

LAUDO ARBITRAL

Santa Marta, D.T.C.H., (15) de Noviembre de 2019

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre **GEYCOM - GESTION Y CONSULTORIA LTDA** - Por un lado, y el **DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA**, por el otro lado, profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en las Leyes 1563 de 2012, 1564 de 2012 y el Decreto 1829 de 2013, en armonía con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo con lo cual decide las desavenencias planteadas en la demanda, su adición, la contestación de la demanda, y en las correspondientes réplicas.

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES

1. PARTES

PARTE CONVOCANTE:

En este trámite arbitral, la parte Convocante está compuesta por la sociedad **GEYCOM - GESTION Y CONSULTORIA LTDA** conforme al certificado de existencia y representación legal o inscripción de documentos expedido por la Cámara de Comercio de Santa Marta, debidamente representada por apoderado judicial el Doctor **FREDDY JOSÉ GUZMÁN CORREA** identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.128.552 expedida en Barranquilla y T.P. No. 45.137 del C. S. de la J. (folios 2 a 14 y de folio 55 a 57 tomo 1)

PARTE CONVOCADA:

En el presente trámite arbitral, la parte Convocada es el **DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA**, debidamente representada por apoderado judicial el Doctor **HUMBERTO CARLOS IZQUIERDO SAAVEDRA** identificado con Cedula de Ciudadanía No. 1.010.185.631 de Bogotá y T. P. No. 218.251 del C. S. de la J. (folios 194 a 196, Tomo 1).

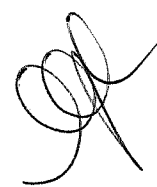
MINISTERIO PÚBLICO:

En este trámite arbitral, el Ministerio Público es la doctora **EVELSY ESTRELLA EBRATH EMILIANI**, identificada con Cedula de Ciudadanía No. 22.447.496 de Barranquilla y Tarjeta Profesional No. 64.334 del C.S. de la J. quien funge como Procuradora judicial No. 155 asuntos Administrativos - Agente del Ministerio Público. (Folio 103 a 110 y 184 del Tomo 1)

2. PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral en virtud del cual se presenta esta demanda se encuentra previsto en la cláusula compromisoria acordada en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de cobros persuasivos y jurisdicción coactiva, de los créditos causados a favor del contratante del Fondo Distrital de Pensiones en Liquidación de Santa Marta por concepto de cuotas partes pensionales suscrito el 6 de octubre de 2005 entre la **GEYCOM - GESTION Y CONSULTORIA LTDA** y el **DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA**. En efecto, la Cláusula Vigésima del mencionado Contrato de Prestación de servicios establece lo siguiente:

"CLAUSULA COMPROMISORIA: las diferencias que surjan entre las partes con relación a la interpretación, desarrollo y/o ejecución de este contrato, se resolverán de manera directa. Si pasados diez (10) días de manifestada por escrito la diferencia sin haberse logrado acuerdo, se



convocará a un Tribunal de arbitramento, que funcionará de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 o las normas que rijan para la ocasión. El Tribunal funcionará en el Municipio de Santa Marta". (Folios 269 Tomo 1).

En estas condiciones, las partes previeron en el pacto arbitral.

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL, DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal de Arbitraje se desarrolló de la siguiente manera:

La Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena mediante oficio de fecha 19 de octubre de 2015 recibió por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá, expediente administrativo No. 41578 mediante el cual fue llevado a cabo proceso administrativo bajo la acción de controversias contractuales por parte de la sociedad **GEYCOM - GESTION Y CONSULTORIA LTDA** contra **EL DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA** bajo radicado 2010-002 ante el Tribunal Administrativo del Magdalena. Dicha autoridad cumplió lo decidido por el Consejo de Estado en fecha 23 de septiembre de 2015, que revocó la sentencia de primera instancia declarando la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, ordenando remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá como en efecto se hizo. (folio 15 a 28 Tomo 1).

Siendo así las cosas, la Directora del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta, Dra. Bibiana M. Ovalle de Andreis, mediante oficio de fecha 30 de octubre de 2015, radicado bajo el número ARCSMRS-2684 comunicó a la sociedad convocante el trámite explicado en líneas anteriores, advirtiendo lo establecido dentro del artículo 3 del Decreto 1829 de 2013 que se refiere a los gastos iniciales, dónde y cómo debe pagarlos así como la cuantía de la demanda. (folio 30 y 31 del Tomo 1)



La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue informada sobre el trámite a través de su buzón electrónico y según acuse de recibo allegado al Centro De Conciliación Y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena. (Folios 46 a 47 Tomo 1).

Luego, bajo el radicado ARCSMRS-4586 de fecha 20 de junio de 2016, la Dra. Bibiana Ovalle de Andreis envió a las partes y a la coordinación ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, invitación formal con el propósito de que el día 29 de junio de 2016 a las 9:00 a.m., se acercarán a las instalaciones del centro a fin de realizar la designación de común acuerdo de los árbitros que llevarán el trámite del asunto. (folio 48 a 51 Tomo 1).

Mas tarde, llegado el día enunciado en líneas anteriores, esto es, el 29 de junio de 2019 el representante legal de la sociedad convocante **GEYCOM - GESTION Y CONSULTORIA LTDA**, radicó ante el Departamento de Correspondencia de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena bajo el radicado RCSMRE-6325, solicitud de aplazamiento de la diligencia programada en virtud de que el apoderado de la sociedad se encontraba para esa fecha atendiendo diligencias judiciales en la ciudad de Barranquilla impidiéndole asistir a la designación de árbitros. (folio 54 Tomo 1). Luego ese mismo día la Doctora Bibiana Orlando Gómez, quien fungía como procuradora 155 Judicial II para asuntos administrativos vía correo electrónico presentó excusa formal por no haber asistido a la invitación del 29 de junio de 2016, dado a que se encontraba en audiencia de conciliación programada para esa misma calenda. (folio 59 y 60 Tomo 1).

En atención a que los citados a la diligencia no hicieron presencia a la referida audiencia, la plurimentada Directora del centro atendiendo lo requerido por el representante legal de **GEYCOM - GESTION Y CONSULTORIA LTDA** y fijó como nueva fecha el día 15 de julio de 2016 a las 9:00 a.m., enviando comunicaciones a las partes y al Ministerio Público en fecha 7 de julio de 2016 bajo el radicado ARCSMRS-4707. (folio 58 a 66 Tomo 1). Sin embargo, en fecha 14 de julio de 2016 nuevamente el representante legal de **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDAL** solicitó aplazamiento como quiera que su abogado tenía programada ante el



Consejo de estado audiencia de conciliación dentro del proceso que se sigue por Ibericaribe S.A.S contra Departamento del Atlántico radicado 2012-2090-1 y en el cual él funge como apoderado. (folio 68 a 71 Tomo 1).

El día 15 de julio de 2016 a la hora fijada para la diligencia de designación de árbitros, ninguna de las personas invitadas asistió a la reunión por lo que la Directora del centro cerró la diligencia y levantó el acta correspondiente, comunicando mediante oficios de fecha 18 de julio de 2016 a las partes y al Ministerio Público para que aportaran la nueva dirección judicial del Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta. (folio 72 a 75 del Tomo 1).

En vista de lo anterior la sociedad convocante decidió allegar mediante escrito de fecha 1 de agosto de 2016 radicado bajo el número ARCSMRE-6718, acuerdo No. 007 del 11 de junio de 2015 mediante el cual se autorizaba al Alcalde Distrital a concurrir a la supresión y posterior liquidación del Fondo Cuenta. Más tarde el mismo servidor, adicionó dicho escrito solicitando notificar a la Alcaldía Distrital de Santa Marta. (folio 76 a 80 Tomo 1).

La mentada Directora del centro, mediante oficio de fecha 8 de agosto de 2016 bajo el radicado ARCMRS-5038 comunicó nuevamente a las partes y al Ministerio Público la fecha fijada para el 16 de agosto de 2016 a las 3:00 p.m. a fin de lograr efectuar la designación de los árbitros de común acuerdo. (folio 81 a 85 Tomo 1). Llegado el día de la diligencia y habiendo asistido las partes y el Ministerio Público, se puso de presente la comunicación arrimada por la sociedad convocante, acuerdo No. 007 del 11 de junio de 2015, elevándose por el señor Alberto Bustamante solicitud de aplazar nuevamente la diligencia con el objeto de que la convocada estudiara lo arrimado por ellos a este asunto. La Directora del Centro accedió a lo peticionado y fijó nueva fecha para el día 7 de septiembre de 2016 a las 3:00pm a fin de lograr la designación de los árbitros. (folio 103 y 104 Tomo 1).

