



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 47001-23-33-000-2017-00468-01 (70168)
Demandante: ADA S.A.
Demandado: DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

TEMAS: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – régimen jurídico aplicable / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Deber del juez de declararla de oficio en caso de que se encuentre probada en el proceso – objeto ilícito por delegación de funciones propias de la Administración – se debe analizar al momento de la celebración del contrato / RESTITUCIONES MUTUAS – por regla general, el contratista tiene derecho a ser restituido por el valor equivalente a las prestaciones ejecutadas, siempre y cuando se encuentre demostrado que la entidad se ha beneficiado con éstas para la satisfacción de un interés público.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 21 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 5 de abril de 2010, el departamento del Magdalena y Ada S.A. celebraron el contrato No. 109, cuyo objeto consistió en la prestación de servicios especializados para la modernización tecnológica integral de la gobernación del Departamento, con énfasis en el apoyo al proceso de recaudo de la contribución por valorización. Entre las obligaciones a cargo del contratista se estipularon, entre otras, la liquidación del gravamen, la atención y trámite de recursos en sede administrativa, la proyección de actos administrativos y la preparación de actuaciones administrativas necesarias para el cobro coactivo.

En su demanda, la parte actora alega que no percibió ingresos durante los dos (2) primeros años de ejecución del contrato, por circunstancias atribuibles al Departamento. Por ende solicita, entre otras cosas: (i) que se declare la existencia





y validez del contrato No. 109 de 2010; **(ii)** que se declare que el Departamento incumplió el referido contrato y, en consecuencia, se le condene al pago de perjuicios materiales y morales; y **(iii)** que se liquide judicialmente el acuerdo de voluntades. Como pretensión subsidiaria, solicita que se declare que el Departamento se benefició indebidamente a expensas de la contratista, configurándose un enriquecimiento sin justa causa y que, en consecuencia, se le condene a reembolsar las sumas correspondientes por concepto de los servicios efectivamente prestados en desarrollo del contrato.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El 15 de diciembre de 2017¹, Ada S.A. mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda en contra del departamento del Magdalena.

1.2. La parte demandante formuló las siguientes pretensiones (se transcriben de forma literal, incluso con posibles errores):

"PETICIONES PRINCIPALES

PRIMERO: Que se declare la existencia del contrato 109 DE ABRIL 5 DE 2010, suscrito entre ADA S.A. y LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, así como de sus modificaciones.

SEGUNDO: Que se declare la validez 109 DE ABRIL 5 DE 2010, suscrito entre ADA S.A. y LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, así como de sus modificaciones.

TERCERO: Que ordene la liquidación judicial del contrato 109 DE ABRIL 5 DE 2010, suscrito entre ADA S.A. y LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA.

CUARTO: Que se declare administrativamente responsable a la gobernación del departamento del Magdalena por el incumplimiento del contrato 109 DE ABRIL 5 DE 2010, suscrito entre ADA S.A. y LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, imputables a su conducta omisiva por incumplimiento de sus obligaciones expresamente señaladas en el Contrato y por la ausencia de trámite administrativo conducente a su cumplimiento.

QUINTO: Como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento por parte de la Gobernación del Departamento Del Magdalena, se ordene el reconocimiento y pago,

¹ Folio 1183 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



con cargo de su propio presupuesto, en su totalidad de los perjuicios materiales a título de daño emergente y lucro cesante cierto y futuro y perjuicios morales a favor de ADA S.A.

SEXTO: Que la liquidación y pago de los perjuicios se haga teniendo en cuenta la indexación o corrección monetaria, conforme a lo dispuesto por el Art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Que la liquidación y pago de todos los perjuicios, se hagan en sumas de dinero de curso legal en Colombia, devengando el interés moratorio bancario por el lapso, desde la fecha en que se generó la obligación de pagar una suma líquida de dinero y hasta cuando la deuda sea cancelada en su totalidad.

OCTAVO: Que se condene en costas al Departamento del Magdalena, incluidas las Agencias en Derecho.

PETICIÓN SUBSIDIARIA

PRIMERA: Que se declare que La Gobernación del Departamento del Magdalena se enriqueció, sin causa legal alguna, a expensas del patrimonio de la contratista ADA S.A., quien debió efectuar gastos de su propio peculio para la ejecución del Contrato 109 DE ABRIL 5 DE 2010.

Que, en consecuencia, se condene La Gobernación del Departamento del Magdalena a reembolsar a mi poderdante el valor actualizado de los servicios prestados por éste en provecho del primero, junto con los frutos que le correspondan.

SEGUNDO: Que la suma líquida que resulte de la declaratoria anterior, se haga efectiva teniendo en cuenta la indexación o corrección monetaria, conforme a lo dispuesto por el Art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO Que la suma líquida que resulte de la declaratoria anterior, se hagan en sumas de dinero de curso legal en Colombia, devengando el interés moratorio bancario por el lapso, desde la fecha en que se generó la obligación de pagar una suma líquida de dinero y hasta cuando la deuda sea cancelada en su totalidad". (mayúsculas sostenidas propias del texto transcrito).

1.3. Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones, la parte demandante narró los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.3.1. Sostuvo que, como resultado de la licitación pública DM – 016 – 06, el departamento del Magdalena y Ada S.A. celebraron el contrato No. 109 del 5 de abril de 2010, cuyo objeto consistió en la “*prestación de servicios especializados para la modernización tecnológica integral de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, con énfasis en el apoyo al proceso de recaudo de la contribución de valorización, solución integral que incluye el suministro y operación en los siguientes aspectos: a) Hosting en Datacenter principal y Datacenter de contingencia y Conectividad, b) Infraestructura Hardware de Aplicaciones, c) Implementación, Operación, Administración Mantenimiento Sistemas de Información, d) Niveles de Servicio de la solución integral, e) Apoyar la*



gestión de facturación y apoyar la gestión de recaudo de la contribución de valorización”.

1.3.2. Señaló que el plazo de ejecución del contrato se fijó en cinco (5) años y seis (6) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, lo que ocurrió el 28 de abril de 2010.

1.3.3. Afirmó que la cuantía del contrato se pactó como indeterminada, en la medida en que dependía del monto efectivamente recaudado por concepto de la contribución por valorización, dado que el contratista tendría derecho a percibir un 7% sobre el valor recaudado y, adicionalmente, un 10% sobre el monto proveniente del cobro de facturas en mora.

1.3.4. Indicó que, durante la ejecución del contrato, las partes suscribieron dos (2) modificaciones contractuales: **i)** la modificación No. 001 del 22 de septiembre de 2010, y **ii)** la modificación No. 002 del 8 de agosto de 2011. Explicó que las modificaciones recayeron, principalmente, sobre el objeto contractual, las actividades y obligaciones del contratista, así como la forma de pago.

1.3.5. Aseveró que durante los años 2010 y 2011 no percibió ingresos por la gestión contractual desarrollada, debido a que el Departamento solamente autorizó el cobro de la contribución por valorización en diciembre de 2011, con lo cual impidió que el contratista percibiera ingresos con anterioridad a esa fecha.

1.4. Como **fundamentos jurídicos** de la demanda, el extremo activo expuso lo siguiente:

Alegó que el Departamento incurrió en incumplimiento contractual, habida cuenta que su conducta negligente impidió que la contratista percibiera ingresos durante los dos (2) primeros años de ejecución del contrato, pues solo hasta diciembre de 2011 el ente territorial autorizó el envío de facturas y el inicio del proceso de recaudo de la contribución por valorización, circunstancia que marcó el momento a partir del cual pudo empezar a percibir ingresos, dado que su remuneración dependía directamente de dicho recaudo.

Adujo que, pese a no recibir contraprestación alguna durante ese lapso de tiempo, debió mantener la estructura administrativa, tecnológica y operativa necesaria para



la ejecución del contrato, lo que implicó asumir costos de personal e infraestructura, configurándose así una ruptura al equilibrio económico del contrato, pues tuvo que soportar una carga inequitativa y desproporcional, derivada de la dilación injustificada del Departamento para autorizar con antelación el cobro del tributo.

De igual manera, indicó que entre las múltiples omisiones atribuibles al Departamento durante la ejecución del contrato, se destacan las siguientes: **(i)** la falta de preparación oportuna y adecuada de los actos administrativos necesarios para garantizar la viabilidad del cobro; **(ii)** la ausencia de gestión ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta para inscribir la contribución en los folios de matrícula inmobiliaria de los predios gravados; **(iii)** la inadecuada conformación de la junta de representantes; **(iv)** la deficiente o nula defensa judicial de la valorización frente a los distintos procesos instaurados; **(v)** la carencia de respaldo político y social para legitimar las gestiones de recaudo; y **(vi)** la omisión en la adopción de planes de contingencia que permitieran dar continuidad al proyecto frente a la crisis institucional provocada por los graves hechos de corrupción que afectaron a la Gobernación, incluidos la destitución del Gobernador, los encargos provisionales y las elecciones atípicas posteriores.

Finalmente, expuso que, con fundamento en los documentos aportados al proceso licitatorio y, en particular, en el estudio de factibilidad socio económico elaborado por la firma Convalor Ltda., se proyectó un escenario financiero que garantizaba ingresos anuales desde el inicio de la autorización del recaudo. Sin embargo, la diferencia entre dichas expectativas y los ingresos efectivamente percibidos asciende a la suma de \$17.829'843.172, monto que, a su juicio, evidencia el perjuicio económico sufrido como consecuencia directa de las omisiones de la entidad contratante.

2. La admisión de la demanda y su contestación

2.1. Mediante auto del 29 de enero de 2018², el Tribunal Administrativo del Magdalena inadmitió la demanda porque no se estimó razonadamente la cuantía.

² Folios 1184 a 1185 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



2.2. La parte actora allegó la subsanación de la demanda dentro del término oportuno³ y, por tanto, a través de proveído del 12 de marzo de 2018⁴, el Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda. Esa decisión se notificó en debida forma a las partes y al Ministerio Público.

2.3. El 18 de junio de 2018⁵ la parte demandante presentó reforma de la demanda, la cual fue admitida mediante auto del 15 de enero de 2019⁶.

2.4. El **departamento del Magdalena** contestó la demanda -junto con su reforma- de forma extemporánea⁷.

3. Audiencia inicial

El 19 de septiembre de 2019⁸, el Tribunal Administrativo del Magdalena llevó a cabo la audiencia inicial, en la que no encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento. Seguidamente fijó el litigio, en los siguientes términos:

“El objeto del litigio es determinar si hay lugar o no a declarar la existencia, validez y liquidación judicial del Contrato 109 del 5 abril de 2010, suscrito entre ADA S.A. y LA GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, cuyo objeto consistía en "La prestación de servicios especializados para la modernización tecnológica integral de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, con énfasis en el apoyo al proceso de recaudo de la contribución de valorización", para lo cual habrá que establecerse:

¿Si hay lugar o no a declarar el incumplimiento del contrato No. 109 del 5 de abril de 2010, por no cumplirse las obligaciones señaladas en el Contrato y la ausencia de trámite administrativo conducente a su cumplimiento?

¿Si hay lugar o no reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente y perjuicios morales a favor de la sociedad demandante en caso de declararse el incumplimiento del Contrato?

Como pretensión subsidiaria ¿Establecer si se presentó o no un desequilibrio económico durante la ejecución del Contrato No. 109 del 5 de abril de 2010?

¿Determinar si se presentó o no un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Gobernación como consecuencia de la ejecución del contrato No. 109 del 5 de abril de 2010?”.

