en el artículo siguiente. Artículo 831, Estatuto Tributario. "Excepciones. Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones: 1.El pago efectivo. 2. La existencia de acuerdo de pago. 3. La falta de ejecutoria del título. 4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente. 5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. 6. La prescripción de la acción de cobro. 7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió..."*

⁵² Artículo 836, Estatuto Tributario. *"Orden de ejecución. Si vencido el término para excepcionar no se hubieren propuesto excepciones, o el deudor no hubiere pagado, el*

"- El remate de los bienes, como etapa final del cobro coactivo, tendrá lugar una vez el avalúo correspondiente esté en firme, y terminará con el remate efectivo de los bienes, o con la adjudicación de los mismos a favor de la administración.⁵⁴

"- La celebración de acuerdos de pago entre la administración y el deudor, en cualquier momento del proceso, dará lugar a la suspensión del procedimiento⁵⁵."

Como puede observarse, el adelantamiento de cobro coactivo comprende diferentes actividades por parte de la autoridad administrativa, razón suficiente para preguntarse si la totalidad o parte de la prerrogativa puede confiarse a particulares a través de instrumentos de carácter contractual; este es el aspecto que se procederá a analizar en los numerales 4 y 5.

4. Los presupuestos legales para el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares.

La Constitución Política consagra en el artículo 40 el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control político. Esta garantía propia de un Estado Social de Derecho no se limita a asegurar el acceso a los empleos públicos a través de cauces procedimentales propios del Derecho Administrativo Laboral, sino que se concreta en la posibilidad de que

funcionario competente proferirá resolución ordenando la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados. Contra esta resolución no procede recurso alguno.

⁵³ Artículo 834, Estatuto Tributario. *"Recurso contra la resolución que decide las excepciones. En la resolución que rechace las excepciones propuestas, se ordenará adelantar la ejecución y remate de los bienes embargados y secuestrados.*

⁵⁴ Artículo 840, Estatuto Tributario. *"Remate de bienes. En firme el avalúo, la administración efectuará el remate de los bienes directamente o a través de entidades de derecho público o privado y adjudicará los bienes a favor de la Nación en caso de declararse desierto el remate después de la tercera licitación, en los términos que establezca el reglamento.*

⁵⁵ Artículo 841, Estatuto Tributario. *"Suspensión por acuerdo de pago. En cualquier etapa del procedimiento administrativo coactivo el deudor podrá celebrar un acuerdo de pago con la administración, en cuyo caso se suspenderá el procedimiento y se podrán levantar las medidas preventivas que hubieren sido decretadas.*

particulares ejerzan funciones públicas, como una forma adecuada de coadyuvar al Estado en la consecución del bienestar de la colectividad y como una manifestación propia del principio de solidaridad, según el cual el sector público y privado no son compartimentos estancos sino componentes de una sola sociedad que persigue la materialización de derechos fundamentales y de condiciones de vida justas y equitativas acordes con el principio de igualdad material.

Por ese motivo, el texto político en sus artículos 123 y 210, dispone expresamente que los particulares pueden cumplir funciones administrativas de forma temporal, correspondiendo al legislador determinar el régimen aplicable a que hubiere lugar. Esta labor fue realizada en la Ley 489 de 1998, específicamente en sus artículos 110 a 114, desarrollando esta norma la institución que doctrinalmente se conoce como "*descentralización por colaboración*." Así las cosas, se fijan los límites requisitos y procedimientos para que una entidad de carácter administrativo pueda confiar el ejercicio de algunas de sus competencias a personas tanto jurídicas como naturales⁵⁶.

El primer aspecto que debe resaltarse es el *carácter irrenunciable de la función encomendada*, lo cual significa que la titularidad no se desplaza y al particular sólo se confía el ejercicio de la actividad. Por este motivo, las potestades de la entidad que atribuye alguna de sus competencias a un privado son intensas y continuas, y se manifiestan a través de una labor de control, vigilancia y orientación por medio de la impartición constante de directrices e instrucciones⁵⁷. Así mismo, la administración como directa

⁵⁶ Artículo 110 de la Ley 489 de 1998.

⁵⁷ *Ibidem*.

responsable debe cerciorarse de que se cumplen por parte del particular los fines, objetivos, políticas y programas que ella en ejercicio de sus competencias debe alcanzar, y por ello puede dar por finalizada la autorización en cualquier momento si existen motivos de interés público o social que lo justifiquen⁵⁸. Por ende, no se trata de una tendencia privatizadora, porque tal como ha sostenido el juez constitucional:

"Resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción. Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta. La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos⁵⁹." (Subraya fuera de texto)

Por otra parte, el legislador condiciona la atribución de funciones administrativas al adelantamiento de un procedimiento obligatorio: 1. La autoridad debe expedir un acto administrativo en el que se determine las funciones específicas que se encomendaran a los particulares, las condiciones de ejercicio, la forma de remuneración (cuando sea el caso), la duración del

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 866 de noviembre 3 de 1999. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

encargo y las garantías que deben prestarse para asegurar la observancia y aplicación de los principios señalados en la constitución política y en la Ley que regula la actividad encomendada⁶⁰, y; 2. La suscripción de un convenio, cuyo plazo de ejecución es de cinco años, y para cuya celebración debe elaborarse un pliego de condiciones, formular convocatoria pública y aplicar los principios de contratación estatal consagrados en la Ley 80 de 1993. De igual manera, es obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales luego de finalizarse el proceso de selección⁶¹.

Una limitante debe ser subrayada por la Sala: *no todas las funciones pueden ser atribuidas a los particulares, como quiera que, las normas constitucionales y legales no otorgan un cheque en blanco a las autoridades administrativas, las cuales deberán tener en cuenta que algunas competencias no pueden ser objeto de atribución por expresa prohibición del ordenamiento jurídico por considerarse exclusivas y excluyentes*⁶². Por tanto, las funciones que en principio pueden ser confiadas son aquellas de naturaleza estrictamente administrativa y no las de contenido político, gubernamental, legislativo o jurisdiccional⁶³. Sin embargo, una segunda restricción debe colocarse de presente, no toda función administrativa puede ser objeto de atribución, pues al abarcar ésta multiplicidad de competencias y tareas, algunas de ellas son una manifestación directa de la soberanía estatal como ocurre, por ejemplo, con la potestad sancionadora, y solo pueden ser objeto de atribución cuando así lo señala de manera expresa el legislador⁶⁴.

⁶⁰ Artículo 111.1 de la Ley 489 de 1998.

⁶¹ Artículo 111.2 de la Ley 489 de 1998.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia C – 866 de 1999. *Ibidem*.

⁶³ Consejo de Estado. Sentencia de agosto 30 de 2006. *Ob. Cit.*

⁶⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU – 1010 de octubre 6 de 2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

De la misma forma, la atribución de una función administrativa no puede implicar nunca un vaciamiento de la competencia de los funcionarios de la entidad depositaria de la misma, dado que, en el ordenamiento jurídico colombiano no se pretende un desplazamiento o un remplazo total, simplemente se trata de la implementación de un mecanismo encaminado a que el particular coadyuve en la materialización de los intereses públicos⁶⁵. Por esta razón dos características saltan a la vista: *la excepcionalidad y la temporalidad de la atribución*. En otros términos, la regla general está dada por una gestión directa de las competencias administrativas, de forma tal que el encargo de las mismas a personas naturales y jurídicas no pueden comprender la totalidad de las funciones confiadas a una entidad u organismo administrativo, así como tampoco puede implicar un traspaso definitivo o permanente. De ahí que se prohíba la posibilidad de prórroga del convenio. Al respecto, la Corte Constitucional afirmó:

"La posibilidad de que los convenios que las entidades o autoridades administrativas suscriban para conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, puedan ser "prorrogables" en forma indefinida, que es una de las posibles interpretaciones que podría tener el numeral 2º. del artículo 111 al no haber previsto un límite máximo al número de prórrogas, contraría el artículo 123 de la Carta, pues da pie para que se convierta en permanente dicha asignación de función pública y su ejercicio por el particular contratado, a través de prórrogas sucesivas de 5 años, lo cual constituye una forma soterrada de burlar el carácter excepcional y el consiguiente límite temporal a que supeditó el Constituyente de 1991 el ejercicio de las funciones públicas por particulares. En ese orden de ideas, juzga la Corte que la Ley que regule su ejercicio, en observancia del artículo 123 de la Carta, debe hacer que el período de ejercicio de la función pública por el particular sea

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 866 de 1999. *Ob. Cit.*

determinado y determinable en el tiempo. Así las cosas, esta expresión será declarada inexecutable⁶⁶."