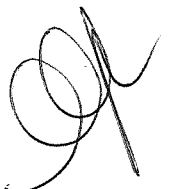
Llegado el día antes indicado, esto es, 7 de septiembre de 2016, asistieron los doctores, Alberto Bustamante y Freddy Guzmán en representación de



GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA, Carlos Quintero Daza como apoderado de la parte convocada y la doctora Evelsy Estrella Ebrath Emiliani como Agente del Ministerio Público. En la intervención que efectuó el apoderado del **DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA** se sostuvo que su mandante no es parte del contrato objeto del trámite arbitral, ni tampoco asumió por vía legal ni contractual la posición del Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta hoy Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta, puesto que no existió subrogación expresa que así lo determine. Por lo anterior, y dado a que no se logró de común acuerdo la designación de algún árbitro, se levantó el acta y se firmó por quienes en ella intervinieron. (folio 106 a 110 Tomo 1).

A colofón de lo anterior y por comunicación dirigida al representante legal de **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA**, la Doctora Bibiana Ovalle de Andreis, informó que se debía solicitar ante el Juez Civil del Circuito de esta ciudad la designación de los árbitros (folio 135 y 136 Tomo 1), por lo que en fecha 21 de junio de 2017 bajo el radicado ARCSMRE-10987 se recepcionó en el Departamento de Correspondencia de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena el oficio No. 1801 expedido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Santa Marta de fecha 20 de junio de 2017, en el que puso de conocimiento la necesidad de obtener la lista de árbitros del Centro De Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara De Comercio De Santa Marta. (folio 137 Tomo 1). Tal listado fue allegado al Juez de Conocimiento en fecha 4 de julio de 2017 bajo el radicado interno número ARCSMRS-7855 (folio 138 Tomo 1).

Más tarde en fecha 2 de marzo del año 2018 bajo radicado interno ARCMRE-14213, se informó a la Directora del centro que el Juzgado precitado, había designado a los señores Marcos Rosado Garrido, Rodrigo Oñate y Juan Carlos Expósito Vélez como árbitros dentro del proceso de marra (folio 139 Tomo 1), por lo que funcionaria procedió a suministrar los datos necesarios de los árbitros nombrados a fin de enviar las notificaciones pertinentes. (folio 140 Tomo 2).

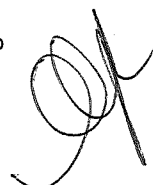


Mediante auto de fecha 18 de abril de 2018 el Juzgado Tercero Civil Circuito de Santa Marta radicó ante el Departamento de Correspondencia de la Cámara de Comercio de Santa Marta, decisión en la que acepta la excusa del doctor Juan Carlos Expósito, nombrando como su reemplazo al doctor Omar Avendaño Calvo quien por comunicación de fecha 7 de junio de 2018 aceptó el cargo designado (folio 144 Tomo 1). De otro lado, el árbitro suplente, Dr. Ricardo Ignacio Hoyos Duque también declinó a la designación, nombrándose por parte del Juez civil al togado Camilo Calderón Rivera, por lo que la Directora del centro mediante oficio de fecha 30 de abril de 2018 y bajo el radicado interno ARCSMRS-10040 remitió los datos necesarios para efectuar las notificaciones de los árbitros designados. (folio 141 Tomo 1).

No obstante, en providencia calenda 28 de agosto de 2018 el Juzgado Tercero Civil Circuito aceptó la excusa arrimada por el doctor Camilo Calderón Rivera como árbitro suplente y en consecuencia nombró a la doctora Omaira Mercedes Manjarrez Palacio, allegándose por parte de la delegada por la Directora del Centro, Dra. María José Vargas González los datos para su notificación. (folio 145 y 146 Tomo 1).

Finalmente, mediante auto calenda 14 de noviembre de 2018 el Juzgado tuvo por satisfecho el objeto del presente asunto, como quiera que las partes guardaron silencio respecto a las designaciones efectuadas por el Despacho conformando la terna así. Como principales los doctores Marcos Rosado Rafael Garrido, Rodrigo Oñate Villa y Omar Avendaño Calvo y como suplentes Francisco Javier Martínez Ariza, Juan Alberto Polo Figueroa y Omaira Mercedes Calderón Palacio. (folio 147 Tomo 1).

Bajo el radicado interno CCSMS-1324 de fecha 4 de diciembre de 2018, la Directora del centro comunicó a los designados como árbitros la decisión del Juez Tercero Civil del Circuito otorgándoles el termino de cinco (5) días para cumplir con lo dispuesto dentro del artículo 15 de la ley 1563 de 2012. Más adelante, en fechas 6 de diciembre de 2018 y 7 de diciembre de 2018 bajo los radicados CCSME-2739 y CCSME-2792 respectivamente, los Doctores Marco Rosado Garrido y Rodrigo Oñate Villa arrimaron a este



Tribunal la aceptación expresa al cargo como árbitros. (folio 151 a 157 Tomo 1).

Mediante comunicación de fecha 13 de diciembre de 2018 radicada bajo el numero interno CCSMS-1494, la Directora del centro, comunicó a las partes del proceso la aceptación de los árbitros designados por parte del Juzgado Tercero Civil Circuito de Santa Marta, las cuales fueron recibidas en sus dependencias. (folios 158 a 171 Tomo 1). Acto seguido en fecha 26 de diciembre de 2018 bajo el radicado interno CCSMS-1605 la Directora del centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena comunicó a las partes del proceso, al Ministerio público y a los árbitros, la audiencia de instalación del presente Tribunal fijada para el día 22 de enero de 2019 a las 4:00 p.m., las cuales fueron recibidas en sus dependencias. (folios 172 a 179 Tomo 1).

En fecha 22 de enero de 2019 fue realizada la diligencia de instalación del Tribunal en comento, asistieron las partes que fueron citadas con sus respectivos apoderados, así como los árbitros designados, quienes luego de estudiar la solicitud consideraron que se cumplían los requisitos para declarar legalmente instalado el Tribunal. Se designó como presidente al doctor Omar Avendaño Calvo y como secretaria a la Doctora Claudia Patricia Gómez Martínez, se levantó el acta correspondiente y se firmó por quienes en ella intervinieron. (folio 194 a 197 Tomo 1).

Mediante comunicación de fecha 23 de enero de 2019 y cuyo radicado interno pertenece al CCSMS19-190, la Directora del Centro informó a la Doctora Claudia Patricia Gómez Martínez la designación efectuada en la audiencia de instalación del Tribunal, con el objeto de que se pronunciara respecto a su designación como secretaria del mismo, a lo que la profesional del derecho contestó aceptando mediante escrito de fecha 24 de enero de 2019 radicado en su dependencia bajo el número CCSME19-313. (folios 198 a 200 Tomo 1).

Luego mediante memorial aportado en calenda 1 de febrero de 2019 bajo el radicado interno CCSME19-465 el árbitro Rodrigo Oñate Villa presentó renuncia irrevocable a su cargo debido a que por motivos personales no



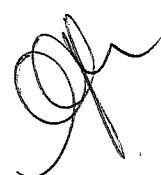
podría estar de forma permanente en la ciudad lo que le podría traer las consecuencias establecidas dentro del artículo 34 de la ley 1563 de 2012. (folio 201 Tomo 1). En consecuencia, mediante oficio de fecha 4 de febrero de 2019 cuyo radicado interno pertenece al CCSMS19-230 el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta comunicó al Dr. Francisco Martínez Ariza su designación como árbitro principal en atención a la renuncia del Dr. Rodrigo Oñate Villa. Al respecto el doctor en mención aceptó el cargo y así lo informó a la Directora del centro quien a su vez informó a las partes y al Ministerio Público. (206 a 211 Tomo 1).

Ahora bien, la demanda inicial fue presentada junto con todos sus anexos el día 22 de octubre de 2015 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena (folios 1 a 29 Tomo 1, folios 1 a 571 Tomo 3). En fecha 26 de marzo del 2019 se llevó a cabo audiencia en la cual el Tribunal decidió inadmitir la presente demanda arbitral, otorgándole al convocante el termino de diez (10) días para subsanar los defectos declarados por los árbitros. Dicha decisión fue notificada a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la ley 1563 de 2012. (folios 212 a 218 Tomo 1).

El 9 de abril de 2019 ante el Departamento de Correspondencia de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena, fue radicado bajo el número interno CCSME19-2385 escrito acompañado de dos discos compactos (uno para la demanda y otro para traslado) que contienen la subsanación de la demanda y que indicó sustituir íntegramente la que fue ordenada subsanar. (folios 219 a 294 Tomo 1).

El 11 de abril de 2019 bajo el radicado No. CCSME19-2467, el apoderado de la parte convocante adicionó la subsanación advirtiendo nuevamente que con este libelo se sustituía íntegramente la que fuere ordenada subsanar, tal escrito fue acompañado de dos discos compactos uno para la demanda y otro para traslado y demás anexos. (folios 296 a 380 Tomo 1).