³ Folios 1187 a 1189 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁴ Folios 1191 a 1192 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁵ Folios 1202 a 1203 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁶ Folios 1242 a 1243 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁷ Folio 1255 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁸ Folios 1262 a 1269 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



Posteriormente, se declaró fallida la fase de conciliación por la falta de ánimo conciliatorio entre las partes y se decretaron como pruebas las documentales aportadas por la parte demandante.

También se decretó la práctica de los testimonios de los señores Reiner Avendaño Rojas, Álvaro Mercado de la Ossa, Carlos Caviedes Alarcón, José Fernández de Castro, Maryoris Margarita Pedraza Álvarez, Donaldo Duica Granados, Carlos Iván Quintero Daza, Sandra Rubiano Layton, Veruzka Tatiana Aaron Torregroza, Joel Gámez López, William José Márquez Gómez, Mauricio Zapata Vidal, Myriam Puentes, Jacob de Jesús Goez, Sergio López Trujillo, Daverson Henao, Olga Ávila Torres, Adelina Casadiego Cuao, Aquileo Bermúdez Correa, Edier Ávila, Lisbeth Angulo Ávila, Keyla Guillen Hernández y Juan Fernando Betancourt.

Igualmente, se decretó la práctica de un informe rendido por la Gobernadora del Magdalena sobre los hechos debatidos que le conciernan y la práctica de un dictamen pericial que debían rendir dos (2) peritos de la lista de auxiliares de la justicia inscritos en la especialidad de contabilidad o finanzas⁹, y que permitiera calcular *“el valor proyectado de los ingresos esperados para el recaudo de valorización para financiar las obras del Plan Vial del Norte en el Departamento del Magdalena, para los municipios de Ciénaga y Santa Marta, de acuerdo al estudio de factibilidad socioeconómico elaborado por la firma CONVALOR, y el cálculo del consecuente valor dejado de percibir por la demandante como contraprestación a los servicios prestados de conformidad con lo dispuesto por el Contrato 109 de 2010, ante la omisión de la entidad demandada para realizar adecuadamente el proceso de recaudo”*.

El Tribunal también ofició a la Gobernación del Magdalena para que allegara la documentación relacionada con la etapa precontractual, contractual, poscontractual del contrato No. 109 de 2010, así como los soportes de los pagos efectuados a Ada S.A. en relación con el aludido contrato.

4. Audiencia de pruebas

⁹ Para el efecto, se designaron a los peritos Danilo Enrique López Cogollo y Magalys María Meriño Hernández.



El 26 de noviembre de 2019¹⁰ y el 15 de julio de 2021¹¹, el Tribunal Administrativo del Magdalena llevó a cabo la audiencia de pruebas, en la cual se practicaron los testimonios decretados¹², se surtió la contradicción de los dictámenes periciales que rindieron de manera independiente los peritos¹³ y se incorporaron las demás pruebas documentales decretadas en la audiencia inicial que se aportaron con posterioridad. De igual manera, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

5. Los alegatos de conclusión en primera instancia

5.1. **Ada S.A.**¹⁴ presentó sus alegatos, en los que reiteró los argumentos expuestos en su demanda.

5.2. El **departamento del Magdalena** no presentó alegatos de conclusión.

5.3. El **Ministerio Público** guardó silencio.

6. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 21 de septiembre de 2022¹⁵, el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda. Al efecto, recordó que la cuantía del contrato era indeterminada y que, en la modificación No. 002 del contrato, las partes incorporaron un parágrafo en la cláusula sexta (valor y forma de pago), en el cual estipularon expresamente la renuncia a cualquier pretensión económica que hubiera podido causarse hasta la fecha de suscripción de dicho modificatorio, ya fuera por concepto de indemnización o por daños derivados de la acción u omisión de alguna de las contratantes, de ahí que el reclamo efectuado por la sociedad demandante en sede judicial fuera improcedente y contrario a lo acordado por las partes.

¹⁰ Folios 1324 a 1331 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

¹¹ Índice 35 de Samai del Tribunal Administrativo del Magdalena.

¹² Salvo los de los señores Álvaro Mercado de la Ossa, Carlos Caviedes Alarcón, José Fernández de Castro, Maryoris Margarita Pedraza Álvarez, Donaldo Duica Granados, Carlos Iván Quintero Daza, Veruzka Tatiana Aaron Torregroza, Joel Gámez López, William José Márquez Gómez, Daverson Henao, Olga Ávila Torres, Adelina Casadiego Cuao, Aquileo Bermúdez Correa, Edier Ávila, Lisbeth Angulo Ávila, Keyla Guillen Hernández y Juan Fernando Betancourt, dado que la parte actora desistió de su práctica.

¹³ Los peritos designados en la audiencia inicial informaron que no fue posible llegar a un acuerdo para la elaboración de un dictamen conjunto, motivo por el cual cada uno presentó su experticia de manera separada.

¹⁴ Archivo 10 del índice 2 de Samai del Consejo de Estado.

¹⁵ Índice 42 de Samai del Tribunal Administrativo del Magdalena.



El Tribunal también puntualizó que no era posible entender configurada una ruptura del equilibrio económico del contrato, toda vez que el contratista conocía desde un inicio que su remuneración estaba condicionada al recaudo efectivo de la contribución por valorización, sin que las proyecciones derivadas del estudio de factibilidad socioeconómica elaborado por la sociedad Convalor Ltda. pudieran entenderse como una utilidad asegurada. Además, agregó que los dictámenes periciales allegados al plenario no permitían evidenciar la inversión real y efectiva de los montos denunciados por el contratista como sobrecostos en el marco de los trabajos contratados.

En lo que atañe a la liquidación del contrato, el Tribunal advirtió que en la cláusula decimoctava se pactó que, una vez vencido el plazo de ejecución, se procedería a su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. No obstante, advirtió que dicha norma fue modificada por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, el cual estableció que en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la liquidación no era obligatoria. En consecuencia, concluyó que la liquidación del contrato No. 109 de 2010 tenía carácter facultativo y, por tanto, no podía exigirse a las partes su realización.

Finalmente, precisó que, aunque las partes introdujeron modificaciones contractuales con ocasión de la expedición de la Ley 1386 de 2010 -norma que prohibió a las entidades territoriales delegar en particulares la administración de sus tributos-, en tales modificatorios quedó establecido que el contratista únicamente desarrollaría labores de apoyo en las gestiones de cobro persuasivo y coactivo, de ahí que no se configurara la nulidad absoluta del contrato.

7. Recurso de apelación

El 1º de febrero de 2023¹⁶, Ada S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* a través de proveído del 7 de febrero siguiente¹⁷. En su escrito, que en gran medida comportó una reiteración de lo manifestado en los alegatos de conclusión de primera instancia¹⁸, la recurrente solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar,

¹⁶ Índice 47 de Samai del Tribunal Administrativo del Magdalena.

¹⁷ Índice 48 de Samai del Tribunal Administrativo del Magdalena.

¹⁸ En efecto, el recurso de apelación reproduce de manera literal los alegatos de conclusión presentados en primera instancia, con la única diferencia de que incorpora un capítulo adicional referido a la indebida valoración probatoria del Tribunal *a quo*.



acceder a las pretensiones de la demanda; lo anterior, con fundamento en que “[e]rra el Tribunal Administrativo al desestimar las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que no se realizó una valoración completa de las pruebas debido a que, si estaba acreditada dentro del plenario las obligaciones incumplidas por la entidad demandada y contratante, además de que se evidenció dentro del plenario la ruptura del equilibrio financiero del contrato, en desmejora de los legítimos intereses patrimoniales de la sociedad actora”.

Al efecto, puso de presente que el tribunal incurrió en una indebida valoración probatoria, comoquiera que: **(i)** omitió apreciar el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la sociedad demandante; **(ii)** no valoró los testimonios de los señores Reiner Avendaño y Sandra Rubiano, funcionarios del Departamento, quienes declararon sobre circunstancias propias de la etapa precontractual y contractual; **(iii)** dejó de considerar los testimonios de los señores Sergio López, Mauricio Zapata y Myriam Puentes, empleados de Ada S.A., quienes se pronunciaron sobre la ejecución del contrato y los gastos asumidos sin percibir ingresos por el incumplimiento del Departamento; y **(iv)** tampoco apreció los informes periódicos de gestión, los oficios remitidos por Ada S.A. donde se dejaron múltiples constancias del desequilibrio económico del contrato, así como las solicitudes orientadas al restablecimiento de la ecuación económica.

En ese orden de ideas, insistió en que se encontraba acreditado el incumplimiento contractual del Departamento, el cual produjo como consecuencia directa la ruptura del equilibrio económico. A su juicio, tal circunstancia afectó de manera grave y desproporcionada sus intereses patrimoniales, pues se vio obligada a asumir cargas y costos que no guardaban correspondencia con las condiciones inicialmente pactadas ni con la ecuación económica que sirvió de fundamento a la contratación.

8. Actuación en segunda instancia

Mediante proveído del 11 de agosto de 2023¹⁹ se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Una vez concedido y admitido el recurso de apelación, el expediente ingresó para fallo, debido a que no se solicitaron ni se decretaron pruebas en el trámite de la segunda instancia.

¹⁹ Índice 4 Samai del Consejo de Estado.



III. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación, la Sala estudiará los siguientes aspectos: **(1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer del presente asunto; **(2)** procedencia del medio de control; **(3)** legitimación en la causa; **(4)** oportunidad del medio de control; **(5)** el objeto de la impugnación y la delimitación de los problemas jurídicos a resolver en esta instancia; **(6)** hechos probados y pruebas relevantes de cara a la resolución de los problemas jurídicos; **(7)** el análisis de la Subsección y la resolución del caso concreto; y **(8)** la condena en costas en segunda instancia.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer del presente asunto

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del asunto, con fundamento en el artículo 104 del CPACA²⁰, pues el contrato No. 109 del 5 de abril de 2010 fue celebrado por Ada S.A. y el departamento del Magdalena - entidad territorial-²¹, cuyo objeto consistió en la prestación de servicios especializados para la modernización tecnológica integral de la gobernación del Departamento, con énfasis en el apoyo al proceso de recaudo de la contribución de valorización.

Igualmente, el Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, de conformidad con el artículo 150²² y el numeral 5 del artículo 152²³ del CPACA, dada la vocación de doble instancia del proceso, en razón a que la

²⁰ “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”.

²¹ Constitución Política de 1991. “Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.

²² “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 del CGP]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]”.

²³ Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 5. De los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en que sea parte una entidad pública en sus distintos órdenes o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, y de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan cláusulas exorbitantes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...]”.



cuantía de la demanda excedió los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de interposición del libelo introductorio²⁴.

2. Procedencia del medio de control

En virtud de lo previsto en el artículo 141 del CPACA²⁵, cualquiera de las partes de los contratos estatales puede demandar para que se declare su existencia o su nulidad, se ordene su revisión, se declare el incumplimiento, se anulen los actos administrativos contractuales, se condene a quien se considere responsable a indemnizar los perjuicios y/o se liquide el contrato, entre otras declaraciones y condenas. El legislador también previó que el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrían solicitar la nulidad absoluta del contrato, la que también puede ser declarada de oficio por el juez.

Comoquiera que la contienda formulada en el asunto *sub judice* se refiere al presunto incumplimiento del contrato No. 109 de 2010, a la ruptura de la ecuación económica y a su liquidación judicial, el medio de control procedente es el de controversias contractuales.

3. Legitimación en la causa

Ada S.A. y el departamento de Magdalena están legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, toda vez que ostentan la calidad de partes del contrato objeto de la *litis*.

²⁴ El valor del salario mínimo legal mensual vigente en el 2017 ascendía a \$737.717. Información obtenida de la página oficial del Banco de la República de Colombia <https://www.banrep.gov.co/es/salarios>. Para dicha anualidad, el tope correspondiente a los 500 SMLMV equivalía a \$368'858.500. En este caso, la cuantía de la demanda se estimó en un monto de \$26.271'751.607.