En consecuencia, el contenido y alcance de lo que se atribuye debe ser determinado atendiendo criterios materiales (las actividades a ejercer), espaciales (el ámbito geográfico), temporales (la duración del encargo) y *"...cualesquiera otros, que resulten útiles para evitar desbordamientos o usurpación de función pública⁶⁷."* De allí que la expedición del acto administrativo sea un requisito ineludible para la entidad, pues ésta tiene la obligación de regular y precisar la función que se confía a un particular, para asegurar de este modo *la irrenunciabilidad de sus competencias*.

Así las cosas, la función administrativa de cobro coactivo se concreta mediante un procedimiento que se divide en dos etapas: una de *"...preparación, instrumentación o de proyección de documentos, constituido por las actuaciones previas, concomitantes o posteriores que deben surtirse como..."⁶⁸* presupuesto de la potestad de ejecución que se radica en cabeza del Estado, y otra *"... de decisión, representada por los actos de cobro coactivo, en sentido propio."* Por esta razón, la Sala en anterior oportunidad⁶⁹, señaló que precisamente son algunas actuaciones de instrumentación aquellas que pueden atribuirse, bajo el entendimiento que la Administración en estos supuestos no puede perder en momento alguno la regulación, control, vigilancia y orientación de la función confiada; cuestión que no ocurre con el cobro propiamente dicho, pues se trata del ejercicio mismo de prerrogativas de poder, específicamente de la capacidad de

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 702 de Septiembre 20 de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sentencia de agosto 30 de 2006. *Ob. Cit.*

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ *Ibidem.*

coacción reconocida a la administración por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, no puede ser confiado a particulares *"...la expedición del mandamiento de pago, el decreto de embargo o secuestro, notificación, decisión de excepciones, celebración de acuerdos de pago, investigación de bienes de los deudores, etc."*⁷⁰

En cuanto a las actuaciones de instrumentación, se ha admitido por la jurisprudencia la posibilidad de colaboración de los particulares, Por consiguiente, tampoco es jurídicamente posible que se entregue el ejercicio total de funciones administrativas, toda vez que esto implicará que la competencia de la autoridad se vacíe completamente y se utilice de forma indebida un instrumento (la llamada descentralización por colaboración) diseñado para conseguir la colaboración del particular. Admitir, en gracia de discusión, que un privado asuma la materialidad de la totalidad de las fases de instrucción y cobro coactivo en estricto sentido, conlleva a asegurar que el ordenamiento jurídico admite que éste ocupe completamente el lugar de la autoridad, lo cual de suyo contraría abiertamente el artículo 122 de la Constitución pues se admitiría la existencia de empleos públicos que aún cuando cuenten con un titular y formalmente tenga detalladas sus funciones en la ley y el reglamento (manual específico de la entidad) en la praxis sean simplemente figuras decorativas al ejercerse las tareas propias que lo definen como un sujeto ajeno a la estructura de la Administración.

Refuerza los argumentos expuestos, el que la Ley 1386 de 2010 haya prohibido de forma expresa confiar a los particulares, a través de contrato, la función de cobro coactivo. Así, en el artículo primero se dispone:

⁷⁰ *Ibidem.*

"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."(Subraya fuera de texto).

5. La imposibilidad de delegación de funciones administrativas que impliquen ejercicio de prerrogativas públicas a través de la celebración de contratos de prestación de servicios.

El contrato de prestación de servicios es un instrumento de gestión utilizado por la Administración Pública para la ejecución de algunas de sus actividades e incluso para la prestación de algunos servicios públicos. Por ende, las características de autonomía del contratista, especialidad de la gestión y la excepcionalidad del contrato, son las determinantes en la conformación de este negocio jurídico tipificado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁷¹. Sin embargo, se trata de un contrato que se ha caracterizado por tener un objeto amplio que en la praxis hace difícil su concreción y que lo acerca a otras

⁷¹ BENAVIDES, José Luis. "Contrato de Prestación de Servicios. Difícil Delimitación frente al Contrato Realidad." En: Revista de Derecho del Estado. No. 25. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2010. Pág. 85 y ss.

tipologías contractuales, a relaciones jurídico - laborales e incluso al ejercicio mismo de funciones administrativas⁷².

Así las cosas, el artículo 32.3. de la Ley 80 de 1993, señala que el contrato de prestación de servicios se celebra para el desarrollo de actividades que se encuentren relacionadas con *la administración o funcionamiento de la entidad*, expresión que parecería indicar que se puede adelantar sin restricción cualquier tarea encomendada o relacionada con el obrar administrativo. De forma tal que, esta primera lectura sugeriría que pueden realizarse actividades propias de las plantas de personal, incluso aquellas que implican el ejercicio de prerrogativas de poder, en virtud a que la creación de estos empleos públicos se encaminan también a asegurar el cumplimiento de objetivos institucionales⁷³.

Sin embargo, esta interpretación amplia resulta del todo incorrecta puesto que el ordenamiento jurídico restringe la utilización el contrato de prestación de servicios. En primer lugar, si estos son celebrados con personas naturales, debe tratarse de actividades que no puedan realizarse con personal de planta. Esta primera limitación resulta lógica, en un sistema constitucional en el que se establece la carrera administrativa como la regla general y en el que las funciones permanentes de la administración deben configurarse a través del empleo público como célula organizativa de la estructura de la administración⁷⁴. En consecuencia, esta prohibición se justifica precisamente por la necesidad de evitar fenómenos como la duplicidad de funciones, las

⁷² *Ibidem*.

⁷³ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Derecho Administrativo Laboral. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 371 y 372.

⁷⁴ Artículos 122 y 125 de la Constitución.

llamadas plantas paralelas y las reestructuraciones administrativas realizadas con falsa motivación o desviación de poder, al no buscarse con éstas un mejoramiento del servicio sino la elusión de las normas laborales y de seguridad social.

Esta prohibición, aún cuando la norma no lo manifieste de forma expresa, se extiende también a las personas jurídicas con la siguiente matización: *la celebración de un contrato de prestación de servicios no puede conllevar que la entidad se despoje de la materialidad de sus competencias, sobre todo de aquellas que conllevan el ejercicio mismo de poder público y que por lo tanto tienen el carácter de irrenunciables e indelegables y que obligan a su ejercicio mediante la creación de los empleos públicos respectivos, máxime si se tiene presente que muchos de ellos constituyen verdaderos órganos y que en tal condición tienen la capacidad de obligar a la administración a la que pertenecen e incluso comprometer su responsabilidad.* De igual manera, cobra relevancia la categoría de empleado público sustentada en criterios orgánicos y funcionales: de un lado esta categoría se caracteriza por encontrarse vinculada a aquellas entidades que ejercen tradicionalmente funciones típicamente administrativas (Establecimientos Públicos, Ministerios, Superintendencias, etc.)⁷⁵; del otro, sus actividades, en la mayor parte de los supuestos, no son materiales sino que se identifican con la sumatoria de saberes profesionales, responsabilidades, deberes y obligaciones encaminados a la concreción de pronunciamientos mediante diversidad de instrumentos (procedimientos administrativos, actos administrativos,

⁷⁵ Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968: "**Empleados Públicos y trabajadores Oficiales.** Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas son trabajadores oficiales." (Subraya fuera de texto)

contratos estatales, etc.) que conforman la voluntad de organismo al que pertenecen, voluntad que no puede ser trasladada a un privado sin que ello implique un vaciamiento de la misma.