Por haber arrimado dentro del término legal la subsanación de la solicitud, el Tribunal mediante auto No. 3 de fecha 24 de abril de 2019 admitió la



demanda arbitral ordenando la notificación a la parte convocada, esto es, Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y al Ministerio Público. (folios 385 y 386 Tomo 1). Luego de notificar a los precitados sujetos procesales vía correo electrónico y personalmente (folios 387 a 394 Tomo 1), el Doctor Humberto Carlos Izquierdo Saavedra por correo electrónico dirigido a la secretaria del Tribunal petitionó a sus costas, el envío de copia íntegra del expediente judicial que cursó ante la jurisdicción contencioso administrativa de forma previa a su remisión por competencia al Centro de Arbitraje y conciliación procediéndose de conformidad a lo requerido (folios 395 a 399 Tomo 1).

El día 24 de mayo de 2019 el Ministerio Público presentó escrito en el que propuso excepciones de mérito y solicitud de decreto de pruebas documentales e interrogatorio de parte bajo el radicado CCSMRE19-3258. (folio 401 a 411 Tomo 2). Más tarde el apoderado de la parte demandada Dr. Izquierdo Saavedra, radicó ante el Departamento de Correspondencia de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena en fecha 28 de mayo de 2019 bajo el radicado CCSME19-3297, escrito que comprendía la contestación de la demanda, así como sus excepciones de orden procesal y contractual. (folios 412 a 645 Tomo 2). Arrimado esto, la suscrita secretaria efectuó traslado conjunto de la contestación de la reforma de la demanda presentada por la convocada y el Ministerio Público en fecha 29 de mayo de 2019. (folio 646 a 649 Tomo 2).

Luego, bajo radicado interno CCSME19-3429 de fecha 6 de junio de 2019 la sociedad convocante **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA** allegó a este Tribunal escritos por medio de los cuales, de forma separada, describe las excepciones propuestas tanto por el Distrito de Santa Marta, así como por el Ministerio Público (folios 650 a 669 Tomo 2).

El 7 de junio de 2019 el Tribunal arbitral mediante auto No. 4 decidió que por encontrarse constituidos los requisitos contemplados dentro del artículo 24 de la ley 1563 de 2012, fijó fecha para celebrar audiencia de conciliación el día 14 de junio del año 2019 a las 3:00 pm notificándose la providencia a las partes de manera electrónica por la secretaria del Tribunal. (folios 670 a 676 Tomo 2).



En escrito presentado en calenda 12 de junio de 2019 bajo radicado interno CCSME19-3543 el apoderado judicial de la parte convocante solicitó el retiro del escrito de fecha 11 de abril de 2019 en el que corregía el acápite de pretensiones en cuanto a la fecha desde la cual se debieron haber liquidado los intereses. (folio 677 Tomo 2).

La audiencia de conciliación se llevó a cabo el día 14 de junio de 2019, en esta oportunidad, el Presidente expuso a las partes el objeto y alcances de la diligencia y las invitó a solucionar por la vía directa y amigable las diferencias que han dado lugar a la convocatoria de este Tribunal arbitral. Escuchados los planteamientos de las partes, se estableció la imposibilidad de llegar a una solución conciliatoria en esta etapa procesal, se declaró fracasada la conciliación y se procedió a proferir auto que fijó las sumas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, así como de funcionamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Marta, resolviendo además la solicitud relacionada en el acápite anterior. (folios 672 a 688 Tomo 2). Las sumas decretadas por el Tribunal fueron pagadas en los términos de ley y el Tribunal continuo con el trámite correspondiente.

4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el día 16 de julio de 2019 la cual, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante auto No.10, asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento. De la lectura de las pretensiones de la demanda, de las excepciones de la contestación de la misma, así como de las demás piezas allegadas, resultó evidente que la presente controversia es de carácter netamente patrimonial, versa sobre derechos susceptibles de ser transigidos y se encuentra incluida en el alcance del pacto arbitral.

Adicionalmente, las partes en contienda tienen plena capacidad para transigir.



La conformación de este Tribunal arbitral se ajustó a los términos tanto de la ley como de la cláusula compromisoria. La solicitud de convocatoria fue elevada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Marta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012.

Acto seguido la parte convocada y Ministerio Público interpusieron recursos de reposición con el objeto de que el Tribunal de arbitramento se abstuviera de pronunciarse en el proceso de marras debido a que carencia de competencia para adelantar la litis que en este asunto se pretende tramitar. Sobre lo precedente, el Tribunal por medio del auto No. 11 desató los recursos interpuestos confirmando en todas sus partes lo resuelto en el auto que le antecede. A continuación, mediante auto No. 13 esta Corporación abrió el periodo probatorio, decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y su contestación y las requeridas por el Ministerio Público, así como las solicitadas en las demás oportunidades procesales; Finalmente al interior del auto No. 14 el Tribunal dispuso modificar el auto No. 14 de 16 de julio de 2019 en el sentido de hacer entrega del valor allí consignado al apoderado de la parte convocante Dr. Freddy Guzmán Correa. (Folios 709 a 742 tomo 2).

Ahora bien, el Tribunal recibió los testimonios de los señores JORGE AGUDELO APREZA, JENNER HERNANDEZ CASTILLO, WILBERTO GALVIS SANTOS. La parte convocada desiste de los testimonios de los señores JOSE JOSE GUTIERREZ, JULIO C TORRES Y YESENNIA MENDOZA.

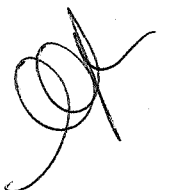
Se decretaron, practicaron y tuvieron como pruebas documentales las relacionadas en el escrito de la convocatoria radicada el día 22 de octubre de 2015 visibles a folios 12 Tomo1, los allegados con el escrito de la subsanación de la demanda aportados el día 9 de abril del 2019 vistos a folios 243 a 294 Tomo 1, los peticionados con los escritos radicados el día 6 de junio del 2019 visibles a folios 658, 659 y 669 Tomo 2, los aportados el 28 de mayo del 2019 con el memorial que contestó la demanda y el cual propuso excepciones legajados a folios 448 a 645 Tomo 2, así como los peticionados por el Ministerio Público visibles a folio 410 del Tomo 2.



El Tribunal ordenó también realizar la exhibición de documentos por parte de la sociedad **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA** así como al señor EDUARDO VARGAS quien funge como custodio del archivo del Fondo cuenta y quienes entregaron lo requerido en distintos momentos procesales (folios 767 a 891 Tomo 2). En virtud de haberse negado la inspección judicial requeridas por la parte convocante y convocada, el Tribunal decretó de oficio a fin de obtener especiales conocimientos técnicos en la materia, que las partes allegaran prueba pericial contable los cuales fueron presentados por el contador ELVI MEJÍA SIMONDS y LUISA BEATRIZ JIMÉNEZ (folios 892 a 953 y 1041 a 1148 Tomo 4) los cuales fueron controvertidos en audiencias de fechas 2 y 17 de septiembre de 2019 respectivamente. (folios 1150 a 1158 y 1164 a 1171 Tomo 4). Es preciso resaltar que, en las respectivas audiencias, los señores peritos respondieron a las preguntas que les formularon los miembros del Tribunal, los apoderados de las partes y el agente del Ministerio Público.

De igual forma la Procuradora 155 judicial II solicitó al Tribunal oficiará al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta para que allegara al proceso copia de los documentos que acrediten los recaudos de parafiscales cobrados por el Fondo de Pensiones del Distrito y posteriormente por el Fondo cuenta en los periodos de vigencia del contrato, las cuales fueron allegadas por el Despacho del Alcalde vía correo electrónico el día 30 de julio de 2019 bajo el radicado interno número CCSME19-4369 (folios 958 a 969 Tomo 4).

Adicionalmente requirió se oficiara al Juzgado Primero Administrativo Oral de Santa Marta para que remitiera al Tribunal Arbitral, certificación en la que se haga constar que sí se efectuaron entregas de sumas de dinero a la convocante dentro del proceso ejecutivo seguido en su despacho bajo el radicado 2009-650 así como copia de la liquidación del crédito y del auto aprobatorio de la misma y la providencia de terminación del referido proceso, tal petición que fue satisfecha el día 16 de agosto de 2019 bajo el radicado interno número CCSME19-4790 y comunicada a las partes vía correo electrónico por la secretaria del Tribunal. (folios 1014 a 1035 Tomo 4).



La parte convocada, esto es, Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta así como el Ministerio Público peticionaron en sus contestaciones, se decretará la práctica de interrogatorio de parte al representante legal de **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA** con el propósito de esclarecer el objeto de la demanda y las excepciones propuestas, dicho interrogatorio se surtió en fecha 13 de agosto de 2019 en las instalaciones del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena. (folios 978 a 982 Tomo 4).

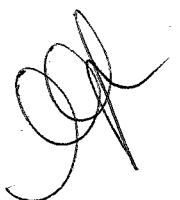
En audiencia de 15 de octubre de 2019, el Tribunal, después de haber practicado todas las pruebas decretadas, por solicitud de las partes, Ministerio Público y de oficio y de haber verificado que no existe vicio ni irregularidad alguna, se declaró cerrada la etapa probatoria, se realizó el control de legalidad del proceso el cual fue aceptado tanto por las partes de la Litis y por el Agente del Ministerio Público, se dejó constancia de que no existían vicios que configuraran nulidades u otras irregularidades, en los términos de los artículos 42 numeral 12 y 132 del Código General del Proceso, dando lugar a la audiencia de alegatos de conclusión (folio 1174 a 1177 Tomo 4).