²⁵ "Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. // Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. // El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes".



4. Oportunidad del medio de control

El artículo 164 numeral 2 literal j) del CPACA establece varios supuestos para la determinación del momento a partir del cual debe computarse el término de caducidad de dos (2) años del medio de control de controversias contractuales. De forma general, dispone que dicho término empezará a correr a “*partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento*” y enseguida establece una serie de supuestos aplicables a los contratos según estos sean de ejecución instantánea o requieran o no liquidación.

El numeral v), literal j), del numeral 2 del artículo 164 del CPACA dispone que el término de caducidad de dos (2) años para los contratos que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga.

En el caso concreto, se tiene que en la cláusula decimoctava del contrato No. 109 de 2010 (hecho probado 6.11.) las partes estipularon de manera expresa que, una vez finalizado el plazo de ejecución, el contrato sería objeto de liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Al efecto, es pertinente recordar que, para el momento de la celebración del contrato -abril de 2010-, dicha norma no contemplaba una regla especial relativa a la liquidación de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, pues fue con ocasión de la expedición del Decreto 019 de 2012 que se modificó dicha disposición y se incluyó que la liquidación frente a ese tipo de contratos no sería obligatoria -sino facultativa-.

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887²⁶ prevé que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Sobre la irretroactividad

²⁶ “ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúense de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido”.



de la Ley y la estabilidad jurídica en materia contractual, esta Corporación²⁷ ha sostenido:

“54. En materia contractual, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 prevé que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Esta norma se opone al efecto general inmediato de una nueva ley en el ámbito contractual, porque los contratos no pueden estar sujetos a los cambios constantes y repentinos de la legislación, que generarían inestabilidad e incertidumbre en las relaciones jurídicas. Aceptada, pues, por el Estado una obligación contractual su cumplimiento es ineludible, de modo que las leyes nuevas posteriores no tienen la virtualidad de modificarlo.

55. Los contratos deben gozar de estabilidad y seguridad, pues así se promueve la confianza y se facilitan las relaciones jurídicas. Por ello, la jurisprudencia ha considerado que esta regla se refiere a los aspectos sustanciales del negocio jurídico, y, por ello, las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Así, se contrae a las obligaciones que surgen del contrato, a su validez, existencia y efectos, que quedan bajo el imperio de la ley que estuviere en vigor en el momento en que la obligación nació. Este mandato legal, es la concreción de la regla de la irretroactividad de la ley, pues la nueva no puede regular o afectar las situaciones jurídicas consolidadas con base en leyes sustanciales anteriores”.

En ese orden de ideas, la Sala observa que, para la época de celebración del negocio jurídico, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión se encontraban comprendidos dentro de la categoría de contratos de tracto sucesivo para efectos de su liquidación²⁸ y, por tanto, requerían de esta. En consecuencia, la norma aplicable al caso concreto es la vigente al momento de la celebración del contrato, esto es, el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, sin la modificación introducida por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, comoquiera que las reformas normativas posteriores no pueden alterar las condiciones jurídicas originalmente pactadas por las partes²⁹.

Así las cosas, ha de entenderse que los plazos de liquidación del contrato eran de cuatro (4) meses para la liquidación bilateral y dos (2) meses para la unilateral. En este punto, es menester anotar que la jurisprudencia de esta Corporación se ha

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 27 de octubre de 2023. Rad: 63164.

²⁸ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 20 de octubre de 2014. Rad: 27777.

²⁹ En gracia de discusión, aun si se entendiera que resulta aplicable la norma vigente al momento en que se habilita la liquidación -esto es, una vez vencido el plazo de ejecución del contrato-, lo cierto es que la modificación introducida por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012 únicamente estableció que en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la liquidación no sería obligatoria, sino facultativa; sin embargo, atendiendo a lo establecido en el artículo 1618 del Código Civil, la cláusula decimoctava del contrato refleja de manera inequívoca la voluntad común de los contratantes de proceder a su liquidación, pues incluyeron expresamente una previsión en tal sentido y dispusieron que se realizaría conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, lo que permite concluir que la intención real de las partes fue que el contrato se liquidara, y esa es la interpretación que debe prevalecer.



ocupado de precisar que los contratos de tracto sucesivo sometidos a las prescripciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en ausencia de acuerdo sobre el balance final del negocio jurídico, pueden ser liquidados unilateralmente por la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007³⁰.

De esta manera, se tiene que el negocio jurídico en cuestión se extendió hasta el 28 de octubre de 2016 (hecho probado 6.23.), razón por la cual ha de señalarse que el término de cuatro (4) meses para liquidar el vínculo obligacional de forma bilateral transcurrió entre el 29 de octubre de 2016 y el 1º de marzo de 2017, y los dos (2) meses adicionales para la liquidación unilateral transcurrieron entre el 2 de marzo de 2017 y el 2 de mayo de 2017, por lo que a partir de esa última fecha se debe empezar a contabilizar el término de caducidad de dos (2) años.

Por tanto, como la demanda se presentó el 15 de diciembre de 2017, es claro que esta se interpuso dentro del término legal oportuno para tal efecto. Lo anterior, incluso sin tener en cuenta la suspensión del término de caducidad, que operó entre el 20 de octubre de 2017³¹ y el 4 de diciembre de 2017³² por la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial.

5. El objeto de la impugnación y la delimitación de los problemas jurídicos a resolver en esta instancia

5.1. El marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la providencia recurrida, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del CGP³³.

Así las cosas, y de conformidad con lo estipulado en el negocio jurídico sometido a juicio, la Sala deberá establecer, **en primer lugar** - y de oficio-³⁴, si el contrato de prestación de servicios No. 109 de 2010 adolece de nulidad absoluta, en razón a la

³⁰ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 5 de febrero de 2021. Rad.: 49792.

³¹ Folio 58 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

³² Folio 59 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

³³ "Artículo 328. Competencia del Superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

³⁴ Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA, que señala sobre la nulidad absoluta del contrato que: "El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."



eventual delegación de funciones propias de la administración tributaria territorial por parte del Departamento a la contratista en la celebración del negocio jurídico en cuestión.

En segundo lugar, y solo en el evento de no configurarse la nulidad absoluta del referido contrato, corresponderá a la Sala determinar si se encuentra acreditado el incumplimiento contractual por parte del departamento del Magdalena en relación con el contrato No. 109 de 2010, así como también la ruptura del equilibrio económico y, de ser así, establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios y compensaciones reclamados en la demanda.

6. Hechos probados y pruebas relevantes de cara a la resolución de los problemas jurídicos

En el marco de lo expuesto, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados que resultan jurídicamente relevantes para decidir la controversia sometida a juicio en esta instancia. Para tal efecto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 246 del CGP³⁵.

El proceso licitatorio

6.1. Mediante Resolución No. 067 del 11 de febrero de 2010³⁶, el Departamento abrió la licitación pública No. DM-01-10 con el fin de contratar la prestación de servicios especializados para la modernización tecnológica integral en la gobernación del departamento del Magdalena, con énfasis en el apoyo al proceso de recaudo de la contribución de valorización.

6.2. En el pliego de condiciones³⁷ aparecen como actividades a cargo del contratista, entre otras, las de “[a]delantar las gestiones de facturación a cada **SUJETO DE RECAUDO** en forma mensual y/o anual durante el plazo establecido en las respectivas resoluciones”, así como “[c]olaborar en la proyección de las respuestas a los recursos de reposición dentro de los términos de ley y de las reclamaciones que se presenten por parte de los **SUJETOS DE RECAUDO**”.

³⁵ “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

³⁶ Folios 150 a 152

³⁷ Índice 2 de Samai.



6.3. Frente al valor del contrato y la forma de pago en favor del contratista, en el pliego de condiciones se estableció lo siguiente:

“1.5. PRESUPUESTO OFICIAL

El presente contrato es de cuantía indeterminada pero determinable debido a que depende del recaudo de la contribución de valorización; sin embargo, para efectos fiscales y de legalización el valor se fija en TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS. M. L. (\$300.000.000,00).

EL CONTRATISTA tendrá derecho a que EL DEPARTAMENTO le reconozca y cancele una suma resultante de multiplicar el porcentaje ofrecido por el proponente por el valor recaudado de la contribución de valorización, la cual será cancelada dentro de los cinco (5) días siguientes a la aprobación de la cuenta de cobro por parte del Interventor del contrato y que será pagada por la fiducia que administre el recaudo y administración de los recursos originados en la facturación y recaudo de la valorización. Para tal fin se emitirá por el Departamento hacia la fiducia una orden de pago irrevocable por toda la duración del contrato y sujeta para su pago a la presentación del acta de liquidación periódica aprobada por el interventor”.

El contrato de prestación de servicios No. 109 del 5 de abril de 2010 celebrado entre el departamento del Magdalena y Ada S.A.

6.4. El 5 de abril de 2010³⁸, el departamento del Magdalena y Ada S.A. celebraron el contrato No. 109, cuyo objeto consistió en *“la prestación de servicios especializados para la modernización tecnológica integral de la GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, con énfasis en el apoyo al proceso de recaudo de la contribución de valorización, solución integral que incluye el suministro y operación en los siguientes aspectos: a) Hosting en Datacenter principal y Datacenter de contingencia y Conectividad, b) Infraestructura Hardware de Aplicaciones, c) Implementación, Operación, Administración, Mantenimiento Sistemas de Información, d) Niveles de Servicio de la solución integral, e) Apoyar la gestión de facturación y apoyar la gestión de recaudo de la contribución de valorización”.* (énfasis añadido)

6.5. En la cláusula segunda³⁹ se establecieron las actividades del contratista, tal como se transcribe a continuación:

“SEGUNDA.- ALCANCE DEL OBJETO: *Para el desarrollo de estos servicios EL CONTRATISTA se compromete a asumir las siguientes actividades, con recursos físicos humanos propios: 1. La operación, administración y mantenimiento de la solución de software de los sistemas provistos por EL CONTRATISTA de acuerdo*

³⁸ Folios 61 a 69 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

³⁹ Folio 62 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



con los niveles de servicios y demás requerimientos estipulados en el pliego de condiciones y en la oferta presentada por EL CONTRATISTA dentro del proceso licitatorio que precedió a la adjudicación del presente contrato, documentos que forman parte integral de este contrato. 2. Suministro de toda la infraestructura tecnológica (hardware y software) requerida para la correcta operación del recaudo de la contribución de valorización, cumpliendo con los requerimientos mínimos de infraestructura tecnológica relacionados en el pliego de condiciones y en la propuesta del CONTRATISTA. Todos los servidores, incluyendo las licencias de los sistemas de información, sistemas operativos, manejadores de bases de datos y las soluciones de almacenamiento (hardware y software) de los ambientes de producción y pruebas incluida la información que estén siendo utilizados al finalizar el contrato, pasaran a ser propiedad de EL CONTRATANTE. 3. Instalación, configuración, operación administración de toda la infraestructura tecnológica sobre la cual funcionen correctamente los sistemas de información provistos, de acuerdo con las especificaciones técnicas del pliego. 4. Ejecución de los diferentes procesos y procedimientos técnicos operativos y administrativos relacionados con el normal funcionamiento de los sistemas. 5. Durante los últimos tres (3) meses del contrato, EL CONTRATISTA debe realizar el empalme con el siguiente administrador del sistema o en su defecto con EL CONTRATANTE, certificando el normal funcionamiento del sistema y la transferencia adecuada de la información para su debida operación 6. Rendir los informes que le sean requeridos por EL CONTRATANTE respecto a la gestión que adelanta, para el cumplimiento del objeto convencional. 7. Toda vez que la facultad de la jurisdicción coactiva se intransferible, EL CONTRATISTA debe implementar los procesos, procedimientos y mecanismos necesarios para ofrecer al público la certeza de que las actuaciones de cobro de TASAS, IMPUESTOS y CONTRIBUCIONES las hace EL DEPARTAMENTO en forma ajustada al orden jurídico y al Estatuto Tributario”.