De otro lado, el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993 señala que estos contratos también pueden celebrarse, con personas naturales, cuando se requiera un grado de especialización adicional que no pueda ser suministrado por el personal de la entidad. No se trata simplemente de realizar una constatación formal de la deficiencia numérica de los servidores públicos sino de una falencia real de un saber profesional, por ser inexistente o menos cualificado de aquel que poseen sus dependientes laborales para el correcto desarrollo de una actividad. Por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha subrayado que la posibilidad de utilizar la figura contractual analizada es reglada y no discrecional, toda vez que su utilización "*...debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción*"⁷⁶.

Esta limitante también encuentra un reflejo en aquellos contratos de prestación de servicios que se celebran con personas jurídicas, como quiera que al ser la autonomía del contratista uno de sus elementos característicos, su objeto versa "*...sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional en*

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 094 de febrero 11 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

determinada materia...⁷⁷” Por ende, en cualquiera de los dos supuestos, la posibilidad de suprimir empleos o no optar por su creación para que las funciones de la entidad sean desempeñadas por empleados públicos, cobra un carácter alternativo y excepcional y no puede constituir la regla general dentro del quehacer administrativo, porque en este caso se convertiría “...en un verdadero sustituto de la función pública⁷⁸.”

Es precisamente este carácter *excepcional y alternativo* el que conduce a la Sala a afirmar que el contratista de prestación de servicios en sentido estricto (sea persona natural o jurídica) no adelanta funciones de carácter administrativo, pues las prestaciones por éste desplegadas no se traducen en el ejercicio mismo de las competencias administrativas atribuidas a la entidad por el ordenamiento jurídico sino en *una colaboración o apoyo en su cumplimiento*. Por ese motivo, la Corporación en su momento sostuvo que el entonces INCORA sólo podía utilizar este negocio jurídico “...para adelantar actividades relacionadas con los procedimientos administrativos de adjudicación de tierras baldías de la Nación, pero no para adelantar el procedimiento en sí mismo, porque éste debe ser atendido por empleados públicos del mismo instituto⁷⁹.”

La ley 80 de 1993 señala que el objeto del contrato de prestación de servicios es el adelantamiento de actividades relacionadas con el funcionamiento y administración de la entidad, de forma tal que no se trata de una suplencia de las competencias de la administración sino de labores que tienen *una*

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de agosto 27 de 1997. M. P. Javier Henao Hidrón. Rad: 951.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de diciembre 2 de 1996. M. P. Juan de Dios Montés Hernández. Rad: 12748.

*conexión o correspondencia con las mismas*⁸⁰. No obstante lo expuesto hasta el momento, debe hacerse una matización, *la función administrativa es una concreción de la denominada función pública, entendida ésta última como la manifestación misma del ejercicio del poder del Estado comprendiendo a todos y cada uno de sus órganos. Sin embargo, cuando se habla de función administrativa tradicionalmente se ha utilizado un criterio residual para señalar que en ella se encuentra comprendido todo aquello que no realiza el legislador y la jurisdicción, concepto por cierto incompleto, pues es indiscutible que debe adicionalmente aplicarse un criterio teleológico en el que se prevea las finalidades a alcanzar que no son otras distintas a la materialización de los derechos y principios consignados en la parte dogmática de la Constitución*⁸¹.

En esta noción caben actividades normativas y de concreción que son una manifestación propia de la soberanía, así como la realización de tareas de ejecución y de contenido prestacional. Se trata de una función heterogénea y cuya precisión muta de acuerdo la dinámica misma de la sociedad. Bajo este presupuesto, el concepto sustentado en un criterio funcional, que admite la participación de los particulares y su realización por autoridades que orgánicamente no pertenecen a la rama ejecutiva, reserva el ejercicio de aquellas competencias que son manifestación propia de la capacidad de imposición del poder a los empleos públicos constituidos por la Constitución y el legislador para el efecto o, por los particulares, cuando la ley expresamente lo contemple porque, como ya se tuvo oportunidad de señalar,

⁸⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En: <http://buscon.rae.es/drae/>

⁸¹ MONTAÑA PLATA, Alberto. Fundamentos de Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011. Pág. 85 y ss.

ni siquiera cumpliendo los parámetros fijados en la ley 489 de 1998 pueden ser objeto de atribución.

Por consiguiente, el contrato de prestación de servicios no es el instrumento idóneo para atribuir al particular el ejercicio de funciones administrativas, como quiera que el contratista cumple una labor de colaboración mediante la ejecución de una prestación de hacer que complementa la función adelantada por la entidad. Varias son las razones que justifican esta afirmación:

1. Permitir la atribución de funciones administrativas mediante contrato de prestación de servicios implicaría pretermitir el procedimiento que el legislador ha establecido en la ley 489 de 1998 (acto administrativo y convenio), obviando cada una de las garantías encaminadas a la delimitación de las reglas mediante las cuales puede darse su ejercicio y que fijan los criterios para que la entidad ejerza la competencia de control y vigilancia. Así mismo, el carácter precario que caracteriza el encargo no estaría presente, pues se cerraría la posibilidad de que la administración vuelva a reasumir la actividad por razones de oportunidad o conveniencia (por interés público y social). De igual modo, se fijaría una excepción a la regla general de la licitación toda vez que se da cabida a la contratación directa.

2. El contratista de prestación de servicios no es sujeto disciplinable, de forma tal que aún cuando la administración tenga instrumentos para exigir responsabilidades derivadas de su incumplimiento, escapa a un mecanismo de control propio de aquellos particulares que cumplen funciones administrativas de acuerdo con el tenor literal del artículo 53 de la Ley 734 de

2002, o como mínimo dificulta su aplicación. En primer lugar, porque las normas sancionatorias al implicar ejercicio de *ius puniendi* del Estado no admite interpretaciones análogas extensivas, y en la disposición citada se cobija a los interventores en los contratos estatales, a quienes ejerzan funciones públicas de conformidad con la ley y quienes presten los servicios a cargo del Estado contemplado en el artículo 366 de la Constitución y, porque como de tiempo atrás ha puesto de presente la Corte Constitucional: tampoco son servidores públicos, *"...por cuanto de trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto⁸²."*

3. Al tratarse de una atribución de funciones en las que se ejerce el poder soberano del Estado, se desnaturaliza el carácter *temporal* del contrato de prestación de servicios. En efecto, el ejercicio de estas competencias se caracteriza precisamente por su permanencia, lo cual implica necesariamente la existencia de cargos en la respectiva planta de personal. El artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, señala que se debe contratar por el término

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C – 280 de Junio 25 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

"estrictamente necesario", y aún cuando es cierto que se relaciona con el ejercicio mismo de funciones de administración y funcionamiento de la entidad, esto no desnaturaliza el carácter transitorio del vínculo⁸³, porque de no estar presente esta circunstancia y prolongarse indefinidamente en el tiempo la contratación por parte de la entidad, se desconoce "la obligación de la autoridad administrativa, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 122 de la Constitución, de crear el empleo público correspondiente y asignar el respectivo titular mediante las ritualidades o formas que impone el ordenamiento jurídico⁸⁴."

4. Si se permite la existencia de contratos de prestación de servicios en aquellos supuestos en los que deben crearse cargos públicos, se desconocen derechos y prestaciones laborales, los cuales por expreso mandato constitucional tienen el carácter de *ciertos e irrenunciables*.

5. Por último, la Sala reitera que se permite, en no pocos supuestos, el desplazamiento de funciones administrativas que al implicar el ejercicio mismo de prerrogativas públicas son indelegables e irrenunciables por parte de la autoridad.