Los apoderados de las dos partes y el Ministerio Público expusieron oralmente y en forma resumida sus alegaciones y entregaron a la secretaria memoriales que contienen sus versiones escritas (folios 1178 a 1254 Tomo 4). Fijándose para el día 15 de noviembre del 2019 a las 4:00 pm fecha en la cual se llevará a cabo audiencia para proferir el laudo.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

De acuerdo con lo establecido en las cláusulas compromisorias, el término inicial de duración del presente proceso era de seis (6) meses, contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite finalizó el 16 de julio de 2019.



El término de seis (6) meses de duración del trámite arbitral dispuesto en la ley, vence el 16 de enero de 2020.

El término que ha trascurrido en el proceso es de tres (3) meses y treinta (30) días.

Los apoderados de las partes y el Agente del Ministerio Público manifestaron estar de acuerdo con la contabilización del término que se hace en este acápite.

EL CAPÍTULO SEGUNDO

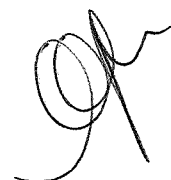
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

*“4.1 Se declare que el **Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta**, ahora a cargo de las obligaciones del liquidado **Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del distrito de Santa Marta “En Liquidación”**, por cuenta de lo dispuesto en el art.36 del Decreto 133 de 17 de julio de 2015 y de conformidad con el artículo 32 del Decreto Ley 254 del año 2000, incumplió el contrato suscrito con la sociedad **Gestión y Consultoría Limitada “Geycom Ltda en Liquidación”**, el 6 de octubre de 2005 y prorrogado el 26 de septiembre de 2007, que tenía por objeto la implementación del sistema de cobro de las cuotas pensionales, que diferentes Entidades Publicas le adeudaban al Fondo Distrital de Pensiones Publicas de Santa Marta en Liquidación”*

*4.2 Que, en razón de dicho incumplimiento, el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta debe pagar a **Gestión y Consultoría Limitada “Geycom Ltda”**, los perjuicios materiales que esta sociedad sufrió.*

*4.3. Que, a consecuencia de lo anterior, se condene al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, al pago a la actora, **Gestión y Consultoría Limitada “Geycom Ltda”**, por concepto de perjuicios, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, que se declaran bajo*



juramento estimatorio conforme lo ordenado por el artículo 206 del Código General del Proceso, cuya tasación razonable es la siguiente:

4.3.1 Perjuicios materiales por las siguientes sumas de dinero:

4.3.1.1 Daño Emergente:

Por la suma de DOS MIL NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON DOCE CTVS (\$2.095.534.635.12) equivalentes al 18% de honorarios sobre ONCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHENTA Y TRES PESOS (\$11.641.859.083), por concepto del cumplimiento del objeto del contrato en cuanto a las cuotas pensionales adeudadas por el Departamento del Magdalena.

4.3.1.2 Lucro cesante. –

Por la suma de DOS MIL TRES MILLONES CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (2.003.041.635.00) M/CTE., cantidad debidamente actualizada hasta enero 31 de 2019, con suma de intereses liquidados hasta la mencionada fecha.

Total daño emergente mas lucro cesante: CUATRO MIL NOVENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL PESOS (\$4.098.576.000,00)

- 4.4 Que se condene al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, a pagar los costos del Tribunal y las agencias en derecho.”*

2. HECHOS DE LA DEMANDA

La sociedad Convocante, en la reforma integrada de la demanda arbitral de 9 de abril de 2019, presentó como hechos los siguientes:

“3.1.1 El día 6 de octubre de 2005 se suscribió contrato de prestación de servicios entre Geycom Ltda-mi representada- y el Fondo Distrital de



*Pensiones Públicas de Santa Marta, que paso a ser el Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta "En Liquidación", ahora a cargo del **Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta**, para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de jurisdicción coactiva de los créditos causados a favor del Distrito de Santa Marta por concepto de pago de cuotas partes pensionales. El contrato fue suscrito de conformidad con lo establecido en la ley 80 de 1993.*

3.1.2 El día 26 de septiembre de 2007, el precitado contrato fue prorrogado mediante "otro sí", por un año mas contados a partir del 5 de octubre de 2007, ósea, hasta el 5 de octubre de 2008, en razón de que se encontraba a punto de cumplirse el tiempo inicialmente pactado de (2) años.

3.1.3 Los honorarios por el cumplimiento del contrato se estipularon en la cláusula cuarta del contrato del 6 de octubre de 2005.

3.1.4 La sociedad actora apoyó el proceso de jurisdicción coactiva a través del cual se recaudó e individualizo cartera adeuda por el Departamento del Magdalena en cantidad de DOCE MIL QUINIENTOS ONCE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$12.511.466.668)

3.2.1 Con antelación a la expedición del mandamiento de pago dentro del mencionado proceso de jurisdicción coactiva, se notificó al Departamento del Magdalena la existencia de las cuotas partes pensionales adeudadas, actuación ante la cual dicho ente gubernamental guardó silencio, actitud que mantuvo incluso cuando se le notificó el mandamiento de pago.

3.2.2 A consecuencia de la labor de apoyo Geycom Ltda, se hicieron efectivas medidas cautelares decretadas en el proceso de jurisdicción coactiva, lográndose el embargo de varias cuentas del Departamento por la suma de DOCE MIL CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL PESOS CUATROCIENTOS

VEINTIUN PESOS (\$12.153.565.421), tal como consta en el oficio 0010 de enero 14 de 2008 a través del cual el Banco Popular comunicó al gerente del Fondo Pensional de Santa Marta, la existencia de la cuenta del Departamento y la cantidad depositada que fue bloqueada.

3.2.3 Se informó a la entidad contratante las gestiones descritas en los documentos y resoluciones que se agregan como pruebas, las cuales obran en el expediente que provino del Consejo de Estado.

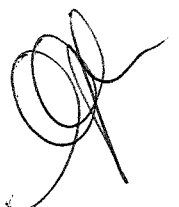
3.2.4 El día 16 de noviembre de 2007, entre el Distrito de Santa Marta, el Fondo y el Departamento del Magdalena, se suscribió Acta de Compromiso para Pago de Cuotas Pensionales.

3.2.5 El 5 de diciembre de 2007, entre la gerente del Fondo cuenta especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta, Yesenia Mendoza Jiménez y el Gobernador del Magdalena, Francisco Infante Vergara, se suscribió el Acuerdo de pago parcial.

3.2.6 El mismo día, 5 de diciembre de 2007, la gerente del Fondo Cuenta Especial dirigió comunicación al Gobernador del Magdalena, la cual fue recibida el 6 del mismo mes y año, en la que, acusando recibo de la propuesta de Acuerdo de pago que aquel hizo sobre la obligación que tenía, negó con argumentos jurídicos precisos la pretendida prescripción de cuotas partes pensionales.

3.2.7 Contra el anterior acuerdo, mi representada discrepó mediante misiva que envió el 5 de diciembre de 2007 a la Gerente del Fondo Cuenta Especial Entidades Descentralizadas en Liquidación.

3.2.8 Habiendo sido citada a audiencia de conciliación obligatoria con el fin de resolver las aspiraciones económicas de la actora, ella fracasó por ausencia de voluntad de las demandadas que acredito con la copia de dicha diligencia.



3.2.9 Es de advertir que a este escenario se llega por decisión de la sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, Sección Tercera, con ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, quien, mediante providencia del 29 de julio de 2015, resolvió revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, declarar la nulidad de lo actuado y remitir el expediente a la Cámara de Comercio para este trámite.”

3. EXCEPCIONES DE LA PARTE DEMANDADA.

Después de oponerse de forma expresa a las pretensiones de la demanda y de advertir que las pretensiones que en este proceso se intentan reclamar ya fueron ventiladas y denegadas a instancias de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo, la convocada formuló las siguientes excepciones procesales y contractuales:

- 1. INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA PRESENTADA POR GEYCOM QUE IMPONE PROFERIR UN LAUDO INHIBITORIO.**
- 2. FALTA DE COMPETENCIA.**
- 3. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.**
- 4. TRANSACCION Y COSA JUZGADA.**
- 5. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL CONTROVERSIAS CONTRACTUALES EN RELACION CON EL CONTRATO.**
- 6. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD POR PASIVA DEL DISTRITO DE SANTA MARTA.**
- 7. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DEL FONDO CUENTA.**
- 8. NULIDAD DEL CONTRATO POR OBJETO ILICITO.**
- 9. NULIDAD DEL CONTRATO O DE LA CLAUSULA CUARTA DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ESENCIALES**



DE CARÁCTER PRESUPUESTAL Y FALTA DE PLANEACIÓN PARA ESTIMAR EL VALOR DE LOS HONORARIOS.