6.6. En la cláusula tercera⁴⁰ se estipularon las obligaciones a cargo del contratista, en los siguientes términos:

“TERCERA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Además de las obligaciones propias de la naturaleza del contrato, son obligaciones a cargo del CONTRATISTA las siguientes actividades: 1. Cumplir el objeto contractual con diligencia, ajustándose a las disposiciones constitucionales, legales, contractuales, las del pliego de condiciones, sus adendas y a la propuesta presentada. 2. Suministrar el recurso humano mínimo ofrecido, con sujeción a los condicionamientos de tiempo, modo y lugar señalados en el pliego de condiciones, la oferta y este contrato. 3. Suministrar los servicios, equipos, plataforma tecnológica, infraestructura de hardware, software, comunicaciones y demás requerimientos técnicos señalados en el pliego de condiciones, en la propuesta y en este contrato. 4. Constituir la garantía única para amparar los riesgos establecidos en el contrato. 5. Pagar la publicación del contrato, dentro del término fijado para ello. 6. Atender las observaciones del funcionario que ejerce la Interventoría, el control y vigilancia del contrato. 7. Pagar el impuesto de timbre, si hubiere lugar a ello. 8. Tomar las medidas necesarias para garantizar la debida y oportuna ejecución del contrato. 9. Mantener reserva profesional sobre los asuntos o la información que le sea suministrada por motivo de la ejecución de este contrato. 10. Informar inmediatamente al CONTRATANTE y autoridades competentes cuando se presenten peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el objeto de obligarlo a hacer u omitir algún acto o hecho. 1. Cumplir durante el tiempo de ejecución del contrato, las obligaciones con el sistema general de seguridad social y aportes parafiscales del personal que laborará en la ejecución del contrato, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia. 12. Cumplir estrictamente todas las obligaciones laborales del personal que utilice para la ejecución del objeto contratado. 13. En los procesos de recaudo de contribuciones por valorización, hacer la publicidad para que los

⁴⁰ Folios 63 a 66 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



SUJETOS DE RECAUDO se enteren de los plazos y condiciones de pago, mediante su divulgación por los medios adecuados: emisoras, internet, vallas, prensa boletines. Adelantará las campañas publicitarias orientadas a la socialización. Es sensibilización de la importancia del pago de estas tasas, impuestos, y contribuciones bajo el desarrollo del Departamento. **14. Adelantar las gestiones de facturación de contribuciones por valorización a cada SUJETO DE RECAUDO en forma mensual y/o anual durante el plazo establecido en las respectivas resoluciones. 15. Remitir y entregar las facturas de contribuciones por valorización a los SUJETOS DE RECAUDO en forma oportuna, antes del vencimiento de cada cuota u OBLIGACION. 16. Establecer en coordinación con la Gobernación, los sitios de atención a los contribuyentes con los recursos adecuados de manera que la atención sea oportuna y eficiente 17. Apoyar en la proyección de las respuestas de los recursos de reposición dentro de los términos de ley y de las reclamaciones que presenten los sujetos de recaudo de contribuciones por valorización. 18. Realizar los estudios correspondientes a las reclamaciones presentadas, atendiendo si es del caso las solicitudes efectuadas. 19. Colaborar en la proyección de las correspondientes resoluciones modificadoras para la firma de la administración, darles la publicidad que corresponda, hacerlas conocer de los interesados o reclamantes e inscribirlas en la oficina de instrumentos públicos cuando sea del caso. 20. Actualizar las bases de datos cada vez que se produzcan modificaciones en las de contribuciones por valorización. 21. Enviar notificaciones persuasivas a los contribuyentes que se atrasen en los pagos de las cuotas periódicas asignadas. 22. Informar a la administración sobre los contribuyentes que no atendieron las notificaciones persuasivas para que esta autorice el Inicio del proceso de cobro por jurisdicción coactiva, preparar toda la documentación requerida para el cobro coactivo y proyectar los respectivos actos administrativos, creando los respectivos expedientes. 23. Apoyar en la gestión para la generación de paz y salvos a los contribuyentes que se encuentren al día en las cuotas periódicas o hayan cancelado el gravamen asignado. 24. Proyectar los oficios de cancelación de gravamen de contribuciones por valorización a los contribuyentes que hayan cancelado totalmente la obligación y dirigirlos a los Registradores de Instrumentos Públicos cuando sea el caso. 25. Elaborar informes periódicos dirigidos a la administración sobre el comportamiento de los recaudos, flujo de caja, reclamos y demás eventos que ocurran durante el período inmediatamente anterior. 26. Elaborar los formatos de autorización y entregarlos a los contribuyentes que lo soliciten para poder efectuar trámites ante la oficina de registro de instrumentos públicos cuando sea el caso. 27. EL CONTRATISTA debe tener en cuenta que el objeto de que trata este contrato cubre exclusivamente a la administración departamental tomada como aquella que físicamente se ubica en el edificio de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA en la ciudad de Santa Marta; sin embargo: Las licencias de los sistemas de información ERP podrán ser utilizadas en todos los municipios del Departamento de Magdalena. Los módulos que conforman el ERP son: a) Presupuesto, b) Contabilidad, c) Tesorería (Pagaduría), d) PAC (programación de da ejecución efectiva de fondos), e) Compras y pedidos de bienes y/o servicios, f) Almacén e Inventarios, g) Activos Fijos, Mantenimiento y Seguros, h) Nómina, i) Talento Humano j) Facturación, k) Cuentas por cobrar, l) Cuentas por pagar, m) Liquidación de Impuestos, n) Recaudo, o) Impuestos, tasas y contribuciones. La infraestructura de hardware y software, datacenter y conectividad debe estar en capacidad de recibir y soportar la operación de todos los municipios del Departamento durante la ejecución de este contrato; la responsabilidad de la infraestructura física de redes, computadores, impresoras, conectividad local e internet y en general otros elementos de hardware y software no descritos, son responsabilidad y deben ser provistos por la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA y por cada uno de sus municipios. 28. Las demás que se requieran para cumplir con el objeto pactado, en coordinación con la dependencia encargada de ejercer la interventoría, el control y vigilancia del contrato”.**



6.7. En la cláusula quinta⁴¹ se acordó que el plazo de ejecución sería de cinco (5) años y seis (6) meses prorrogables por voluntad de las partes, contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

6.8. En la cláusula sexta⁴² se pactó que la cuantía era indeterminada, debido a que dependería del recaudo de la contribución por valorización. No obstante, se estableció que, para efectos fiscales y de legalización, el valor del contrato se fijaría en \$300'000.000. Finalmente, se estipuló que el contratista tendría derecho al 7% sobre el valor recaudado de la contribución por valorización, y el 10% adicional del valor del recaudo sobre facturas morosas.

6.9. En la cláusula décima⁴³ se indicó que la supervisión técnica, administrativa y financiera del contrato sería efectuada por la Gerencia de Proyectos Departamental en cabeza del funcionario jefe o en quien este designara para tales efectos.

6.10. En la cláusula decimotercera⁴⁴ se estipuló una cláusula penal pecuniaria a cargo de quien incumpliera cualquiera de sus obligaciones contractuales, por una suma equivalente al 10% del valor total del contrato.

6.11. En la cláusula decimoctava⁴⁵ se indicó que, terminado el plazo de ejecución del contrato, se procedería a la liquidación del mismo conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

La ejecución del contrato No. 109 del 5 de abril de 2010

6.12. El 28 de abril de 2010⁴⁶ las partes suscribieron el acta de inicio.

⁴¹ Folio 66 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁴² Folio 66 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁴³ Folio 67 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁴⁴ Folio 68 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁴⁵ Folio 69 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁴⁶ Folio 55 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



6.13. El 22 de septiembre de 2010⁴⁷, las partes celebraron la modificación No. 001 al contrato No. 109 del 2010⁴⁸, en la cual se dejó constancia de que, con ocasión de la expedición de la Ley 1386 del 21 de mayo de 2010 -norma que prohibió a las entidades territoriales delegar en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones e imposición de sanciones relacionadas con los tributos-, se hacía necesario introducir ajustes al contrato original. En consecuencia, las partes acordaron modificar, entre otras, las cláusulas primera (objeto contractual) y segunda (actividades del contratista), en los términos que a continuación se indican:

“PRIMERO.- La cláusula primera del contrato quedará así: OBJETO.- El objeto de este contrato es la prestación de servicios especializados para la modernización tecnológica integral del Departamento del Magdalena, con énfasis en el apoyo al proceso de recaudo de la contribución de valorización, solución integral que incluye el suministro y operación en los siguientes aspectos: 1) Hosting en datacenter principal y datacenter de contingencia y conectividad; 2) Infraestructura de hardware y de aplicaciones; 3) Implementación, asesoría y mantenimiento de los sistemas de información; 4) Niveles de servicio de la solución integral; 5) Apoyo y asesoría en la facturación y la gestión de recaudo de la contribución de valorización, tasas, impuestos y cartera normal o vencida de la Entidad. PARÁGRAFO: El objeto del contrato está delimitado a: 1) La implementación, instalación, capacitación permanente, actualización, mantenimiento y suministro de toda la infraestructura tecnológica (hardware y software) requerida para la correcta operación del sistema de recaudo de la contribución de valorización; 2) Apoyar la gestión de recaudo de la contribución de valorización mediante la asistencia permanente del recurso humano (especializado, profesional y técnico) calificado para esta materia; y 3) Garantizar la publicidad de la gestión de recaudo de la contribución de valorización.

SEGUNDO.- La cláusula segunda del contrato quedará así: ALCANCE DEL OBJETO: Para el desarrollo de estos servicios EL CONTRATISTA se compromete a asumir las siguientes actividades, con recursos físicos y humanos propios: 1. La instalación, capacitación, actualización y mantenimiento de la solución de software de los sistemas provistos por EL CONTRATISTA, de acuerdo con los niveles de servicios y demás requerimientos estipulados en el pliego de condiciones y en la oferta presentada por EL CONTRATISTA dentro del proceso licitatorio que precedió a la adjudicación del presente contrato, documentos que forman parte integral de este contrato. 2. Suministro de toda la infraestructura tecnológica (hardware y software) requerida para la correcta operación del recaudo de la contribución de valorización, cumpliendo con los requerimientos mínimos de infraestructura tecnológica relacionados en el pliego de condiciones y en la propuesta del CONTRATISTA. Todos los servidores, incluyendo las licencias de los sistemas de información, sistemas operativos, bases de datos y las soluciones de almacenamiento (hardware y software) de los ambientes de producción y pruebas que se utilicen, pasarán a ser propiedad de EL CONTRATANTE al finalizar el contrato. 3. Instalación, configuración, actualización y mantenimiento de toda la infraestructura tecnológica para que funcionen correctamente los sistemas de

⁴⁷ Folios 260 a 263 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁴⁸ La Sala observa que en el expediente reposan varios documentos que se denominan “MODIFICACIÓN No. 001 AL CONTRATO No. 109 DE ABRIL 5 DE 2010 DE MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA INTEGRAL DE LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, CON ÉNFASIS EN EL APOYO AL PROCESO DE RECAUDO DE LA CONTRIBUCIÓN DE VALORIZACIÓN”. No obstante, dichos documentos no presentan un contenido uniforme, pues entre ellos se advierten variaciones sutiles. Por tal razón, para efectos de los hechos probados, se tuvo en cuenta únicamente la modificación suscrita por la Gobernadora (E) del Departamento, el Jefe de la Oficina Jurídica y el representante legal de la contratista.



información provistos para el recaudo de la contribución de valorización, de acuerdo con las especificaciones técnicas del pliego. 4. Durante los últimos tres (3) meses del contrato, EL CONTRATISTA debe realizar el empalme con el Departamento del Magdalena, certificando el normal funcionamiento del sistema y la fidelidad de la información para su debida operación, salvo terminación anticipada del contrato. 5. Rendir informes mensuales de la gestión realizada y los demás que le sean requeridos por EL CONTRATANTE respecto a la gestión que adelanta para el cumplimiento del objeto contractual. 6. Toda vez que la facultad de jurisdicción coactiva es intransferible, EL CONTRATISTA debe implementar los procesos, procedimientos y mecanismos necesarios para ofrecer al público la certeza de que las actuaciones de cobro las hace EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA en forma ajustada al orden jurídico y al Estatuto Tributario”.