6. Los hechos probados en el proceso.

En el proceso se probaron los siguientes hechos:

1. El municipio de Neiva y la Unión temporal de Asesorías Jurídicas celebraron el contrato de prestación de servicios N0. 0023 cuyo objeto consistió en la *"prestación de servicios profesionales para el proceso de cobro*

⁸³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia de Septiembre 10 de 2002. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Ver también: Concepto de agosto 27 de 1997. *Ob. Cit.*

⁸⁴ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Derecho Administrativo... *Ob. Cit.*

*coactivo de obligaciones a favor de la Secretaria de Tránsito y Transporte Municipal, por concepto de comparendo, multas, crédito y demás obligaciones a favor de la secretaria.*⁸⁵

2. La Unión temporal de Asesorías Jurídicas en ejecución de las obligaciones del contrato, adelantó funciones propias de la jurisdicción coactiva, las cuales, de acuerdo con lo sostenido en esta providencia no podían ser atribuidas a particulares, ni siquiera utilizando el procedimiento consagrado en la ley 489 de 1998, al ser una manifestación del ejercicio de prerrogativas públicas. De hecho, un análisis del material probatorio recaudado en el proceso permite concluir que si bien es cierto muchas prestaciones son actividades de apoyo o colaboración, la casi totalidad de la función administrativa fue trasladada al contratista, correspondiéndole a la entidad la simple suscripción formal de los actos administrativos.

En la oferta presentada⁸⁶ por el contratista se señaló:

"La presente propuesta consiste en la sustanciación de la jurisdicción coactiva que deben adelantar las autoridades públicas con el objeto de obtener el pago forzado de las obligaciones, que consten en títulos ejecutivos actualmente exigibles a su favor, y mediante la venta en pública subasta de los bienes del deudor cuando este ha sido renuente al pago voluntario de sus obligaciones.

"Como funcionario ejecutor cumpliremos con lo siguiente:

"A. Adelantar los procesos de cobro coactivo de acuerdo con las normas previstas en la jurisdicción ordinaria (ART 561, 563 y 568 del C.P.C.) concordantes con los art 68 y 79 del C.C.A." (Subraya fuera de texto)

En el clausulado del contrato⁸⁷ se estipuló:

⁸⁵ Copia del contrato remitida por la entidad demandada. Carpeta de Anexos del Cuaderno 1.

⁸⁶ Folio 352 del Cuaderno de anexos. (las copias de este cuaderno fueron aportadas al proceso por la entidad demandada)

"PRIMERA: OBJETO- El contratista se compromete para con el Municipio de Neiva, de manera autónoma e independiente a **PRESTAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES PARA EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DEL COBRO COACTIVO DE OBLIGACIONES A FAVOR DE LA SECRETARÍA DE TRANSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL POR CONCEPTO DE COMPERANDOS, MULTAS, CRÉDITO Y DEMÁS OBLIGACIONES A FAVOR DE LA SECRETARÍA Y DEMÁS OBLIGACIONES RECUPERABLES VÍA JURISDICCIÓN COACTIVA, INCLUYENDO LOS INTERESES DE MORA Y SANCIONES RESPECTIVAS, EN SUS DOS ETAPAS: COBRO PERSUASIVO Y COBRO COACTIVO.** Para lo anterior se compromete además de lo establecido en la invitación y en el cuerpo de este contrato, a proyectar los documentos tendientes a: manejo de la información del servicio de información del contribuyente, realización del cobro persuasivo mediante oficios, telegramas, llamadas telefónicas, requerimientos y/o visitas a los contribuyentes morosos de las infracciones ya mencionados, tendiente a la recuperación total, voluntaria e inmediata de la cartera vencida, incluyendo los factores que la componen (capital, intereses, sanciones), o el aseguramiento del cumplimiento del pago mediante el otorgamiento de plazos o facilidades para el pago, previo el lleno de los requisitos legales, tratando de evitar el proceso de cobro coactivo; dichas asesoría (sic) implica igualmente la realización de la investigación de bienes de los contribuyentes que no efectúen el pago de los impuestos dentro de la etapa persuasiva, mediante solicitud de las dependencias públicas, privadas o de la misma Secretaría e igualmente la recolección de las informaciones necesarias que permitan establecer los bienes o ingresos del deudor. Representar al Municipio ante la jurisdicción contencioso Administrativa, en caso de demanda de cualquier de los actos administrativos proferidos dentro de la gestión de cobro, o en el trámite de excepciones, incidentes y toda clase de recursos contra los mismos, relacionados con el cobro de los impuestos ya mencionados: Asesoría en la solución de recursos y realización actividades necesarias para el desarrollo del objeto de este contrato..."

"CLAUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES Y DEBERES DEL CONTRATISTA. (...) **EL CONTRATISTA** tendrá, entre otras, las siguientes: 1) Adelantar las gestiones y desarrollar actividades tendientes a mejorar los ingresos de Tránsito u y Transporte Municipal; 2) Adelantar las gestiones y desarrollar actividades tendientes a recuperar obligaciones pendientes de pago a favor de Tránsito y Transporte Municipal; 3) Adelantar las gestiones y desarrollar las actividades

⁸⁷ *Ibidem.*

tendientes a optimizar los ingresos a favor de tránsito y transporte del municipio; 4) Adelantar las gestiones y desarrollar actividades tendientes a evitar el fenecimiento de obligaciones a favor de tránsito y transporte municipal; 5) Adelantar las gestiones y desarrollar actividades tendientes a obtener un desarrollo normal de la ejecución presupuestal; 6) Evaluar valores y tomar decisiones en cuanto a la cartera moras (sic) 7) Hacer entrega de informes periódicamente a la administración municipal; 8) Asesorar en la realización del cobro persuasivo mediante proyección de oficios, telegramas, requerimientos y/o visitas a los contribuyentes morosos de impuestos ya mencionados, tendiente a la recuperación total, voluntaria e inmediata de la cartera vencida, incluyendo los factores que la componen (capital, intereses, sanciones), o el aseguramiento del cumplimiento de pago mediante el otorgamiento de plazos o facilidades para el pago previo el lleno de los requisitos legales, tratando de evitar el proceso de cobro coactivo de los mismos; 9) Asesorar en la expedición de títulos ejecutivos y en la realización de trámites necesarios para ejecutoria de los mismos; 10) realizar la investigación de los bienes de los contribuyentes que no efectúen el pago de los impuestos dentro de la etapa persuasiva mediante la solicitud de las dependencias públicas, privadas o de la misma Secretaría las informaciones necesarias que permitan establecer los bienes o ingresos del deudor, 11) Elaboración de los proyectos de mandamiento de pago en la etapa de cobro coactivo para la firma del funcionario ejecutor que designe la administración municipal; al igual que proyectar y hacer seguimiento de los demás actos administrativos necesarios para adelantar el cobro administrativo coactivo de la obligación a los deudores en mora de cancelar las mismas; 12) Representar al municipio ante la jurisdicción contencioso administrativa, en caso de demanda de cualquier de los actos administrativos proferidos dentro de la gestión de cobro, o en el trámite de excepciones, incidentes y toda clase de recursos contra los mismos, relacionados con el cobro de obligaciones de los impuestos ya mencionados; 13) Asesorar la expedición o decreto de medidas cautelares o preventivas (embargo y secuestro) previas o dentro del proceso administrativo coactivo de los bienes del deudor que no cumpla con su obligación; 14) Asesorar en todo el proceso y en diligencias requeridas para el avalúo y remate de los bienes del deudor renuente a cancelar sus obligaciones; 14) Presentar informes mensuales a la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal sobre las gestiones realizadas en desarrollo del objeto del contrato o informes parciales cuando así lo requiera el **MUNICIPIO** directamente o a través del interventor o supervisor designado; igualmente informar de forma inmediata al Secretario de Tránsito y Transporte y/o supervisor del contrato sobre cualquier acontecimiento, situación o actuación que se presente dentro del proceso de cobro, que pueda afectar de cualquier

*manera los intereses del MUNICIPIO; 15) Proyectar y asesorar la elaboración de los acuerdos de pago de los contribuyentes que soliciten y cumplan con el lleno de los requisitos legales, de manera que garanticen a satisfacción del contratista y el MUNICIPIO de Neiva el cumplimiento de la obligación pactada, así como asesorar, proyectar y notificar los actos administrativos que declaren su incumplimiento y hagan efectivas las garantías otorgadas; 16) informar al contribuyente que debe efectuar el pago de la respectiva obligación en los bancos, corporaciones o entidades con las cuales tenga convenio de recaudo EL MUNICIPIO DE NEIVA. **EL CONTRATISTA** no estaba facultado para recibir dineros ni pagos efectuados por parte de los contribuyentes morosos, ni por terceras personas por concepto de los impuestos, tasas intereses y sanciones indicados en el presente contrato; 17. Firmar el recibo de los expedientes, actas de entrega y demás documentos que se le encomienden, y hagan parte del proceso de cobro, así como entregar de manera detallada los expedientes con sus respectivos documentos al funcionario de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal encargado de su archivo y custodia..." (Subraya fuera de texto)*