10. **IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN POR EL CARÁCTER ALEATORIO DEL CONTRATO.**
11. **EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE DE GEYCOM CON RESPECTO AL FONDO CUENTA.**
12. **NEGLIGENCIA MANIFIESTA DEL DEMANDANTE EN EL PROCESO DE GRADUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE CREDITOS.**
13. **EXCEPCIÓN GENÉRICA.**

MINISTERIO PUBLICO:

Por su parte el Agente del Ministerio Público en su escrito de fecha 24 de mayo de 2019 formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. **NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO POR OBJETO ILICITO E IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES ECONOMICAS COMO CONSECUENCIA DE LA MISMA.**
 2. **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION -COBRO DE LO NO DEBIDO.**
 3. **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR PASIVA DEL DISTRITO DE SANTA MARTA.**
 4. **OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.**
- 4. JURAMENTO ESTIMATORIO**

Al interior de la demanda subsanada en el acápite de declaraciones y condenas, la sociedad convocante realizó la siguiente estimación de la cuantía, bajo juramento:



“Que, a consecuencia de lo anterior, se condene al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, al pago a la actora, Gestión y Consultoría Limitada “Geycom Ltda”, por concepto de perjuicios, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, que se declaren bajo juramento estimatorio conforme lo ordenado por el artículo 206 del Código General del Proceso, cuya tasación razonable es la siguiente:

4.3.1 Perjuicios materiales por las siguientes sumas de dinero:

4.3.1.1 Daño Emergente:

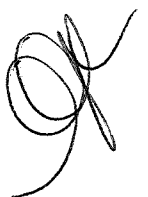
Por la suma de DOS MIL NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON DOCE CTVS (\$2.095.534.635.12) equivalentes al 18% de honorarios sobre ONCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHENTA Y TRES PESOS (\$11.641.859.083), por concepto del cumplimiento del objeto del contrato en cuanto a las cuotas pensionales adeudadas por el Departamento del Magdalena.

4.3.1.2 Lucro cesante. –

Por la suma de DOS MIL TRES MILLONES CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (2.003.041.635.00) M/CTE., cantidad debidamente actualizada hasta enero 31 de 2019, con suma de intereses liquidados hasta la mencionada fecha.

Total daño emergente más lucro cesante: **CUATRO MIL NOVENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL PESOS (\$4.098.5763.000,00)**

4.4 Que se condene al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, a pagar los costos del Tribunal y las agencias en derecho.”



La convocada, por su parte, en la contestación de la demanda objetó el mencionado juramento estimatorio en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, procedo a formular OBJECCIÓN a la estimación de los daños ocasionados contenidos en la demanda, en la medida en que esta no cuenta con los requisitos legales y carece de sustento factico y jurídico. Lo anterior se evidencia en los puntos que se exponen a continuación:

La estimación de los daños excede todos los límites de razonabilidad y carece de sustento técnico y probatorio:

la demandante demuestra tal desprecio por la norma contenida en el artículo 206 del CGP que ni siquiera se refiere a una estimación “razonada” de la cuantía. En ese sentido, señala una serie de valores que agrupa mediante daño emergente y lucro cesante, sin sustentar los exorbitantes valores que aduce en soportes técnicos o contables de ninguna índole. Ello conlleva una vulneración a la norma, por cuanto no hay asomo de razonabilidad en la estimación por parte del honorable Tribunal de semejante exabrupto. La razonabilidad resulta un aspecto fundamental al momento de estimar la cuantía de los perjuicios, pues sin ella, no es posible determinar los motivos y los fundamentos de los perjuicios tasados por la parte demandante, como en efecto ocurre en el presente caso.

Sobre los requisitos que debe cumplir la estimación “razonada” de los perjuicios, mejoras, frutos o compensaciones contenidas en la demanda, la doctrina nacional y en particular el tratadista Miguel Rojas, autor de la citada ley, expresa lo siguiente:

“VI. JURAMENTO ESTIMATORIO

Con miras a evitar la estimación desproporcionada del valor de los perjuicios, mejoras, frutos o compensaciones que se reclaman dentro del proceso, y para facilitar la prueba de tales hechos, la ley de descongestión alteró la regulación del juramento estimatorio, de dos maneras: exigiendo que las partes lo hagan

en toda demanda o solicitud de reconocimiento de tales derechos, y obligando a que sea mas serio y razonable (CPC, art211).

Ciertamente, por un lado, la ley de descongestión obliga al demandante, al demandado o a cualquier que reclame el reconocimiento de tales derechos a que los estime razonablemente en la demanda o solicitud respectiva, lo que implica que explique concretamente como ha calculado el monto reclamado (...)

Realizado debidamente el juramento estimatorio por una de las partes, la otra tiene la posibilidad de objetarlo en el traslado respectivo. La objeción consiste en un cuestionamiento serio y preciso de la estimación realizada por el adversario, de tal modo que el juez pueda observar en qué consiste la inconformidad del objetante. Tan inaceptable es una estimación no razonada como una objeción huérfana de explicación (...)" (subrayas fuera del texto)

Sobre el mismo tema la doctrina nacional señala lo siguiente:

“la modificación que se introduce al art. 211 del C.P.C es de hondo calado, pues de una norma de rara aplicación, se pasa a una regulación que se va a emplear con frecuencia (...)

La norma sin duda busca disciplinar a los abogados, quienes con frecuencia en sus demandandas no vacilan en solicitar de manera precipitada y muchas veces irresponsable, especialmente cuando de indemnización de perjuicios se trata, sumas exageradas, sin base real alguna, que aspiran a demostrar dentro del proceso, pero sin que previamente, como es su deber, traten sobre bases probatorias serias frente al caso en concreto, de ubicarlas en su real dimensión económica, de ahí que en veces, no pocas, de manera aventurada lanza cifras estrambóticas



a sabiendas que están permitidos los fallos mínima petita; en otras ocasiones se limita a dar una suma básica o “lo que se pruebe”, formula con la cual eluden los efectos de aplicación de la regla de la congruencia.

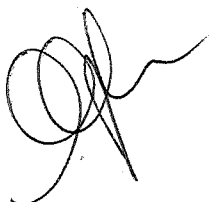
A esa práctica le viene a poner fin esta disposición, porque ahora es deber perentorio en las pretensiones de la demanda por algunos de los rubros citados, señalar razonablemente el monto al cual considera que asciende el perjuicio reclamado, lo que conlleva la necesidad de estudiar responsablemente y de manera previa a la elaboración de la demanda, las bases económicas del daño sufrido de manera tal que si la estimación resulta abiertamente exagerada, que para la norma lo viene a constituir un exceso de más del 30%, se impone la multa equivalente al diez por ciento de la diferencia, advirtiéndose que está aquí otro aspecto de la reforma, pues en la norma modificada el exceso previsto era de más del 50% (...)”

En ese sentido, se evidencia que existe un craso error en la referida estimación, razón por la cual no puede ser tenida en cuenta por el H. Tribunal, en tanto y en cuanto no se encuentra soportado en ninguna actividad técnica, contable ni financiera que pueda soportar sumas estimadas, lo cual determina una clara ausencia de razonabilidad que no evidencia nada distinto que el intento subrepticio de la demandante de disparar perdigones al aire para obtener la mayor indemnización posible, todo lo cual fue precisamente lo que buscó evitar el Legislador mediante la implementación del artículo 206 del CGP.”

CAPÍTULO TERCERO

CONSIDERACIONES

1. ASPECTOS ATINENTES A LA COMPETENCIA.



Tal como se expuso por parte de este Tribunal al momento de asumir competencia mediante Auto No. 10 de 16 de julio de 2019 (folios 709-719 Tomo 2): i.) las partes tienen capacidad para transigir respecto de los derechos en litigio, abriéndose la posibilidad para que el Tribunal de Arbitramento resuelva las diferencias surgidas por razón del Contrato de Prestación de Servicios profesionales para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de jurisdicción coactiva de los créditos causados a favor del Distrito de Santa Marta por concepto de pago de cuotas partes pensionales celebrado la Sociedad **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA** y el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta, que pasó a ser el Fondo Cuenta Especial de Entidades Descentralizadas en Liquidación del Distrito de Santa Marta “En Liquidación”, suscrito el 6 de octubre de 2005, así como el otro sí modificatorio suscrito por las mismas partes en calenda 26 de septiembre de 2007 , y ii.) la controversia planteada por las partes en la demanda arbitral así como su contestación, son de naturaleza patrimonial o económica, y iii.) el Tribunal puede pronunciarse sobre la validez del contrato, bien sea a petición de parte o de oficio, pues esta es una facultad del juez a la luz de la normatividad vigente. Está claro que los árbitros en nuestro ordenamiento ejercen función jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido por el artículo 116 de la Constitución Política a lo que se suma que los aspectos atinentes a la celebración del contrato son por mandato legal parte de su competencia¹.