6.14. En la modificación No. 001 al contrato No. 109 del 2010⁴⁹ también se introdujeron ajustes a la cláusula tercera del contrato (obligaciones del contratista), las cuales se consignaron así:

“TERCERO. - La cláusula tercera del Contrato No. 109 de 2010, referida a las obligaciones de EL CONTRATISTA tendrá las siguientes modificaciones: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: A) El numeral 14 de la cláusula tercera del contrato quedará así: "14. Apoyar las gestiones de facturación que realice el Departamento del Magdalena para el recaudo de la contribución de valorización a cada sujeto de recaudo, durante el plazo establecido en las respectivas resoluciones". B) Se suprime el numeral 16 de la cláusula tercera del contrato. C) El numeral 17 de la cláusula tercera del contrato quedará así: "17. Apoyar al Departamento del Magdalena en la adecuada y oportuna proyección de respuestas a las peticiones, recursos y reclamaciones que presenten los sujetos de recaudo, relacionada con el objeto del contrato". D) Se suprime el numeral 18 de la cláusula tercera del contrato. E) El numeral 19 de la cláusula tercera del contrato quedará así: "19. Colaborar a la Administración Seccional proyectando las resoluciones o actos que expresamente le solicite en relación con la facturación y recaudo de la Contribución de Valorización, coadyuvar en la publicidad de las mismas y en la inscripción en la Oficina de Instrumentos Públicos, cuando sea del caso". F) El numeral 20 de la cláusula tercera del contrato quedará así: "20. Actualizar la infraestructura tecnológica (hardware y software) cuando así sea necesario para garantizar la correcta operación del recaudo de la valorización". G) El numeral 22 de la cláusula tercera del contrato quedará así: "22. Preparar la documentación requerida para el cobro coactivo y proyectar los respectivos actos administrativos, de acuerdo con la información que el Departamento del Magdalena le remita sobre los contribuyentes que no atendieron las notificaciones persuasivas". Se suprime el numeral 26 de la cláusula tercera del contrato”.

6.15. El 15 de diciembre de 2010⁵⁰ las partes suscribieron el acta de comité de valorización, en el que fijaron un cronograma de plan de trabajo para facturación, entrega de facturas e inicio del cobro de la valorización. En ese documento se observa que Ada S.A. adquirió compromisos tales como: (i) realizar y proyectar resoluciones modificadoras en las contribuciones de los inmuebles con parqueaderos vinculados, así como los documentos necesarios para la notificación personal de dichas resoluciones a los interesados (citaciones, notificación personal,

⁴⁹ Folios 260 a 263 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁵⁰ Folios 76 a 80 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



edictos); y (ii) controlar la entrega de facturas, verificar y llevar control del registro de los recaudos.

6.16. El 8 de agosto de 2011⁵¹, las partes suscribieron la modificación No. 002 al contrato No. 109 del 2010. En ese documento se dejó constancia de que, nuevamente, se realizarían ajustes al contrato con el fin de evitar que se incurriera en alguna de las prohibiciones contenidas en la Ley 1386 de 2010. En consecuencia, las partes acordaron adicionar la cláusula tercera del contrato (obligaciones del contratista), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: A la cláusula tercera del Contrato No. 109 de 2010, que fue objeto de modificación a través del acto No. 001 de 2010 y que se refiere a las obligaciones del contratista se le adicionará lo siguiente: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Para el desarrollo de los servicios descritos en la cláusula primera del contrato N° 109 de abril 5 de 2010 el contratista se compromete a asumir las siguientes actividades, con recursos físicos y humanos propios, según se describe a continuación, durante las diversas etapas que supone la ejecución del contrato: **1. APOYO A LA ATENCIÓN A LA COMUNIDAD.** En la labor de apoyo a la atención a la comunidad en el cobro de la contribución, la CONTRATISTA tendrá las siguientes obligaciones: 1.1. Operar en la oficina de atención a la comunidad del fondo rotatorio de valorización. 1.2. Recepcionar y atender las llamadas PBX y líneas de atención al contribuyente. 1.3. Atender presencialmente al contribuyente, para tal fin el asesor de la CONTRATISTA brindará información general o específica del proyecto de la contribución, de los factores generales y demás datos relacionados con pagar. 1.4. Administrar la información del predio y/o propietario - contribuyente. 1.5. Recibir por escrito o verbalmente las peticiones, quejas o reclamos realizados por los contribuyentes para su ingreso al aplicativo de PQR, bajo el manejo exclusivo de EL CONTRATANTE Y LA CONTRATISTA. 1.6. Proyectar, archivar y gestionar los proyectos de respuestas certificadas a las peticiones, quejas y reclamos de los contribuyentes, para la revisión, aprobación y firma del CONTRATANTE. 17. Verificar los documentos anexos a las peticiones, quejas y reclamos como pruebas de los mismos. 1.8. Digitalizar y archivar en medios físicos y magnéticos las peticiones, quejas y reclamos, así como sus anexos (escrituras, planos, certificados de libertad y tradición, minutas, documentos públicos privados, etc.) 1.9. Proyectar los paz y salvos parciales y totales; como también las comunicaciones a las oficinas de instrumentos públicos, para revisión, aprobación y firma del CONTRATANTE 1.10 Realizar el seguimiento del curso de los procedimientos de atención de peticiones, quejas y reclamos, hasta la respuesta o la resolución modificadora por medio del aplicativo diseñado para tal fin. 1.11 Apoyar al CONTRATANTE en el proceso de notificación de los contribuyentes y en el envío de las citaciones y avisos 1.12. Realizar las publicaciones en prensa con formatos y procedimientos aprobados por el CONTRATANTE. **2. APOYO A LA TAREA DE RECAUDO:** la labor de apoyo a la gestión de recaudo que ejercerá la contratista se clasifica en tres componentes, que se detallan de la siguiente manera: **2.1 GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN:** la contratista deberá: 2.1.1. Custodiar la información en datacenter y en datacenter de apoyo. 2.1.2. Ejercer la implementación, montaje y mantenimiento de la herramienta de reliquidación de la contribución en los casos señalados en la Ordenanza Departamental No. 012 de 1997. 2.1.3 Capacitar al funcionario de la CONTRATANTE que manejará la herramienta de reliquidaciones de la contribución. 2.1.4. Suministrar las plantillas y documentos básicos, para la proyección de resoluciones modificadoras por parte del CONTRATANTE. 2.1.5. Suministrar los datos e información básica al CONTRATANTE para que actualice el

⁵¹ Folios 250 a 254 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



monto a pagar por los contribuyentes. 2.1.6. *Proyectar las notificaciones que se requieran para la revisión, aprobación y firma del CONTRATANTE.* 2.1.7. *Actualizar permanentemente la información sobre predios y propietarios afectados por la contribución con fundamento en la información suministrada por el interesado.* 2.1.8. *Proyectar los documentos a terceros (paz y salvos de instrumentos públicos) para revisión, aprobación y firma del CONTRATANTE.* **2.2 PUBLICIDAD:** *la contratista en la labor de publicidad deberá realizar lo siguiente:* 2.2.1 *Elaborar la campaña publicitaria que acompañe las distintas etapas del proceso de cobro de la contribución.* 2.2.2. *Elaborar las propuestas de piezas publicitarias para la revisión y aprobación del CONTRATANTE.* 2.2.3. *Producir las piezas publicitarias aprobadas por el CONTRATANTE.* 2.2.4 *Asumir el alquiler y pago de espacios externos de publicidad (vallas, pasacalles, Mogadores, Muppies, paraderos, etc dependiendo de la estrategia publicitaria implementada y aprobada por el CONTRATANTE).* 2.2.5. *Elaborar y producir cuñas radiales y piezas publicitarias masivas para revisión y aprobación de la CONTRATANTE.* 2.2.6 *Asumir alquiler y pago de espacios radiales para difundir las cuñas aprobadas por el CONTRATANTE.* 2.2.7. *Implementar, diseñar, administrar y manejar una página web para el proceso de recaudo de la contribución de valorización. El contenido difundido en la página web debe ser previamente autorizado por el CONTRATANTE antes de su publicación.* 2.2.8. *Asumir el apoyo técnico en los procesos de socialización que adelante la CONTRATANTE a través de sus dependencias previo requerimiento escrito de esta para el efecto.* 2.2.9. *Manejar y difundir el proceso de recaudo y de las piezas publicitarias aprobadas por la CONTRATANTE a través de redes sociales y campañas presenciales en sitios y eventos públicos. El contenido difundido debe ser previamente autorizado por la CONTRATANTE antes de su publicación.* **2.3 APOYO A LA TAREA DE RECAUDO** *en ejercicio de labor de apoyo a la operación a recaudo, el contratista deberá realizar las siguientes funciones:* 2.3.1. *Imprimir los documentos de cobro correspondientes al periodo causado.* 2.3.2. *Entregar los documentos de cobro suscritos por la CONTRATANTE, de manera personal a cada contribuyente.* 2.3.3. *Realizar llamadas de seguimiento para el pago efectivo de la contribución.* 2.3.4. *Proyectar y entregar las cartas, circulares y de más documentos masivos para la revisión y aprobación de la CONTRATANTE, para afianzar el recaudo de la contribución.* 2.3.5. *Entregar informes y realizar el acompañamiento (como la entrega de datos, cifras, presentaciones, ayudas visuales, etc.) en el cobro que la CONTRATANTE realice a grandes contribuyentes.* 2.3.6. *Informar a los contribuyentes de los medios y las formas de pago de la contribución de acuerdo a lo determinado por la CONTRATANTE* **3. APOYO A LA TAREA DE COBRO PERSUASIVO Y COACTIVO.** *Sin soslayar lo preceptuado por la ley 1386 de 2010, la labor de apoyo al cobro persuasivo y coactivo lo realizará la CONTRATISTA de la siguiente manera:* **3.1. APOYO A LA TAREA DE COBRO PERSUASIVO:** *el cobro persuasivo será realizado a través del grupo de cobro persuasivo y jurisdicción coactiva adscrito a la Secretaria de Hacienda Departamental, no obstante, la CONTRATISTA realizará una labor de apoyo en dicha gestión de la siguiente manera:* 3.1.1. *Suministrar a la CONTRATANTE una carpeta por cada contribuyente moroso con la siguiente información: requisitos del título ejecutivo, el estado de la obligación, datos del deudor, la liquidación de la cuantía e intereses generados a la fecha por el CONTRATANTE.* 3.1.2. *Realizar llamadas, proyectar y entregar información personalizada a los contribuyentes para instar al pago de la contribución, una vez hayan sido revisada y aprobada por el CONTRATANTE.* 3.1.3. *Actualización de la base de datos una vez se realice el pago por el contribuyente.* 3.1.4. *Proyectar el documento de acuerdo de pago para aprobación de la CONTRATANTE.* 3.1.5. *Archivar y hacer seguimiento (telefónico con los datos financieros aportados por la CONTRATANTE) de los convenios de pago vigentes.* 3.1.6. *Notificar a la CONTRATANTE el incumplimiento del convenio de pago suscrito por los contribuyentes.* 3.1.7. *Proyectar las solicitudes de estudio de bienes y hacer seguimiento, archivo y digitalización en el aplicativo de las respuestas a dichas solicitudes.* 3.1.8. *Solicitar los certificados a los que dé lugar el estudio de bienes.* 3.1.9. *Informar el resultado del estudio de los bienes a la CONTRATANTE.* **3.2 APOYO A LA TAREA DE COBRO COACTIVO:** *el cobro coactivo será realizado por*