En el oficio de mayo 6 de 2004⁸⁸, la oficina asesora jurídica municipal de Neiva pone de presente:

"Encontramos falencias en el objeto del contrato, ya que de conformidad con éste, el contratante no puede realizar el cobro jurídico de las multas y demás, sino prestar sus servicios para el proceso de contratación de cobro coactivo, lo cual nos indica que su función es asesorar el procedimiento legal para efectuar la contratación de las personas o persona que iniciará el cobro coactivo. Por lo anterior y con el fin de de corregir las falencias, deberá el ordenador del gasto revisar las invitaciones hechas, así como los estudios de conveniencia, con el fin de visualizar donde se encuentra el error y si se puede corregir, ya que si el mismo parece en todos y cada uno de los documentos precontractuales, no podría cambiarse el objeto del contrato y estaríamos, ante la imposibilidad de ejecutarlo como se está llevando a cabo. Es importante dejar en claro que éste despacho, no prestó en su momento la asesoría jurídica para la realización del presente contrato.

"De otra parte es importante dejar de claro, que el contratante no podrá llevar a cabo funciones que son exclusivas del Estado (Municipio), como son los acuerdos de pago, y la más importante que es el hecho de la

⁸⁸ Folios 122 a 124 del Cuaderno 1.

improcedencia de otorgar en un particular la jurisdicción coactiva, sin tener en cuenta que dicha función sólo puede ser delegada por el Alcalde a la Tesorería, como lo establece el Artículo 91 literal d, de la ley 136 de 1994(...)

Por su parte, en oficio de mayo 18 de 2008⁸⁹, la Contraloría Municipal de Neiva señaló:

"Pero al estudiar detenidamente el Contrato si bien es cierto que el Contratista no puede recaudar también es cierto que en la realidad como lo pudo comprobar esta Contraloría y como lo estipula el contrato en su etapa de recaudo se advierte que todo el trámite administrativo que se conoce y que debe ejercer la jurisdicción coactiva, está radicada en cabeza del contratista, amén de los procesos que se le faculta para iniciar ante la justicia ordinaria. Por esta razón se estima pertinente dar traslado a la Procuraduría, pues es criterio de esta contraloría Territorial que aunque se quiera expresar lo contrario el Contrato No. 0023 de 2003 **si delega la Jurisdicción Coactiva por lo menos en un 80% o más a un particular, siendo esto competencia exclusiva de los entes públicos.**" (Subraya fuera de texto).

En el testimonio rendido por Esther Julia Suaza⁹⁰ en su calidad de profesional Universitaria en la Secretaria de Hacienda se señaló:

"PREGUNTADO: Sabe usted la mecánica de desarrollo de esa contrato con relación directamente a la recuperación de la cartera. CONTESTO. Con relación a ese contrato no pero si conozco la mecánica para este tipo de contratos que es en primera instancia hacer unos requerimientos que pueden ser vía telefónica o por envío de correspondencia a las diferentes direcciones de las personas que hayan sido sancionadas o multadas o alguna invitación que se haya hecho a través de un periódico local para requerirlos a que voluntariamente hagan sus pagos. De no atender ese requerimiento se les previene que de no presentarse a efectuar el pago de esas sanciones se les constituirá en mora, si no atienden esa solicitud se es constituye un título ejecutivo que para el caso de tránsito sería el acto administrativo o una resolución mediante la cual se impone esa sanción. Constituido el título se le notifica al

⁸⁹ Folios 125 a 127 del Cuaderno 1.

⁹⁰ Folios 230 a 233 del cuaderno 1 .

contribuyente para que se venga a notificar de esa sanción y pueda ejercer los mecanismos de defensa, de reposición o apelación. Lógicamente que en ese proceso en cualquier momento se puede interrumpir por un acuerdo de pago o un pago parcial que haga la persona, ya que incumplan lo acordado sí se inicia el proceso coactivo tendiente al embargo y secuestro de los bienes, en este proceso de tránsito no conozco que se hayan llegado a tomar medidas previas, como tampoco conozco si se hizo o no un persuasivo, de lo que si tuve conocimiento es de algunos acuerdos de pago que se suscribieron con unas personas sancionadas y ese es el trámite seguido para el cobro coactivo de las obligaciones de tránsito. PREGUNTADO: De acuerdo con su concepto considera usted que las labores que se encuentra desarrollando la Unión Temporal, todas podían ser desarrolladas por personal de la oficina de tránsito y transporte de la ciudad, teniendo en cuenta su capacidad laboral y sus conocimientos. CONTESTO: Si claro, totalmente. PREGUNTADO. Sabe usted por qué si la secretaría de tránsito podía desarrollar tales actividades, por qué no lo hacía. CONTESTO: La verdad desconozco por qué, no podría mencionarle las razones por qué tránsito no justificó su capacidad para hacer este tipo de cobro, pero dentro de mi experiencia en el cobro de cartera del municipio de Neiva con relación a multas y sanciones, impuestos, contribuciones, si podía hacerlo ella sola, faltó organización interna en las obligaciones de tránsito, por que es incluso a la fecha (sic) a mi llegan los datos de tránsito de acuerdos, comparendos y yo tramito esa cartera y con un simple requerimiento la gente concurre a pagar, incluso la oficina a mi cargo le ha solicitado a tránsito que remita las obligaciones pendientes para que el despacho de ejecuciones de la secretaría de Neiva adelante ese cobro con mayor rapidez y ahí se está cumpliendo con esa cartera que ellos me envían para el cobro, existen oficios donde se le solicita a tránsito esa remisión de información" (Subraya fuera de texto)

En oficio de mayo 10 de 2004⁹¹, la interventora del contrato eleva ante el Jefe de la Oficina jurídica varios interrogantes respecto de la ejecución del contrato y señala que los términos en los cuales éste se suscribió son ambiguos y difusos. Entre las preguntas formuladas se halla la siguiente: "Es válido que la firma contratista realice acuerdos de pago con los infractores,

⁹¹ Folios 220 a 222 del Cuaderno de anexos.

cuyos documentos son firmados por la abogada de la oficina de cobro coactivo de la Secretaría de Hacienda Municipal, cuando ni siquiera han transcurrido los tres días siguientes a la elaboración del comparendo, término que se supone es de competencia exclusiva de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal?”

3. La cartera morosa a recaudar ascendía a un valor de cinco mil millones de pesos aproximadamente. En el proceso se demostró que la disponibilidad presupuestal del contrato establecida para efectos legales y fiscales se fijó en cinco millones de pesos, no obstante el precio a pagar al contratista se supeditó a la gestión que este realizará, específicamente la administración se obligó a pagar un 10% del valor recaudado tanto en la etapa de persuasión como en la etapa jurídica del proceso de cobro coactivo.

En el estudio de conveniencia realizado por la Alcaldía de Neiva para la contratación del cobro coactivo de obligaciones a favor de la Secretaría de Tránsito y Transporte, se señaló:

"La Secretaría de Tránsito Municipal a través de sus diferentes dependencias, tiene en la actualidad obligaciones pendientes de recaudo y cobro en cuantía superior a los CINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$5.000.000.000,00) (...)"

A su vez, en el análisis de precios de mercado⁹² se colocó de presente:

"Para determinar las tarifas y/o comisiones que existen en el mercado respecto del cobro de obligaciones vía jurisdicción coactiva o cobro persuasivo de las mismas, es menester remitirnos a las reglamentaciones

⁹² Folio 350 del Cuaderno de anexos.

establecidas en el Departamento del Huila, para ello encontramos la tabla de honorarios del Colegio de Abogados del Huila que en su resolución pertinente establece cuantías entre el 5 % y el 30% de acuerdo al monto de la obligación, mediante el sistema de cuota litis, es decir, de los valores efectivamente recaudados se extrae un porcentaje por concepto de honorarios"

"La anterior tabla se toma de los precios de referencia del mercado establecidos para los contratos de gestión que en la administración municipal se desarrollan en la actualidad.