¹“En nuestro ordenamiento jurídico, el arbitramento se define a partir de dos elementos constitutivos básicos: (1) la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica – por lo cual, desde esta perspectiva, los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional; y (2) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado – aunque es la Constitución Política la que provee su fundamento último-, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han “habilitado” a los árbitros. Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas – cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial. La doctrina constitucional ha examinado las características básicas del arbitramento en tanto acto jurisdiccional, así: (i) los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores; (ii) el arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de fallos en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes; (iii) los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros mediante un procedimiento arbitral diferente y especial; (iv) los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y (v) es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral”¹. Corte Constitucional, sentencia C – 174 de 2007. En igual sentido Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,



En todo caso, se pone de presente que las pretensiones de la demanda inicial que se refieren a la declaratoria de incumplimiento de la parte Convocada del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito en calenda 6 de octubre de 2006, junto con las correspondientes solicitudes de condena por perjuicios se encuentran cobijadas en su totalidad por los alcances de la cláusula compromisoria contenida en el mismo, pues todos estos asuntos tienen relación directa con el perfeccionamiento, ejecución, desarrollo, cumplimiento, terminación y/o liquidación, tal como se manifestó en el pacto arbitral con independencia de las razones o argumentos expuestos en la demanda como fundamento del petitum.

Cabe resaltar con ahínco que la competencia que en este laudo se pretende ratificar se encuentra plenamente reconocido por nuestro Honorable Consejo de Estado quien mediante proveído de fecha 29 de julio de 2015 revocó la sentencia de fecha 18 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena que declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Distrito de Santa Marta (folios 493 a 505 Tomo 3); como quiera que el Consejo de Estado señaló de manera sucinta que la existencia de una cláusula compromisoria plasmada dentro de un acuerdo de voluntades que deviene de una fuente jurídica como lo es el contrato, debe ser reconocida, respetada y acatada con toda fuerza e intensidad por parte de las autoridades jurisdiccionales ordinarias correspondientes. No se vio probada siquiera la existencia de una renuncia de dicho pacto que diera viabilidad a que la jurisdicción contenciosa conociera del caso y con ello emitiera decisión concluyente al respecto. (folios 15 a 26 Tomo 1).

La razón de ser de este Tribunal se encuentra explicada en esta providencia y se haya enmarcada dentro del ámbito constitucional, relativa más

Sección Tercera, Sentencia, Bogotá, D.C., 18 de abril de 2013, Exp. 17859: "[E] pacto arbitral, el cual consiste en un acuerdo de voluntades por el cual las partes, con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias, susceptibles de transacción, a la decisión de árbitros, quienes se encuentran transitoriamente investidos de la función de administrar justicia (artículo 116 de la C.P.), para proferir una decisión que se denomina laudo arbitral y que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial. (...) La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato o en un documento anexo a él, el cual, como es lógico, debe haberse celebrado o suscrito previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes, quienes deben haber manifestado expresamente su voluntad de someter sus diferencias a la decisión de árbitros; en cambio, el compromiso arbitral no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que obedece a un acto jurídico posterior al surgimiento de la controversia".



específicamente a la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades con miras a crear, incrementar o mantener un patrimonio; luego entonces, al ser la justicia arbitral el reflejo puro del reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad de las partes para decidir que un particular *ad-hoc* resuelva con fuerza de cosa juzgada la controversia futura o actual suscitada en este caso, queda reservado de manera exclusiva y excluyente al Tribunal de Arbitramento la resolución del conflicto hoy desplegado. Es menester recordar, además, que el carácter solemne y expreso que caracteriza la cláusula compromisoria, permite la subsistencia de la misma en casos tan extremos como los de la nulidad absoluta o incluso la inexistencia misma del contrato que la contenga, dando paso triunfal a que esta Sala proceda de pleno derecho a resolver de fondo y sin más reparos el caso de marras.

Por otro lado, y en gracia de discusión, de aceptar la existencia de la excepción de falta de competencia planteada por la parte convocante y el Ministerio Público, este Tribunal estaría promoviendo un conflicto de competencia negativo, a una autoridad que es jerárquicamente su superior funcional, lo cual, está expresamente prohibido en el artículo 139 del CGP inciso 3 en concordancia que en lo pertinente reza con el artículo 158 del CPACA:

“CONFLICTOS DE COMPETENCIA. *Los conflictos de competencia entre los Tribunales Administrativos y entre estos y los jueces administrativos de diferentes distritos judiciales, serán decididos de oficio o a petición de parte por el Consejo de Estado, conforme al siguiente procedimiento:*

Recibido el expediente y efectuado el reparto entre las secciones, según la especialidad, el Ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres (3) días, para que presenten sus alegatos; vencido el traslado, el conflicto se resolverá en un plazo de diez (10) días, mediante auto que ordenará remitir el expediente al competente. Contra este auto no procede ningún recurso.”(...)

En consecuencia, desde ya y por lo anteriormente expuesto, el Tribunal negará la excepción de falta de competencia del Tribunal de Arbitramento

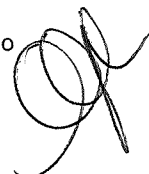


planteada por la parte Convocada en su escrito de contestación de la demanda de fecha 28 de mayo de la presenta anualidad visible a folios 412 a 459 del Tomo 2, y así lo manifestará en la parte resolutive del presente laudo.

Este Tribunal previamente a resolver todas las excepciones propuestas por la parte convocada y el Ministerio Público, procederá a estudiar la nulidad absoluta por ellos planteada, para así determinar si es procedente o no entrar a estudiar y resolver las restantes excepciones que podrían prosperar una vez determinada la validez del contrato.

Ahora bien, dado que en la contestación de la demanda presentada por la parte convocada así como en el concepto elevado por parte del Ministerio Público existen puntualmente excepciones relativas a la declaratoria de nulidad absoluta por objeto ilícito del contrato de Prestación de Servicios Profesionales suscrito en fecha 6 de octubre de 2005, entre la sociedad **Geycom- Gestión y Consultorías LTDA** y el Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta, para efectos de no dejar duda alguna sobre la competencia de este Tribunal para pronunciarse al respecto, merece la pena reiterar la jurisprudencia citada en la providencia referida con la que se asumió la competencia en el presente trámite, en consonancia con el artículo 5 de la Ley 1563 de 2012, que ha manifestado expresamente que: **“podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente y esto no impide en manera alguna, que si el juez encuentra probada una causal de nulidad absoluta del pacto correspondiente, sea cláusula o compromiso, lo declare oficiosamente, como lo puede respecto de cualquier clase de contrato, esto en el entendido que los pactos arbitrales revisten la naturaleza de negocios jurídicos, tal y como lo ha entendido el Consejo de Estado, es decir, revisten las características de verdaderos actos negociales”**², y que los tribunales de arbitramento tienen **“la facultad para pronunciarse sobre la validez del contrato, no sólo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demandado, sino también de manera oficiosa, conclusión a la que se llega con fundamento en las normas**

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia, Bogotá, D.C., 13 de febrero de 2009, Exp. 24.612.



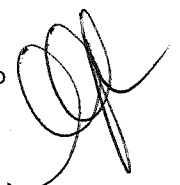
*constitucionales y legales que invisten a los árbitros de la facultad de administrar justicia como verdaderos jueces para el caso concreto con los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces ordinarios*³. Lo dicho por la jurisprudencia reluce como una herramienta adecuada a efectos de lograr determinar la existencia del contrato o la posibilidad de declararlo nulo.

2. RESPECTO DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA POR OBJETO ILCITO DEL CONTRATO PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y APOYO DEL COBRO MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DE COBROS PERSUASIVOS Y JURISDICCIÓN COACTIVA, DE LOS CRÉDITOS CAUSADOS A FAVOR DEL CONTRATANTE DEL FONDO DISTRITAL DE PENSIONES EN LIQUIDACIÓN DE SANTA MARTA POR CONCEPTO DE CUOTAS PARTES PENSIONALES PROPUESTA POR EL DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA Y EL MINISTERIO PÚBLICO.

A. Posiciones De Las Partes:

Llegado el momento de proferir el laudo que resuelva la controversia sometida a consideración de este Tribunal de Arbitramento, convocado por la Sociedad **Geycom-Gestiones y Consultorías LTDA** contra el **Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta**, se hace necesario hacer unas consideraciones preliminares acerca de dos de las alegaciones efectuadas por las partes sobre la validez del contrato de Prestación de Servicios Profesionales para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de cobros persuasivos y jurisdicción coactiva, de los créditos causados a favor del contratante del Fondo Distrital de Pensiones en Liquidación de Santa Marta por concepto de cuotas partes pensionales que las ligó y de las consecuencias que se derivan en uno u otro sentido, esto es, si la mencionada atadura fue eficaz y debe producir los efectos y consecuencias reclamados por la convocante o si por el contrario está afectada de nulidad y por ello no debe surtirlos, tal como lo predica la convocante.