la CONTRATANTE a través del grupo de cobro persuasivo y jurisdicción coactiva adscrito a la Secretaria de Hacienda Departamental, no obstante, la CONTRATISTA realizará una labor de apoyo en dicha gestión de la siguiente manera: 3.2.1. Suministrar al CONTRATANTE las carpetas con la información del predio, propietario, la contribución y el sujeto de cobro coactivo. 3.2.2. Proyectar los oficios necesarios previos al mandamiento de pago para revisión, aprobación y firma de la CONTRATANTE. 3.2.3. Proyectar y distribuir masivamente los mandamientos de pago que hayan sido aprobados y firmados por el funcionario competente de la entidad CONTRATANTE. 3.2.4. Apoyar el trámite de notificación, entrega masiva y seguimiento de los mandamientos de pago. 3.2.5. Proyectar los oficios que la gobernación determine a fin de hacer efectivas las medidas cautelares. 3.2.6. Proyectar las resoluciones que se requieran durante el proceso de cobro coactivo, previa autorización y requerimiento de la CONTRATANTE. 3.2.7. Apoyar a la CONTRATANTE en el proceso de cobro coactivo, informando sobre los términos procesales, las techas de su vencimiento, las actuaciones pendientes y radicadas a través de la herramienta tecnológica dispuesta para tales efectos. 3.2.8. Archivar las actuaciones procesales en el cobro coactivo”.

6.17. En la modificación No. 002⁵² también se modificó la cláusula sexta del contrato (valor y forma de pago), en los siguientes términos:

“SEGUNDO. - La cláusula sexta del Contrato No. 109 de 2010, referida al valor y forma de pago se modificará de la siguiente manera: **“VALOR Y FORMA DE PAGO”:** El presente contrato es de cuantía indeterminada debido a que depende del recaudo de la contribución de valorización; sin embargo, para efectos fiscales y de legalización el valor se fija en TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS M. L. (\$300.000.000.00). El CONTRATISTA tendrá derecho a que el CONTRATANTE le reconozca y cancele la suma resultante de multiplicar el SIETE - POR CIENTO (7%) por el valor efectivamente recaudado de la contribución de valorización, y el DIEZ POR CIENTO (10%) adicional del valor del recaudo efectivamente realizado sobre facturas morosas. **PARÁGRAFO.** El valor correspondiente al impuesto al valor agregado - IVA, del recaudo por valorización se hará con cargo a la cuenta del FIDEICOMISO constituido para ello por la CONTRATANTE a nombre de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA. El CONTRATISTA presentará mensualmente su cuenta de cobro por su gestión a la FIDUCIARIA, la cual enviará la misma y una certificación de los ingresos efectivamente recaudados en la respectiva mensualidad a la Secretaria de Hacienda Departamental para que esta realice las respectivas operaciones presupuestales previas y necesarios para proceder al pago y constate el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista. Una vez adelantado los tramites presupuestales necesarios y el visto bueno de la supervisión, el Gobernador del Departamento autorizará al encargo fiduciario a proceder con el pago en la cuenta que para el efecto autorice el CONTRA TISTA. Este procedimiento se surtirá en un término “máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la radicación de la cuenta de cobro. **PARAGRAFO:** Las partes acuerdan renunciar a cualquier tipo de pretensión económica que se haya podido causar hasta la fecha de suscripción del presente acto modificatorio por concepto de indemnización o daño generado como consecuencia de la acción u omisión de uno de los contratantes; renuncia que está sometida a la condición de que no se suspende en forma unilateral e injustificada el contrato por parte de los contratantes”.

⁵² Folios 250 a 254 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



6.18. Obran múltiples informes de labores⁵³ elaborados por Ada. S.A. en relación con el cumplimiento del contrato No. 109 de 2010. En todos los informes, dentro del acápite de *objetivos específicos* se señala el de *“lograr un recaudo eficiente de la contribución de valorización, con énfasis en: Una adecuada atención al contribuyente, y en general la realización oportuna y de calidad para la facturación, distribución y entrega de facturas, recaudo, cobranza, generación y expedición de certificados de paz y salvo”*. Además, junto con cada informe se allegó la factura de venta correspondiente a la mensualidad vencida.

6.19. Mediante oficio No. 441 del 28 de diciembre de 2011⁵⁴, el Gobernador del departamento del Magdalena le solicitó al representante legal de Ada S.A. *“el inicio de las gestiones de facturación a los distintos contribuyentes del tributo de valorización en el Departamento del Magdalena, en cumplimiento de la cláusula tercera, numerales 14 y 15 del Contrato No. 109 del 5 de abril de 2010”*.

6.20. El 26 de junio de 2012⁵⁵, el supervisor rindió informe sobre la ejecución del contrato.

6.21. Reposan las órdenes de pago⁵⁶ expedidas por la Gobernación del Departamento del Magdalena en favor de Ada S.A.

6.22. Se encuentran incorporados al plenario varios oficios⁵⁷ suscritos por Ada S.A. y dirigidos a la Gobernación del departamento de Magdalena en los que solicitaba el restablecimiento de la ecuación económica, debido a la ruptura del equilibrio económico del contrato.

6.23. El contrato terminó el 28 de octubre de 2016, por vencimiento del plazo de ejecución, y ante el silencio de las partes para prorrogar el mismo.

⁵³ Folios 300 a 318; 326 a 356; 365 a 388; 399 a 422; 439 a 476; 490 a 511; 523 a 555; 566 a 586; 596 a 618; 628 a 658; 667 a 693; 700 a 720; 736 a 758; 759 a 799; 800 a 821; 845 a 871; 880 a 899; 908 a 926; 935 a 941; 951 a 971; 982 a 1001; 1009 a 1032; 1043 a 1062; 1073 a 1091; 1100 a 1119; 1129 a 1148 y 1158 a 1180 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁵⁴ Folio 48 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁵⁵ Folios 88 a 105 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁵⁶ CD allegado con la demanda, en la carpeta “CD ORDENES DE PAGO”, en el índice 2 de Samai.

⁵⁷ CD allegado con la demanda, en la carpeta “Ecuación Patrimonial”, en el índice 2 de Samai.



6.24. Se allegaron los contratos⁵⁸ de arrendamiento de local comercial, de asesoría en publicidad y de mensajería celebrados por Ada S.A. con terceros, en cumplimiento de lo dispuesto en el contrato No. 109 de 2010.

6.25. Obran documentos relativos a la investigación adelantada por la Contraloría General de la República⁵⁹, en atención a las denuncias formuladas contra el Gobernador del Magdalena, sobre las presuntas irregularidades cometidas en el contrato No. 109 del 5 de abril de 2010, dentro de las cuales se incluyó la presunta vulneración a la Ley 1386 de 2010 por la delegación de la administración de tributos a particulares.

6.26. Obran soportes contables de Ada S.A.⁶⁰, en los que se registran los costos y egresos asumidos durante la ejecución del contrato, particularmente en los años 2010 y 2011.

Dictámenes periciales

6.27. Reposo el dictamen pericial⁶¹ elaborado por la contadora Magalis María Meriño Hernández, en el cual se analizó el cálculo de los ingresos que Ada S.A. esperaba percibir por concepto del recaudo de la contribución de valorización, conforme al estudio de factibilidad socioeconómico preparado por la firma Convalor Ltda., así como la estimación del valor dejado de percibir por Ada S.A. como remuneración por los servicios prestados en el marco del contrato No. 109 de 2010, con ocasión del presunto incumplimiento del Departamento en realizar adecuadamente el proceso de recaudo. En ese dictamen se concluyó que la suma por concepto de daño emergente ocasionado durante los primeros dos años del contrato fue de \$2.853'816.802, mientras que el lucro cesante consolidado ascendía a \$198.719'737.562.

6.28. Obra otro dictamen pericial⁶² elaborado por el economista Danilo López Cogollo, en el cual se pronunció sobre los ingresos esperados por Ada S.A. sobre el recaudo de la valorización, de acuerdo al estudio de factibilidad socioeconómico preparado por la firma Convalor Ltda., así como la estimación del valor dejado de

⁵⁸ Folios 174 a 201 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁵⁹ Folios 1367 a 1382 y 1425 a 1430 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁶⁰ CD allegado con la demanda, en la carpeta "Soportes contables ADA S.A", en el índice 2 de Samai.

⁶¹ Folios 1 a 169 de la carpeta de "DICTAMEN PERICIAL" en el índice 2 de Samai.

⁶² Folios 170 a 281 de la carpeta de "DICTAMEN PERICIAL" en el índice 2 de Samai.



percibir por Ada S.A. como remuneración por los servicios prestados en el marco del contrato No. 109 de 2010, con ocasión del presunto incumplimiento del Departamento en realizar adecuadamente el proceso de recaudo. En ese dictamen se concluyó que la suma por concepto de daño emergente ocasionado durante los primeros dos años del contrato fue de \$6.724'100.869, mientras que el lucro cesante consolidado ascendía a \$24.395'991.161.

6.29. Se encuentra incorporado al expediente un memorial suscrito por el perito Daniel López Cogollo, en el cual controvierte la fórmula empleada por la perito Magalis María Meriño Hernández para el cálculo del lucro cesante. Asimismo, señaló que dicho dictamen no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 226 del CGP, toda vez que la perito carecía de la experiencia necesaria para la elaboración de ese tipo de experticias.

Testimonios y declaración de parte

6.30. Obra el testimonio del señor Hernán Mauricio Zapata Vidal⁶³, en su calidad de director comercial de Ada S.A.

6.31. Obra el testimonio del señor Sergio López Trujillo⁶⁴, en su calidad de gerente de proyectos de Ada S.A.

6.32. Obra el testimonio de la señora Luz Myriam Puentes⁶⁵, en su calidad de gerente técnico de Ada S.A.

6.33. Obra el testimonio del señor Reiner Antonio Avendaño Rojas⁶⁶, quien se desempeñó como profesional especializado en la Gobernación del departamento del Magdalena.

6.34. Obra el testimonio de la señora Sandra Rubiano Layton⁶⁷, quien fungió como supervisora del contrato No. 109 de 2010.

⁶³ Folios 1327 a 1328 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁶⁴ Folios 1328 a 1329 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁶⁵ Folios 1329 a 1330 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁶⁶ Folios 1329 a 1330 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁶⁷ Folio 1330 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.



6.35. Obra la declaración de parte rendida por el señor César Echeverri Pérez⁶⁸, en su calidad de representante legal de la sociedad Ada S.A.