"En conclusión podemos determinar que la tarifa de comisión para el cobro de las obligaciones fiscales a favor del Municipio de Neiva está en el 10%"(Subraya fuera de texto)

En la solicitud de oferta⁹³ realizada por la Alcaldía de Neiva se consignó:

"VALOR – CUANTÍA. Por tratarse de un contrato de prestación de servicios profesionales de gestión de resultados, el valor final del mismo dependerá del éxito de la gestión realizada. No obstante lo anterior, para efectos legales y fiscales se fija como cuantía la suma de CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$5.000.000.00)

"PRECIO – FORMA DE PAGO – IMPUTACIÓN PRESUPUESTAL. El valor de los servicios relacionados en el punto anterior, que corresponde a la contraprestación única para el cumplimiento del objeto descrito en este documento, será pagado de la siguiente manera:

"a. El municipio de Neiva acepta que del valor efectivamente recaudado mensualmente por **cobro persuasivo**, el 10% de dicha suma corresponderá al contratista, suma que se pagará previa certificación de dicho recaudo expedida por el Director Administrativo de la Tesorería Municipal, con cargo a los recursos que a la fecha de su cobro existan en el artículo 4- 10203 "Remuneración por servicios técnicos."

"b. El municipio de Neiva acepta que del valor efectivamente recaudado dentro del mes siguiente a la iniciación de los **procesos de jurisdicción coactiva**, el 10% de dicho recaudo corresponderá al contratista, suma que se pagará previa certificación de dicho recaudo expedida por el Director Administrativo de la Tesorería Municipal, con cargo a los recursos que a la fecha de su cobro existan en el artículo 4- 10203 "Remuneración por servicios técnicos."

En las cláusulas quinta y sexta del Contrato 0023 de 2003⁹⁴ se estipuló:

⁹³ Folios 203 a 207 del Cuaderno 1.

⁹⁴ Contenido en la carpeta de anexos del cuaderno 1, remitida por la entidad demandada y que contiene los antecedentes del contrato.

"CLÁUSULA QUINTA.- CUANTÍA: Por tratarse de un contrato de prestación de servicios profesionales de gestión de resultados, para los efectos legales y tributarios se fija como cuantía la suma de **CINCO MILLONES DE PESOS MCTE (5.000.000)**. **CLÁUSULA SEXTA.- FORMA DE PAGO:** El municipio previo visto bueno del interventor, se compromete a implementar los mecanismos de control para la cuantificación, depuración y reconocimiento del pago. Lo anterior a efectos de totalizar los ingresos del MUNICIPIO y cuantificar los honorarios a cancelar al CONTRATISTA, conforme al porcentaje que se fije en el presente contrato así: EL MUNICIPIO DE NEIVA, pagará al contratista los siguientes montos de acuerdo a la etapa que se encuentre la gestión desarrollada. **A. ETAPA DE PERSUASIÓN:** EL MUNICIPIO DE NEIVA pagará al CONTRATISTA el 10% del valor recaudado por concepto de impuestos recaudados (sic) durante la gestión mensual, cada 30 días, previa certificación de ese recaudo total, por parte del jefe de contabilidad del MUNICIPIO DE NEIVA y la respectiva presentación de la cuenta de cobro por parte de EL CONTRATISTA (sic); entiéndase por etapa prejurídica todas las actividades que desarrolle el contratista, envío de requerimientos, cobro persuasivo, campañas de sensibilización y demás actividades. **B. ETAPA JURÍDICA:** EL MUNICIPIO DE NEIVA pagará al contratista el 10% valor del recaudo que realice una vez iniciados los respectivos procesos de jurisdicción coactiva; cada 30 días, previa certificación de ese recaudo total, por parte del jefe de contabilidad del MUNICIPIO DE NEIVA y la respectiva presentación de la cuenta de cobro por parte de EL CONTRATISTA (sic); entiéndase por etapa jurídica todo aquel recaudo o gestiones que se desarrollen a partir del momento de haberse instaurado la respectiva demanda por jurisdicción coactiva, de acuerdo al Estatuto tributario."

4. Entre el Municipio de Neiva y la Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías se suscribió otro sí al contrato de prestación de Servicios 0023 de 2003⁹⁵, en el cual se aclara la cláusula primera y se reiteran algunas obligaciones del contratista, señalando que no es viable que éste realice el cobro jurídico de multas, habida cuenta de que esta es una competencia propia y exclusiva del municipio a través de la oficina de cobro coactivo. De manera adicional, se coloca de presente que el texto del contrato da lugar a interpretar que su objeto es el adelantamiento de las

⁹⁵ Folios 255 y 258 del Cuaderno Principal.

actividades propias del procedimiento de jurisdicción coactiva, función que es indelegable e irrenunciable. Por último, se dice que no es posible que el contratista en desarrollo de las prestaciones siga utilizando la sede, equipos y elementos de la Secretaria de Transito y Transporte Municipal.

5. Aún cuando en el proceso obra una certificación en la cual se denota el cumplimiento de las obligaciones del contratista⁹⁶, durante el tiempo en que el Contrato 0023 de 2003 se ejecutó se pusieron de presente algunas irregularidades que denotan falta de claridad en la forma en que se cancelaron las prestaciones a favor del Unión temporal y falta de precisión y vaguedad respecto del modo como se fijó el valor del negocio jurídico, conductas lesivas al patrimonio público del Municipio de Neiva. Así, en oficio de la Oficina Asesora Jurídica Municipal⁹⁷ se indicó:

"3. Afecta notoriamente los intereses de la entidad, el pacto contractual de cancelar el 10% sobre el valor de lo recaudado. La entidad territorial únicamente deberá pagar conforme a los títulos que se le entregan para su respectivo cobro y no por el total recaudado, ya que existen innumerables antecedentes de contribuyentes que cancelan voluntariamente dichas deudas, bien para traspasos, o paz y salvos, etc. (...) Respecto al contrato en mención, existen serias inconsistencias en su objeto e incluso en los procesos contractuales, respecto de la función que realiza, ya que el objeto del mismo, no va encaminado a llevar a cabo el cobro jurídico ni coactivo, por lo cual sería fundamental su análisis pormenorizado por parte del ejecutor con el fin de evaluar su ejecución."(Subraya fuera de texto)

⁹⁶ Folio 171 del Cuaderno de anexos. Así mismo, obran en el expediente informes del contratista señalando el cumplimiento de las obligaciones, así como algunas cuentas de cobro. Folios 150, 269, 305 del cuaderno de anexos

⁹⁷ Folios 122 a 124 del Cuaderno 1.

Respecto de algunas de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, el Secretario de Tránsito en oficio de junio 1 de 2004⁹⁸, señaló:

"En atención a su oficio de fecha 01 de junio de 2004, y a la cuenta de cobro presentada por usted el día 21 de abril de 2004, de manera respetuosa me permito informarle que no ha sido posible la verificación y confrontación de la gestión realizada por la firma que usted representa, toda vez que la cuenta de cobro presenta falencias en su elaboración, tales como:

- "1. Inclusión del valor de las Resoluciones por concepto de caducidad.*
- "2. En el reporte de recaudo por concepto de multas en COFACENEIVA, no aparece el número del comparendo.*
- "3. En el informe de recaudo por concepto de multas ante las oficinas de tránsito y transporte municipal no aparece el número de la placa.*
- "4. Ahora bien, en cuanto a los cobros persuasivos elaborados por la Unión Temporal y remitidos a los presuntos infractores, observó que no incluyen el número del comparendo sino únicamente el número de la placa"*

El 22 de septiembre de 2004, la Asesora de Tránsito y Transporte Municipal conceptuó:

"(...) es motivo de preocupación que ante la existencia de un contrato interadministrativo celebrado entre el Municipio de Neiva con la Federación Colombiana de Municipios y coetáneamente nace otro contrato a la vida jurídica que obliga al municipio de Neiva a contratar con la firma "Unión Temporal Asesorías Jurídicas, especializadas y consultorías" suscrito el día 29 de septiembre de 2003, siendo su objeto la prestación de servicios profesionales para el proceso de contratación de cobro coactivo de obligaciones a favor de la secretaría de tránsito y transporte municipal, por concepto de comparendos, multas, créditos y demás obligaciones a favor de la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal, situación que conllevaría en algunos casos al Municipio de Neiva ha de desembolsar dineros hasta en un 20% de pagos recaudados por multas y sanciones de infracciones de tránsito, pues como se sabe, por ministerio de la ley la Federación Colombiana de Municipios tiene un derecho a un porcentaje de participación en cuantía del 10% y de otra

⁹⁸ Contenido en la carpeta de anexos del cuaderno 1, remitida por la entidad demandada y que contiene los antecedentes del contrato.

parte la firma contratista (Unión Temporal Asesorías Jurídicas, Especializadas y Consultorías) en virtud del contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003, tiene derecho igualmente al 10% del valor recaudado por el Municipio derivada de su efectiva gestión, conforme lo señala el susodicho contrato.