³Corte Constitucional, sentencia C – 572 de 2014.



En ese orden de ideas y por razones de método se sintetizarán, en primer lugar, las razones expuestas por la convocante, las del Distrito de Santa Marta y el concepto del señor Agente del Ministerio Público que intervino en esta actuación arbitral y, finalmente, la aceptación o rechazo de las pretensiones que en tal sentido han formulado dichos intervinientes para rematar señalando las consecuencias que se derivan de haber aceptado la legalidad del contrato de prestación de servicios profesionales aludido, o de su declaratoria de nulidad.

La parte convocante, de manera general, pero más concretamente en su alegato de conclusión ha sostenido que el contrato de prestación de servicios profesionales para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de cobros persuasivos y jurisdicción coactiva, de los créditos causados a favor del contratante del fondo distrital de pensiones en liquidación de Santa Marta por concepto de cuotas partes pensionales que tenía por objeto tanto el recaudo de los documentales que sirvan de título ejecutivo como la implementación de modelos, formatos y demás documentos para desarrollar el cobro pre jurídico así como la elaboración de los documentos dentro del proceso de cobro coactivo en primera y segunda instancia, cumplió con los requisitos de perfeccionamiento y ejecución los cuales constan por escrito, que hubo acuerdo sobre la prestación, su remuneración así como la se aprobación de las garantías entregadas al contratante, por lo que el Distrito es responsable directo y solidario de los perjuicios que por esta vía se piden declarar y reconocer.

En su alegación final (folio 1227 Tomo 4), al referirse a las excepciones presentadas por la convocada y el Agente del Ministerio Público sostiene que su representada al realizar actividades de acompañamiento, instrumentalización y apoyo de cobro coactivo el cual se denota probado con las declaraciones de los señores Jenner Hernández (ex gerente del fondo) y Wilberto Galvis Santos (ex auxiliar de dicha entidad), encuentra fundado legalmente el objeto del contrato suscrito con el Fondo Cuenta por lo que a su juicio, mal podría endilgarse responsabilidad distinta a la perseguida por ellos en este proceso.



Más adelante, insiste señalando que no es cierto que el contrato de prestación de servicios plurimencionado no contara con acto administrativo de delegación de jurisdicción coactiva, cuando basta solo con acudir a la misma fuente (contrato) para constatar que el representante legal de la contratante, debidamente posesionado actuó mediante las actuaciones otorgadas por el decreto 198 del 28 de julio de 2004, artículos 7 incisos 3-24-26 y 32, aniquilando el argumento manejado por el Ministerio Público. (folio 1229 Tomo 4).

La convocante es reiterativa en su criterio de que existió un incumplimiento por parte del Distrito de Santa Marta por lo cual debe pagar a **Geycom-Gestión y Consultorías Ltda** los perjuicios materiales que esta sociedad sufrió por concepto de daño emergente y lucro cesante como quiera que no percibió los honorarios profesionales pactados a los que tenía derecho por llevar e individualizar una cartera adeudada por el Departamento del Magdalena por valor de \$12.511.466.668 pesos colombianos.

Tesis contraria sostiene la convocada, compartida íntegramente por el representante del Ministerio Público, para quienes el contrato aludido presenta dos causales de nulidad absoluta por objeto ilícito e imposibilidad de reconocimiento de prestaciones económicas como consecuencia de la misma, que privan el acuerdo de toda efectividad jurídica.

B. Consideraciones del Tribunal.

Para efectos de resolver la controversia en torno a la nulidad del contrato planteada, el Tribunal hace el siguiente análisis:

a. Sobre la nulidad absoluta y sus efectos jurídicos.

▪ Del régimen de validez de los actos jurídicos.

Casi olvidado en el maremágnum de disposiciones legales de nuestro país, se encuentra el artículo 6°, del Código Civil, que establece: "la

sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa: Es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.”


Esta casi olvidada norma contiene nada más y nada menos que el régimen de eficacia e ineficacia de los actos jurídicos. Es como si allí coloquialmente se dijera que cuando se hacen las cosas como lo manda la Ley, las manifestaciones de voluntad nacen válidamente, mientras que si se ignoran las reglamentaciones legales los actos nacen espurios sin producir efectos jurídicos, tal como sucede en los casos de ineficacia como por ejemplo la inexistencia, las nulidades y la ineficacia propiamente dicha.

Ya concretamente, el marco legal de validez de los actos y declaraciones de voluntad se encuentra compendiado en el artículo 1502 del Código Civil, de acuerdo con el cual, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito;
4. Que tenga una causa lícita.

En armonía con las anteriores exigencias, señala el artículo 1519 que: *“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.*

Debe integrarse la disposición que acaba de citarse con lo que contemplan los artículos 1519 y 1523 (que establecen que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes) con lo que se manifiesta en el artículo 1740 de la misma codificación civil, según el cual: *“es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la*



calidad o estado de las partes”, mientras que en el canon siguiente se determina que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, son nulidades absolutas. Estas disposiciones del régimen civil, por supuesto, en virtud del fenómeno de la incorporación normativa son plenamente aplicables en el orden administrativo, y concretamente a los contratos sometidos a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, norma que expresamente ordena que “*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*”.

▪ **Efectos de la nulidad.**

En el derecho común, los efectos de la declaración judicial de nulidad se encuentran previstos en los artículos 1746 y siguientes del Código Civil, siendo la regla básica, contenida en la norma referida, que: “*la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*”. Lo anterior, para la doctrina, implica que “*el acto dejará de producir efectos futuros y, además, se considera que no los produjo nunca; todo ha de ocurrir como si el acto no se hubiera celebrado jamás*”⁴.

Ahora bien, en materia propia de los contratos estatales sometidos a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se tiene que la nulidad encuentra una norma propia y especial, dirigida específicamente a los contratos de tracto sucesivo, contenida en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, según el cual “*La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no*

⁴ALBERTO TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 2004, p. 247. Igualmente, cfr. ÁLVARO PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, Bogotá, Temis, 1955, n° 573, y ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ. “Las sanciones por incumplimiento de las condiciones de validez: nulidad, inexistencia e ineficacia”, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2007, p. 201.

impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria”.


Es así, como se puede evidenciar que la norma especial referida contiene una excepción a la regla general de restituciones mutuas a las que se refiere el artículo 1746 del Código Civil, pues en los contratos de tracto sucesivo, de ordinario, se genera una imposibilidad física de volver las cosas al estado anterior a la celebración del contrato, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, al manifestar que: *“no siempre la declaración de nulidad del contrato trae como consecuencia la obligación de la restitución mutua de lo recibido por aquéllas, porque existen situaciones en las cuales tal obligación puede resultar imposible de cumplir, como cuando se convierte en un imposible físico volver las cosas a su estado primigenio”*⁵.

Lo anterior, también ha sido avalado por la doctrina, en los siguientes términos:

“Es principio general que en los contratos de tracto sucesivo la nulidad obra sin retroactividad. La naturaleza de estos contratos impone esta solución. Como se sabe, son contratos que tienen por objeto no una sola prestación que se ejecute inmediatamente (como ocurre en el contrato instantáneo), sino una serie de prestaciones que se cumplen en forma escalonada y sucesiva.

Cada prestación periódica que se ejecuta crea “hechos cumplidos”, los que no podrían desaparecer por el decreto de nulidad. En ellos los efectos de la nulidad obra para el futuro, ex nunc, dejando con plena validez las relaciones jurídicas anteriores. Supóngase que se anula un contrato de arrendamiento o de trabajo. Los efectos de la nulidad solo se extenderán al futuro, esto es, el respectivo contrato será

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2012, exp . 26.140.



destruido a partir del decreto de nulidad. Porque resultaría imposible restituir las mutuas prestaciones que ya se ejecutaron en forma definitiva en cada periodo de desarrollo del contrato⁶.”

Partiendo de la premisa decantada, se tiene que la norma en comento expresamente consagra otra especialidad para el caso en que la nulidad absoluta del contrato derive de un objeto o causa ilícitos, al manifestar que: *“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”,* de modo que, no obstante, la invalidez de las obligaciones y del contrato que las cobija, se reconoce lo ejecutado, sometido a una condición específica que requiere de una prueba determinante al respecto.

Así lo ha sostenido igualmente la jurisprudencia al expresar lo siguiente:

“En el ordenamiento jurídico colombiano la regla general, en materia de restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de nulidad del contrato, consiste en que dicho pronunciamiento anulatorio genera, para cada una de las partes, la obligación de devolver a la otra lo recibido por virtud del negocio invalidado; sin embargo, la enunciada regla cuenta con algunas excepciones, una de las cuales es la contenida en el inciso primero del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en lo atinente a “las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria” de nulidad, cuando el declarado inválido es un contrato de ejecución sucesiva (...)”⁷.

⁶ALBERTO TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 2004, p. 249

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2011, Exp.18.243.



En relación con los contratos estatales, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece los efectos de la nulidad manifestando que cuando se trate de la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, ésta no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria y que 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, entendiéndose que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público⁸.”