7. El análisis de la Subsección y la resolución del caso concreto

Antes de resolver los problemas jurídicos planteados, es pertinente referirse al régimen del contrato, para posteriormente analizar los problemas jurídicos planteados.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el contrato sometido a juicio fue celebrado por el Departamento como entidad contratante, con el objeto de prestar servicios especializados para la modernización tecnológica de la Gobernación del Departamento, enfocada en fortalecer el proceso de recaudo de la contribución por valorización, se colige que el régimen del negocio jurídico es el previsto en la Ley 80 de 1993 y le son aplicables las disposiciones contenidas en esta normatividad, en especial lo dispuesto en el artículo 32-3 sobre el contrato de prestación de servicios; lo anterior, sin perjuicio de la remisión al derecho privado prevista en el artículo 13 del mismo estatuto⁶⁹.

7.1. La nulidad absoluta del contrato

Según lo previsto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993⁷⁰, la nulidad absoluta de los contratos estatales puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no sea susceptible de ser saneada mediante ratificación. A su vez, la posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos, si se encuentra plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que lo celebraron, es reiterada en el inciso final del artículo 141 del CPACA⁷¹.

Ahora bien, el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C.C., expresa que la nulidad absoluta se sana “*en todo caso*” por

⁶⁸ Folios 1328 a 1329 del cuaderno principal del Tribunal Administrativo del Magdalena.

⁶⁹ “ARTÍCULO 13 Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”

⁷⁰ “La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.”

⁷¹ “El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”



prescripción extraordinaria. Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria no podrá pedirse ni decretarse porque el legislador, en procura de la seguridad jurídica, ha fijado un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

Respecto de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone:

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

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

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

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

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

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

En el derecho común, el artículo 1741 del C.C. establece que el contrato es absolutamente nulo por objeto o causa ilícita, por omisión de alguno de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza o por haber sido celebrado por personas absolutamente incapaces.

A su vez, en punto al objeto ilícito como causal de nulidad absoluta, el artículo 1519 del C.C. dispone que *“hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”*, de tal suerte que toda violación a un mandato imperativo constituye un vicio que genera nulidad absoluta, salvo que de modo expreso la norma establezca una sanción distinta.

Ahora bien, las normas imperativas no son solamente aquellas que prohíben sino también las que ordenan, por lo que el quebranto del orden público se presenta tanto cuando se violan normas que establecen prohibiciones como cuando no se



observan o se desatienden normas que ordenan⁷², eventos todos estos en los cuales se produce nulidad absoluta por objeto ilícito.

Al respecto, ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación⁷³ que:

“(...) el orden público comprende además los principios ínsitos en el ordenamiento, que se deducen de las normas imperativas, y su transgresión también aparece la nulidad absoluta como sanción.

(...)

Así para que un acto o contrato sea absolutamente nulo por objeto ilícito no es indispensable la existencia de una norma que diga, expresa y sacramentalmente, que es “nulo” como consecuencia, el acto que la contraviene, pero desde luego que lo que sí debe existir es la norma que expresamente mande o prohíba”.

De tiempo atrás, y con anterioridad a la expedición de la Ley 1386 de 2010, la jurisprudencia reiterada de esta Sección⁷⁴ ha señalado que los contratos en los que las entidades deleguen en particulares las funciones de administración, fiscalización, liquidación y cobro de tributos son nulos por objeto ilícito. Sobre este particular, en sentencia del 1º de marzo de 2018⁷⁵ esta Sección precisó lo siguiente:

⁷² Sobre la nulidad absoluta por objeto ilícito y la violación de normas prohibitivas e imperativas, enseña el tratadista Luis Claro Solar, lo siguiente: “Para la validez de la declaración de voluntad no basta que su objeto sea posible, cierto y determinado y comerciable; se requiere además que sea lícito. Objeto lícito es el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara. Sabemos que las leyes constituyen limitaciones de la libertad individual, necesarias para la vida del hombre en sociedad; y según la importancia de la materia sobre la cual recaen, los preceptos legales toman diversas formas que dan a los mandatos del legislador efectos diversos y mayor o menor energía. Las leyes son: imperativas, que también se llaman preceptivas, que imponen la ejecución de un precepto como necesario al mantenimiento de ciertas instituciones y del orden social; prohibitivas, que prohíben la ejecución de un hecho o de un acto jurídico, como contrario a la estabilidad social; y permisivas, a que se da también el nombre de declarativas, que simplemente reconocen los derechos de los individuos. Las imperativas y las prohibitivas se dirigen a la voluntad del hombre principalmente y constituyen para él mandatos autorizados de que no puede ni debe desentenderse, porque el legislador exige su observancia como una necesidad del mantenimiento del orden social y del respeto de los derechos de los ciudadanos; las leyes permisivas, como simplemente declarativas que son, no se dirigen directamente a la voluntad del hombre, sino más bien a su inteligencia para indicarle las condiciones necesarias a una figura jurídica para su validez y su correcto funcionamiento, teniendo en cuenta los derechos e intereses privados en juego. Por lo mismo la observancia de estas leyes no es rigurosamente exigida y los derechos que de ella se derivan pueden ser renunciados, si no se ha prohibido por el legislador especialmente la renuncia. Sucede todo lo contrario con las leyes imperativas y especialmente con las leyes prohibitivas, que establecen normas que el nombre no debe olvidar para no incurrir en nulidad y en pena, si la violación de una de estas leyes se descubre. Las leyes imperativas acentúan la voluntad del legislador que quiere que las cosas se hagan como él lo entiende en beneficio de la generalidad y para asegurar el orden social y público. Las leyes prohibitivas revelan el propósito del legislador de asegurar el funcionamiento de todos los intereses legítimos y de velar por el mantenimiento de las buenas costumbres y de la justicia y equidad en los tratos de los particulares. Estas dos clases de leyes deben ser cuidadosamente observadas y como el legislador no puede prestar su protección a quien desconoce y viola sus preceptos imperativos de orden público o prohibitivos, la sanción de su violación es la nulidad del acto ejecutado en contravención a dichas leyes; salvo que en la ley misma designe otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención”. (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Luis Claro Solar, Tomo Undécimo, De las Obligaciones II, Págs. 264 y 265)

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Rad. 37.566.

⁷⁴ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. No. de radicación: 41001-23-31-000-2004-00369-01 (AP); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. No. de radicación: 23001-23-31-000-1998-08976-01 (26140); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de mayo de 2015. No. de radicación: 76001-23-31-000-1999-00306-01 (29200).

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1º de marzo de 2018. No. de radicación: 85001-23-33-000-2014-00146-01 (54819).



“Los contratos mediante los cuales se delegaban las actividades de administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos quedaron prohibidos a partir de la vigencia de la Ley 1386 de 2010, por la cual se prohíbe que las entidades territoriales deleguen, a cualquier título, la administración de los diferentes tributos a particulares y se dictan otras disposiciones’

Si bien antes de la expedición de Ley 1386 de 2010 no había prohibición legal expresa, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷⁶, las potestades propias del cobro coactivo de impuestos no podían ser entregadas a particulares a través de contratos, por razón de la distribución de funciones que se deriva de la Constitución Política, a partir de la cual se concluye que los alcaldes municipales que así lo hicieran desbordaban sus competencias en asuntos tributarios– delimitadas por los artículos 6⁷⁷, 313 y 315 CP- en aquellas contrataciones en las que asignaran la función administrativa referida al ejercicio de la jurisdicción coactiva, aun tratándose de contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la mencionada Ley” (se destaca).

Bajo el anterior contexto, la Sala advierte que el contrato de prestación de servicios No. 109 de 2010 adolece de nulidad absoluta porque fue celebrado con objeto ilícito, como pasa a exponerse.

Al efecto, cabe empezar por señalar que dicho contrato se celebró en abril de 2010 (hecho probado 6.4.), mientras que la Ley 1386 de 2010 se expidió en mayo del mismo año, es decir, que para el momento de la celebración del contrato la aludida normatividad no se encontraba vigente, de ahí que no se analice el asunto *sub judice* bajo la causal de nulidad establecida en el numeral segundo del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 relativa a la celebración de contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, pues dicha causal presupone la existencia de una norma imperativa vigente al momento de la celebración del contrato, circunstancia que en el caso concreto no se configura.

Ahora bien, el contrato tuvo como objeto (hecho probado 6.4.) la prestación de servicios especializados para la modernización tecnológica integral de la gobernación del Departamento, con énfasis en el apoyo al proceso de recaudo de la contribución de valorización y, para tal efecto, se pactaron como obligaciones del contratista, entre otras, las siguientes (hecho probado 6.6):

⁷⁶ Sentencia C-224 de 18 de abril de 2013, mediante la cual se declaró la inexecutable del artículo 66 de la Ley 1480 de 2011, contentiva del Estatuto del Consumidor, por razón de la improcedencia del vaciamiento integral de la función administrativa, decisión en la cual se asumió la conformación de la unidad normativa con el aparte del artículo 112 de la Ley 6^a de 1992, también declarado inexecutable, mediante el cual se permitía el ejercicio de la jurisdicción coactiva en materia tributaria, mediante la contratación con abogados.

⁷⁷ Original de la cita: “Artículo 6. C.P. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.



- **Adelantar las gestiones de facturación de contribuciones por valorización** a cada sujeto de recaudo en forma mensual y/o anual durante el plazo establecido en las respectivas resoluciones.
- **Remitir y entregar las facturas de contribuciones por valorización a los sujetos de recaudo en forma oportuna**, antes del vencimiento de cada cuota u obligación.
- **Apoyar en la proyección de las respuestas de los recursos de reposición dentro de los términos de ley** y de las reclamaciones que presenten los sujetos de recaudo de contribuciones por valorización.
- **Realizar los estudios correspondientes a las reclamaciones presentadas**, atendiendo si es del caso las solicitudes efectuadas.
- **Colaborar en la proyección de las correspondientes resoluciones modificadoras para la firma de la administración**, darles la publicidad que corresponda, hacerlas conocer de los interesados o reclamantes e inscribirlas en la oficina de instrumentos públicos cuando sea del caso.
- Actualizar las bases de datos cada vez que se produzcan modificaciones en las contribuciones por valorización.
- Enviar notificaciones persuasivas a los contribuyentes que se atrasen en los pagos de las cuotas periódicas asignadas.
- Informar a la administración sobre los contribuyentes que no atendieron las notificaciones persuasivas para que esta autorice el Inicio del proceso de cobro por jurisdicción coactiva, **preparar toda la documentación requerida para el cobro coactivo y proyectar los respectivos actos administrativos, creando los respectivos expedientes.**

La Sala reconoce que la instrumentalización del procedimiento administrativo y la elaboración de documentos pueden encomendarse a particulares, en el entendido de que la Administración puede apoyarse en ellos para la preparación de decisiones



relacionadas con la expedición de actos administrativos o la resolución de recursos. Ello es admisible siempre que la entidad conserve, en todo momento, la regulación, dirección, control y vigilancia sobre la función administrativa. Sin embargo, dicha condición se desvirtúa cuando el contratista asume competencias propias de la entidad, tales como determinar la oportunidad de los cobros, liquidar los tributos, definir los sujetos pasivos de las obligaciones fiscales o, en general, cuando la entidad no reserva de manera clara y efectiva el poder decisorio sobre las actuaciones proyectadas; circunstancia que no se subsana con la simple previsión contractual de supervisión o control.

Por lo anterior, corresponde al juez examinar el contrato, su objeto y las obligaciones estipuladas, con el fin de determinar si, en cada caso, la labor contratada se limita a un apoyo operativo o si, por el contrario, implica la delegación de actividades propias de la función administrativa, como la expedición de actos administrativos, la investigación de bienes, la liquidación de tributos o la realización de actuaciones preparatorias del cobro coactivo.