"Como quiera que para el contrato de prestación de servicios No. 0023, he sido designada como su interventora, me abstengo de emitir un concepto jurídico en cuanto a ese contrato, pero ante la existencia del contrato Interadministrativo que fuera celebrado con la Federación Colombiana de Municipios, si resulta imprescindible, necesario, pertinente y con carácter urgente efectuar los ajustes correspondientes en cualesquiera de los contratos que así lo defina el Municipio de Neiva, para que en el futuro no llegase a sufrir detrimento patrimonial, que afecte sus arcas."

6. El municipio de Neiva decide suspender la ejecución del contrato No 0023 de 2003, a partir del 21 de abril de 2005, por un término de 25 días⁹⁹, sustentándose en las siguientes razones: las irregularidades anotadas en el numeral anterior, la necesidad de comprometer vigencias futuras para cumplir con las obligaciones a favor del contratista¹⁰⁰ y la iniciación de la presente acción popular.

7. Al finalizar el periodo de suspensión, se procedió a liquidar de común acuerdo el contrato de prestación de servicios profesionales No. 0023 de 2003. En el acta levantada¹⁰¹, se deja constancia de la presentación de tres cuentas de cobro por parte del contratista por valores de \$14.243.891, \$13.782.097 y \$19.731.223. Por tanto el saldo a favor del contratista por el recaudo en la etapa de persuasión y en la etapa jurídica es de \$47.757.211. De igual modo se deja constancia de que el contratista ha cumplido con sus obligaciones contractuales en debida forma y de manera diligente, así como

⁹⁹ Acta de Reunión del 21 de abril de 2005. Folio 18 del cuaderno de anexos.

¹⁰⁰ Folio 19 del Cuaderno de anexos.

¹⁰¹ Folios 14 a 21 del cuaderno de anexos.

de que hasta ese instante no se había cancelado ninguna de las cuentas presentadas.

7. La vulneración del derecho a la moralidad administrativa y la pertinencia del pronunciamiento judicial aún cuando el contrato estatal que desató la controversia haya sido liquidado.

La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco- implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada.

Lo anterior, como quiera que dada la *textura abierta*¹⁰² que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial que esté encargado de su aplicación.

En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de

¹⁰² HART, H.L.A. "El concepto del derecho", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Sobre este punto se puede consultar igualmente: "La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa", AMAYA Olaya, Uriel, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 804.

la función administrativa (art. 209 C.P.)¹⁰³ y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.)¹⁰⁴.

I) Como *principio*¹⁰⁵ de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado.

En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir,

¹⁰³ Art. 209.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”

¹⁰⁴ Art. 88.- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

¹⁰⁵ Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta ⁴, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto (Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón -negrillas del original).

con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal – en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas *acciones*¹⁰⁶ desconozcan fundamentos éticos o morales – en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

En ese contexto, para la Sala resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.

Corresponderá por lo tanto, en cada caso concreto, establecer si la conducta de los servidores públicos o particulares que desempeñan función administrativa, se puede enmarcar dentro del campo ético que traza el principio objeto de análisis.

II) Ahora bien, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político – jurídica Social y Democrático de Derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, en tanto se abandona la idea del principio de legalidad como

¹⁰⁶ En términos de la filosofía Hegeliana, *toda modificación en el mundo exterior.*

principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basamenta y estructura la organización estatal. En esa medida, el nuevo catálogo de derechos de diversas generaciones se yergue como el principal derrotero a través del cual debe ejercerse el poder público.

En esa perspectiva, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. Así las cosas, como lo reconoce Tugendhat, el sustrato de los derechos no puede ser el principio de libertad e igualdad, sino el de necesidad¹⁰⁷, dado que no todos los individuos actúan de forma autónoma y autosuficiente en la reclamación de la protección de sus derechos subjetivos (fundamentales), sociales, o colectivos. Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados – en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad.

En esa medida, es válido afirmar que el derecho bajo estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo – de abstención- o de carácter social –prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de lo que se ha definido doctrinalmente como derechos netamente subjetivos (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad)¹⁰⁸, y los denominados derechos sociales – que si bien

¹⁰⁷ Cf. Tugendhat, E. “Lecciones de Ética”, Ed. Gedisa, Pág. 338.

¹⁰⁸ “(...) Este concepto de derecho individual coincide con el concepto de derecho subjetivo de la dogmática jurídica en la medida que todos los derechos individuales son derechos

parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal¹⁰⁹. Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho).

Así las cosas, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada en contra de autoridades que cumplen función administrativa –a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de

subjetivos y todos los derechos del individuo son derechos individuales... los términos derecho individual y derecho subjetivo son intercambiables.” ALEXY, Robert “El concepto y la validez del derecho”, Ed. Gedisa, Pág. 181.

¹⁰⁹ “Más bien, la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera como se determina su objeto: una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos. Todos los derechos fundamentales tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. En los derechos sociales, la indeterminación se presenta porque la distinción que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos cuál es la prestación mediante la que se satisface el derecho. Como consecuencia, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social. Esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta del mismo modo en los derechos de libertad, por cuanto en estos últimos la conducta debida es una abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta.” BERNAL Pulido, Carlos “El derecho de los derechos”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 302. Ver igualmente: ARANGO, Rodolfo “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Ed. Legis.

protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia¹¹⁰, o un actuar positivo¹¹¹ por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

De allí que, como corolario de lo anterior, para la Sala es claro que la moralidad administrativa puede entenderse bajo la óptica de dos criterios normativos que, si bien parten del mismo fundamento teórico, en su concreción o aplicación tienen diversas proyecciones a saber:

a) La moralidad administrativa como principio: Se consagra como esencial de la *función administrativa* y, por consiguiente, implica que todos los servidores públicos o funcionarios administrativos deben velar porque en el cumplimiento de sus tareas se respeten parámetros éticos de conducta que se comparten de manera consensual, por el conglomerado social.

b) La moralidad administrativa como derecho colectivo: Radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce *función pública*, a causa del desconocimiento de

¹¹⁰ Como por ejemplo, evitar la expedición de un acto administrativo o ley, o que se celebre un contrato, cuando en el respectivo procedimiento o trámite se ha desconocido el derecho a la moralidad administrativa (v.gr. Encontrar comprobado un claro evento de corrupción).

¹¹¹ V.gr. Ordenar el reembolso de sumas de dinero que han salido del patrimonio público a causa de una clara vulneración del derecho colectivo bajo estudio.

ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado:

"En su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad."¹¹²

Así las cosas, la entidad demandada vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, como quiera que mediante la celebración del contrato No. 0023 de 2003 se desplazaron funciones o competencias que, de acuerdo con lo afirmado en los apartes precedentes, no podía ser objeto de atribución a particulares por ser contentivas del ejercicio mismo de la soberanía del Estado y tener las características de irrenunciables e indelegables. Mediante este comportamiento, no se veló por el cumplimiento de los parámetros éticos que deben caracterizar las decisiones de las autoridades públicas, toda vez que se permitió un vaciamiento de las atribuciones o potestades encomendadas a la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Neiva y se pretermitió la necesidad de adecuar su estructura para el correcto adelantamiento de la labor de cobro coactivo de las multas y comparendos que se le adeudaban. Al tratarse del ejercicio de prerrogativas públicas estas no podían ser atribuidas utilizando el procedimiento descrito en la Ley 489 de 1998 y mucho menos a través de un contrato de prestación de servicios, las razones que soportan esta afirmación ya se han expuesto.

¹¹² Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

De otro lado, se demostró en el proceso que el contrato No 0023 de 2003 fue liquidado por las irregularidades e imprecisiones detectadas en su ejecución, esta circunstancia podría llevar a sostener que la Sala se encuentra ante un hecho superado y por tanto ante una carencia actual de objeto que evitaría que el juez popular se pronunciara. Sin embargo, aún cuando ya no tenga sentido la asunción de medidas como la suspensión o declaratoria de nulidad del negocio jurídico en mención, lo cierto es que el análisis realizado se justifica por dos motivos: 1. La necesidad de delimitar el alcance del derecho en el supuesto de hecho concreto, para que no vuelvan a presentarse casos iguales a los que desataron la presente controversia judicial, y; 2. La constatación de posibles irregularidades en el desarrollo del contrato y por ende la afectación del patrimonio público, que ameritan la orden de compulsar copias a los organismos de control para que adelanten los procedimientos propios de su competencia.

8. El derecho colectivo al patrimonio público.

Este derecho colectivo es la potestad y expectativa que se radica en cabeza de los asociados, de esperar que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del Estado, estén adecuadamente destinados a la finalidad que se les ha señalado constitucional y legalmente, de tal forma que sean asignados según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico, y con criterios de eficiencia y rectitud.

La Corporación, acerca del contenido y alcance del derecho objeto de análisis, en oportunidad previa puntualizó:

"Por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales... El derecho o interés colectivo a su defensa viene a ser, entonces, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que corresponden, de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo y cuidado, por ende con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, de suerte que el Estado no sea privado de los mismos de manera contraria al ordenamiento jurídico..."¹¹³

El derecho colectivo al patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano, de un lado puede hablarse de una dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho y que conlleva la posibilidad de que cualquier ciudadano pida su protección mediante la acción popular; de otro, una dimensión objetiva o de principio que se traduce en la obligación de las entidades públicas de *gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la constitución y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente*¹¹⁴. Así las cosas, el derecho colectivo estudiado tiene a su vez dos elementos: 1. La existencia de un patrimonio de propiedad de una persona pública, y; 2. El análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente coloca en entredicho el interés colectivo protegido¹¹⁵.

En el caso objeto de estudio se denota que la gestión del patrimonio público adelantada por la Secretaría de Tránsito no se hizo obedeciendo a los

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de febrero de 2004, exp. 2002-559, M.P. Rafael Ostau de Lafont Planeta. Ver igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 2004, exp. 2002-1964, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹¹⁴ Cfr. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés. Les biens d'usage public en droit colombien. Tesis doctoral defendida en la Université Panthéon – Assas en el mes de mayo 2011. Pág. 345.

¹¹⁵ *Ibidem*.

principios de eficiencia y transparencia, de hecho la celebración y ejecución del contrato No. 0023 de 2003, de acuerdo con lo demostrado en el proceso, permitió que se presentarán las siguientes irregularidades: 1. Falta de claridad en la forma como se cancelaron algunas de las obligaciones al contratista; 2. Vaguedad e imprecisión respecto de la forma como se fijó el valor del negocio jurídico; 3. Una posible lesión del erario del municipio, pues la coexistencia del contrato con el convenio Interadministrativo celebrado con la Federación Colombiana de Municipios ocasiona que se cancele un 20% de lo recaudado por concepto de multas y comparendos, y; 4. La falta de planificación al no prever con anticipación la forma de cancelar las obligaciones a favor del contratista, ocasionando que se comprometieran vigencias fiscales futuras.

En consecuencia, esta Sala como una medida indispensable para proteger el derecho colectivo al patrimonio público, compulsará copias a la Procuraduría y a la Contraloría para que investiguen si el comportamiento de los empleados públicos que participaron de la celebración y ejecución del contrato causó un detrimento en el erario del Municipio de Neiva y tomen las medidas que el ordenamiento jurídico contempla para determinar si se incurrió en responsabilidad fiscal y disciplinaria.

Respecto del derecho colectivo a la libre competencia económica, la Sala reitera lo afirmado por el *ad quo*: “...teniendo en cuenta que la función administrativa contratada con la firma de abogados particular Unión Temporal Asesorías Jurídicas, Especializadas y Consultorías, no se podía delegar bajo ningún punto de vista, es claro que no se ha violentado”, toda vez que ningún otro proponente podía hacerlo.

9. El no reconocimiento de incentivo económico a favor del actor.

En relación con el incentivo para el actor popular, solicitado en la demanda, porque en virtud de su colaboración, se protegieron los derechos colectivos amparados en esta providencia, se negará, pese a que prosperó la acción popular, por las razones que se explican a continuación.

Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1.425 de 2.010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937, del 29 de diciembre del mismo año. Esta ley, que consta de dos artículos, dispone en el primero: "Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998"; y en el segundo que: "la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias".

Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe regir la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio.

En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3 dispone: "Estímase insubsistente una disposición legal por

declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”, de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene.”

Ahora, la Sala considera que se trata de disposiciones de naturaleza sustantiva porque esta Corporación tuvo oportunidad de referirse, en forma reiterada, al alcance del concepto de normas sustanciales, con ocasión de la decisión del antiguo recurso de anulación. Se cita, a continuación, uno de sus pronunciamientos, que coincide, en términos generales, con los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia:

"Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse, indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por norma adjetiva aquella que señala los ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias".¹¹⁶

Por tanto, los artículos 39 y 40 de la ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular; contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de noviembre de 1988. Expediente 1874.

expresamente esta posibilidad como un “derecho”, al decir, en ambas disposiciones, que: “El demandante... tendrá derecho a recibir...” el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente qué aplicar, y por eso no concederá el incentivo.

En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considerara que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como estas son de aplicación inmediata –según el art. 40 de la ley 153 de 1887¹¹⁷-, salvo los términos que hubieren empezado a correr –que no es el caso- entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí.

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

FALLA

PRIMERO. MODIFICÁSE la sentencia proferida en el proceso de la referencia el 22 de marzo de 2006 por el Tribunal Administrativo del Huila.

SEGUNDO. DECLÁRANSE violados los derechos e intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad Administrativa y deniégnse las

¹¹⁷ “Art. 40. Las leyes concernientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

pretensiones relacionadas con los otros derechos o intereses colectivos, alegados como violados por el actor, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. DENIÉGASE la solicitud de declaratoria de nulidad del contrato de prestación de servicios No. 0023 de 2003, celebrado entre el Municipio de Neiva y la Unión Temporal Asesorías Jurídicas Especializadas y Consultorías, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. Como medida para proteger los derechos colectivos conculcados, **ORDÉNASE** al organismo de control fiscal revisar si la liquidación del contrato No 0023 se hizo en debida forma y si lo reconocido obedece al pago de prestaciones ejecutadas y debidamente comprobadas. De esta revisión se remitirá una copia de la liquidación al Tribunal y se le informará si se detectan conductas que ameriten el adelanto del respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

De igual manera, en caso de que el informe arroje que se reconocieron valores a los que no tenía derecho el contratista, en él se debe indicar a la entidad demandada los mecanismos administrativos y judiciales para recuperar tales sumas y éstos deberán ser iniciados de forma inmediata.

QUINTO. COMPÚLSENSE copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría Municipal de Neiva para lo de su competencia.

SEXTO. NIEGASE el reconocimiento de incentivo económico a favor del actor, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

**OLGA VALLE DE LA HOZ
GAMBOA**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

**ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente**