En el caso concreto, del análisis de las tareas asignadas al contratista, la Sala advierte que estas excedieron el ámbito permitido de apoyo, pues se produjo una verdadera transferencia de funciones de liquidación y fiscalización, que corresponden única y exclusivamente a la entidad. Bajo el rótulo de actividades de *“modernización tecnológica del proceso de recaudo de la contribución de valorización”*, el contrato terminó habilitando al contratista para ejecutar funciones propias de la administración tributaria, como liquidar el gravamen y adelantar propiamente actuaciones para el cobro coactivo. Esta conclusión se refuerza por el hecho de que la remuneración del contratista se condicionó al recaudo efectivo de la contribución, lo que revela la verdadera intención contractual: delegar en cabeza del contratista actividades sustanciales del proceso de determinación y cobro de tributos, bajo un esquema en el cual la contraprestación de aquel aumentaba en la medida en que lo hacía el recaudo.

Dichas funciones, por su propia naturaleza, se encuentran reservadas a la administración tributaria territorial y, en tal virtud, son indelegables. Ello era así incluso antes de la expedición de la Ley 1386 de 2010, frente a lo cual esta



Corporación⁷⁸ manifestó de manera reiterada que los contratos estatales mediante los cuales se trasladaran a particulares competencias relacionadas con la administración, fiscalización, liquidación o cobro de tributos adolecían de nulidad absoluta por objeto ilícito, al implicar una vulneración directa de la cláusula de indisponibilidad de las potestades públicas.

En este punto, conviene resaltar que la nulidad absoluta afecta directamente la validez misma del negocio jurídico. En tal sentido, si el contrato se celebra con objeto ilícito, el vicio es originario e insaneable -salvo por prescripción extintiva-, lo que significa que no puede ser enmendado ni purgado mediante estipulaciones o modificaciones posteriores, pues estas carecen de la virtualidad de convalidar un negocio jurídico que nació viciado.

En el caso concreto, llama la atención de la Sala que en las modificaciones contractuales No. 001 y 002 (hechos probados 6.13. y 6.16.) se hubiera dejado constancia de la necesidad de ajustar cláusulas que constituían el núcleo esencial del negocio jurídico -particularmente el objeto contractual y las obligaciones del contratista- con el fin de evitar contrariar lo dispuesto en la Ley 1386 de 2010. Dichas modificaciones, lejos de subsanar cualquier falencia, dan cuenta de los vicios de los que adolecía desde un comienzo el contrato, vicios que las partes intentaron encubrir a través de las diferentes modificaciones contractuales.

Muestra de ello es que, incluso con posterioridad a las modificaciones contractuales, la contratante le solicitó al contratista adelantar las gestiones de facturación a los distintos contribuyentes del tributo de valorización en el Departamento del Magdalena. En efecto, en el plenario reposa el oficio No. 441 del **28 de diciembre de 2011** (hecho probado 6.19.) en el que el Gobernador del departamento del Magdalena, en virtud del contrato, le solicitó al representante legal de Ada S.A. *“el inicio de las gestiones de facturación a los distintos contribuyentes del tributo de valorización en el Departamento del Magdalena, en cumplimiento de la cláusula tercera, numerales 14 y 15 del Contrato No. 109 del 5 de abril de 2010”*. Ese documento da cuenta de la voluntad real de las partes en el sentido de delegar en un particular la ejecución de una función tributaria esencial, confirmando así la

⁷⁸ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. No. de radicación: 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2012. No. de radicación: 23001-23-31-000-1998-08976-01 (26140); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 13 de mayo de 2015. No. de radicación: 76001-23-31-000-1999-00306-01 (29200).



ilicitud del objeto contractual.

Ahora bien, en el *sub examine* es evidente que el término de prescripción extintiva de diez (10) años dispuesto en el artículo 2532 del C.C., modificado por el artículo 6 de la Ley 791 de 2002 -norma vigente para el momento en que se celebró el contrato- no había transcurrido, pues el contrato se suscribió el 5 de abril de 2010 y la demanda se interpuso el 15 de diciembre de 2017⁷⁹.

En consecuencia, habiéndose establecido la nulidad absoluta del contrato celebrado entre las partes por objeto ilícito y teniendo en cuenta que en el caso concreto aquella no se encuentra saneada por prescripción, la Sala procederá a declararla de oficio, de conformidad con el deber-facultad consagrado en los artículos 45 de la Ley 80 de 1993, 1742 del Código Civil y 141 del CPACA.

7.2. Restituciones mutuas como consecuencia de la nulidad absoluta del contrato

La declaratoria de nulidad absoluta de un contrato, o de una de sus cláusulas cuando quiera que el vicio recaiga solamente sobre alguna de ellas, genera como efectos: **(i)** su desaparición del mundo jurídico; **(ii)** la extinción de todas las obligaciones derivadas del mismo; y **(iii)** retrotrae la situación de las partes al estado en que se encontraban, como si el contrato o la cláusula no hubieran existido⁸⁰.

A su turno, de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993:

“La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público” (subraya la Sala).

En este orden, en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, cuando se declara la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita el ejecutante o prestador del objeto

⁷⁹ Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 del CGP que dispone que *“[l]a presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción”*. Al respecto ver, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2022. Radicado: 66001-23-33-000-2017-00373-01 (65134).

⁸⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 15 de diciembre de 2017. Rad.: 50.045.



contractual tiene derecho a ser restituido por el valor equivalente a las prestaciones ejecutadas, siempre y cuando se encuentre demostrado que la entidad se ha beneficiado con éstas para la satisfacción de un interés público⁸¹, restituciones que, no obstante, no proceden en todos los casos como lo ha indicado esta Corporación, por ejemplo, en aquellos en los que resulta materialmente imposible efectuarlas⁸².

Como ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corporación⁸³, del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 se deriva la necesidad de que las prestaciones ejecutadas y no reconocidas al momento de declarar la nulidad absoluta sea acreditada en dos aspectos: cualitativo, vale decir, que haya significado un beneficio representado en la satisfacción de un interés público⁸⁴; y otro cuantitativo, en tanto la declaración de restituir lo ejecutado debe ir hasta el monto efectivamente demostrado.

En el presente caso, la Sala concluye que no existe prueba que conduzca a reconocer restitución alguna en favor de las partes, como pasa a exponerse.

Al efecto, se encuentra acreditado que, a partir del 28 de diciembre de 2011, el Departamento autorizó el inicio de las gestiones de facturación para adelantar el cobro de la contribución de valorización. Sin embargo, no obran en el expediente elementos de prueba que demuestren la existencia de prestaciones ejecutadas con posterioridad a dicha fecha que no hubieren sido reconocidas -y que, por tanto,

⁸¹ Sobre el particular, esta Subsección ha señalado de modo reiterado y uniforme que la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, retrotrae la situación al estado en que se encontrarían las partes como si el contrato no hubiera existido, lo que en principio daría lugar a las restituciones mutuas, precisando que "(a) respecto el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido. Sin embargo, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícito es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público, pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 15 de diciembre de 2017, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01419-01(55102); Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de febrero de 2019. Rad.: 61720.

⁸² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2006. Rad.: No. 13414; Sección Tercera, Sentencia del 6 de febrero de 2019. Rad.: 61720.

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, Sentencia del 31 de agosto 2020, radicación:250002326000201000277-01(48242)

⁸⁴ "... en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final. // Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción. // En conclusión, declarada la nulidad del contrato habrá lugar a las restituciones mutuas, aunque, por supuesto, cuando nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas." (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 9 de febrero de 2017. Rad. 85001-23-33-000-2013-00221-01(52805), reiterada en sentencia del 23 de octubre de 2017. Rad. 73001-23-33-000-2013-00468-01(53477)).



habiliten el reconocimiento de restituciones mutuas-. Lo anterior cobra relevancia si se tiene en cuenta que en la demanda se afirmó que, por las actividades desarrolladas desde ese momento, el contratista recibió como contraprestación la suma de \$864'891.437, circunstancia de la cual se infiere que cumplió con la labor encomendada y que la entidad le remuneró las obligaciones a su cargo mediante la correspondiente contraprestación.

De otro lado, y con relación al periodo anterior al 28 de diciembre de 2011, en el plenario quedó demostrado que no existió recaudo alguno por concepto de contribución por valorización -aspecto frente al cual versó en estricto sentido el contrato-, pues el Gobernador del Departamento tan solo autorizó su facturación para el cobro a partir de esa fecha, de ahí que, a juicio de la Sala, no resulte procedente reconocer suma alguna a título de restitución a favor del contratista, toda vez que, durante dicho período, al no haberse realizado el recaudo del tributo, no se generó beneficio alguno para el interés general, por lo que no se satisface el requisito cualitativo exigido para la procedencia de la restitución.

Además de lo anterior, conviene señalar que en el contrato se pactó que la remuneración del contratista (hecho probado 6.8.) consistiría en el 7% sobre el valor efectivamente recaudado de la contribución de valorización, más un 10% adicional sobre el valor del recaudo de las facturas morosas. En ese orden de ideas, desde la celebración del contrato e, incluso, desde el mismo pliego de condiciones (hecho probado 6.3.), la parte actora era plenamente consciente de que cualquier contraprestación a su favor se encontraba condicionada a la existencia real y efectiva del recaudo del gravamen.

En otras palabras, no resulta procedente afirmar que durante el periodo comprendido entre el 28 de abril de 2010 y el 28 de diciembre de 2011 cualquier actividad desarrollada por el contratista conlleve a reconocer algún tipo de restitución, pues el esquema de remuneración -como contraprestación- fue definido por las partes sobre la base exclusiva del recaudo efectivo, y no sobre el simple cumplimiento de gestiones preliminares o preparatorias.

Finalmente, la Sala advierte que, si bien en la cláusula segunda del contrato se estableció que *“[t]odos los servidores, incluyendo las licencias de los sistemas de información, sistemas operativos, bases de datos y las soluciones de*



almacenamiento (hardware y software) de los ambientes de producción y pruebas que se utilicen, pasarán a ser propiedad de EL CONTRATANTE al finalizar el contrato”, lo cierto es que en el expediente no se encuentra acreditado cuales fueron los servidores utilizados, ni mucho menos que estos hubiesen sido transferidos al Departamento. Esta circunstancia constituye una razón adicional para concluir que no hay lugar a restitución alguna a favor del contratista, en tanto no se probó que la entidad se hubiera beneficiado con ello.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del 21 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar declarar, de oficio, la nulidad absoluta del contrato No. 109 de 2010 sin lugar a restituciones mutuas, en atención a las consideraciones previamente expuestas.

8. La condena en costas en segunda instancia

De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA⁸⁵ *-adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021-* y en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del CGP⁸⁶, procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

Bajo este entendido, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, pues interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y, aunque la sentencia del a quo habrá de ser revocada- cierto es que aquel no prosperó, y su liquidación la hará de manera concentrada el *a quo*, en los términos de los artículos 365.8 y 366 del CGP. Para tal efecto, el Tribunal deberá tener en cuenta que en esta instancia no se fijarán agencias en derecho, dado que la parte demandante no intervino en segunda instancia⁸⁷, de tal manera que aquellas no se entienden causadas.

⁸⁵ “Artículo 188. Condena en costas [adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021]. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.

⁸⁶ “Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 5 de marzo de 2021. Radicado 17001233300020120017601 (51034).



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

RESUELVE

REVOCAR la sentencia del 21 de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar disponer:

PRIMERO: DECLARAR, de oficio, la nulidad absoluta del contrato de prestación de servicios No. 109 de 2010 celebrado entre el Departamento del Magdalena y Ada S.A., sin lugar a restituciones mutuas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 365.8 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, en firme la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente de este proceso al Tribunal de origen para lo de su cargo y, acto seguido, **FINALIZAR** y **ARCHIVAR** esta actuación en la plataforma tecnológica SAMAI del Consejo de Estado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Consejera de Estado

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero de Estado