En igual forma una decisión arbitral expresó:

“Como se ha mencionado, en las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según su parte inicial, se incorporaron las causales de nulidad absoluta consagradas en el régimen legal que integra el aludido “derecho común”, y por ende serán aplicables aquellas otras disposiciones contenidas en el mismo Código Civil sobre la materia, y aplicadas en los términos que las mismas han sido entendidas por la jurisprudencia que ha construido la Corte Suprema de Justicia y la doctrina.

Solo procederán las debidas restituciones en los términos de los artículos 1746 del C.C. y 48 de la Ley 80 de 1993, esto es, el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. En canto al beneficio de la

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de octubre de 2012, Exp.23.192.



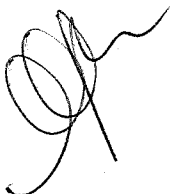
entidad, la norma señala que se entenderá cumplido cuando hubieren servido para satisfacer el interés público.

Lo único que procede en los términos de ley, es el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, que hayan beneficiado el interés público. No es posible pronunciarse sobre el pago de perjuicios causados por omisiones atribuidas a la entidad estatal en la ejecución del contrato.

La óptica de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, más allá del análisis probatorio necesario realizado en cada una de las pretensiones, impide que el Tribunal declare los incumplimientos solicitados en las pretensiones independientes o no de su existencia, y se traducirá solo en determinar si cumplieron prestaciones en beneficio del interés público que no hayan sido reconocidas. La declaratoria de nulidad tiene efectos ex tunc, y deben restaurarse las cosas al estado en que se hallarían si dicho contrato no se hubiera celebrado. Por virtud de este efecto retroactivo, la sentencia que lo declare, debe regular las prestaciones mutuas de los contratantes, hasta donde lo permita el acervo probatorio”9.

En todo caso, esta última regla mencionada relativa a los efectos de la nulidad absoluta de un contrato estatal por objeto o causa ilícita encuentra una excepción expresa en la normatividad civil, la cual por el mandato contenido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, es plenamente aplicable a los contratos sometidos a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, norma según la cual, tal como se dijo líneas atrás por el fenómeno de la incorporación normativa son de plena aplicación las disposiciones civiles y comerciales, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha Ley.

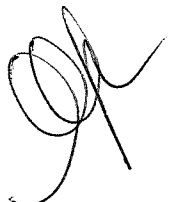
⁹Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo de 9 de diciembre de 2013. Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. contra Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.



En efecto, el artículo 1525 del Código Civil establece que: *“no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”*, lo cual se traduce en que la parte consciente del acto ilícito no tiene derecho a la restitución de lo dado en el intercambio ocurrido, e igualmente, en contratos de ejecución sucesiva, en no poder percibir reconocimiento de las prestaciones debidamente ejecutadas hasta el momento de la firmeza de la declaración judicial de nulidad, ni siquiera bajo el supuesto de un demostrado beneficio para la entidad contratante, bajo los términos del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ya referidos. Es por ello que la jurisprudencia ha manifestado que: *“esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas”*, de tal manera que *“el inciso segundo del artículo 48 de la ley 80 no conlleva derogatoria alguna de las sanciones que prescribe la legislación civil a contratos celebrados con conocimiento de violar el ordenamiento jurídico”*¹⁰.

Lo anterior se explica en que el eje central tanto de la contratación civil como de la estatal es la buena fe, y de allí que en virtud de la incorporación normativa, tal como ya se manifestó líneas atrás, el artículo 1603 del Código Civil preceptúe que: *“Los contratos deberán ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obliga no solo a lo que en ello se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*, lo que se reitera en el artículo 871 del Código de Comercio. Este principio trasciende a la proposición, celebración y ejecución de todo contrato y se extiende hasta el campo de los efectos de la nulidad, pues debe mantenerse el criterio de la igualdad de las partes en todo momento y es por ello que, para evitar enriquecimientos injustificados o inaceptables, los códigos tienen establecido el principio de las restituciones mutuas que están encaminados a evitar el enriquecimiento de una parte, a costa de la ruina de la otra, bajo diversas modalidades, pero que de manera genérica dice en relación con las devoluciones que tendrán que hacerse los que hayan

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de noviembre de 2004, expediente 25.560, C.P. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.



intervenido en un contrato, siempre que el acto negocial sea aniquilado por disposición de las partes, o por determinación judicial.

Así, en nuestro Código Civil tienen ese carácter los artículos 961 a 971, en materia de reivindicación, 1544 y 1545, sobre condición resolutoria 1904 a 1907, en casos de acción redhibitoria 1932, relativo a la resolución del contrato de compra venta, entre otros, y para efectos que interesan a este proceso, los artículos 1746 y 1747 referentes a los efectos de la declaración judicial de nulidad de un contrato.

b. El caso concreto del contrato de prestación de servicios profesionales para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de jurisdicción coactiva de los créditos causados a favor del Distrito de Santa Marta por concepto de pago de cuotas partes pensionales suscrito en el 6 de octubre de 2005.

Este Tribunal de entrada debe manifestar que evidentemente hubo una delegación indebida de funciones públicas propias de la administración dentro del contrato en cuestión que violaron disposiciones normativas ordinarias y de carácter constitucional que de manera expresa dan por prohibida lo instituido dentro del contrato traído a discusión.

La convocante en sus alegaciones de mérito califica de infundada la afirmación de la convocada como quiera que, vía jurisprudencial, más específicamente mediante sentencia C- 224 de 2013 y 895 de 2009 nuestra Corte Constitucional ha resuelto que los sujetos de derecho privado podrían ofrecer apoyo logístico, técnico y administrativo a las entidades estatales, pero estas conservarían la facultad decisoria que concreta el cobro, permitiéndole incluso a la entidad estatal contratar a dichos particulares para la instrumentación y proyección de documentos, entre muchos otros; criterio que a su juicio respalda legalmente el objeto del contrato de prestación de servicios profesionales y da viabilidad a lo acordado entre las partes respecto a



los honorarios establecidos con la contratante, quien apoyó el recobro de las cuotas partes pensionales a fin de satisfacer su pago.

Para lograr dar más claridad respecto a la prohibición omitida por los contratantes, es preciso efectuar una línea de tiempo normativa que permita precisar a las partes de esta Litis los fundamentos bajo los cuales este Tribunal se apegará para resolver de fondo el asunto.

Nuestra carta magna en su título VII, capítulo V, instituyó de manera precisa la función administrativa como la que: *“está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*. para el cumplimiento del mismo, el artículo 211 de la misma obra expresa: *“La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.”*

El tema de la delegación entendida como autorizar [a otra] para que haga algo en su lugar por la Real Academia Española, también es definida por la ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, mediante los artículos 9, 10 y 11 de la siguiente manera:



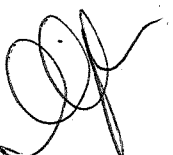
“9. DELEGACION. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

PARAGRAFO. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.”

“10. REQUISITOS DE LA DELEGACION. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas.”



“ARTICULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.”


Lo anterior revela que la delegación se funda como un instrumento jurídico de la acción administrativa mediante la cual una autoridad pública, transfiere determinadas funciones o actuaciones específicas a sus colaboradores o a otras autoridades que tengan funciones afines o complementarias, siempre que esté legal y plenamente facultada para ello.

Desde esa perspectiva es preciso hacer mención además a lo dispuesto dentro de los artículos 110 y 111 de la misma normativa que taxativamente indican:

“110. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE y apartes tachados INEXEQUIBLES> Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, **salvo disposición legal en contrario**, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la



atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, si fuere el caso. (subrayado fuera del texto).”

“ARTICULO 111. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS PARA CONFERIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Expedición de acto administrativo, **decreto ejecutivo**, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, ~~de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo~~, mediante el cual determine:

a) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las funciones específicas que encomendará a los particulares;

b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;

c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;



d) *La forma de remuneración, si fuera el caso;*


e) *La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.*

2. *<Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES> La celebración de convenio, ~~si fuere el caso~~, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años **prorrogables** y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:*

Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.”

Al respecto, conviene anotar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-866 de 1999, analizó la exequibilidad de los artículos anteriormente citados y transcritos, contentivos de las condiciones, requisitos y procedimientos de los actos administrativos de delegación de funciones administrativas a particulares. En dicha decisión se declaró la inexecuibilidad de la parte final del artículo 111, en el cual el legislador pretendió atribuir a los Gobernadores y los Alcaldes la competencia para expedir los actos administrativos contentivos de la delegación de funciones públicas propias del Municipio, habida cuenta que la determinación de competencias dentro del ámbito de la entidad territorial de acuerdo con la Constitución Política y la Ley, según indicó la Corte, correspondía a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales.



El hecho de que los gobernadores y los alcaldes sean los jefes de la administración seccional en virtud de lo cual dirigen y coordinan la acción administrativa en su territorio, ello no puede encarnar el desplazamiento de las corporaciones administrativas del orden territorial de la competencia que constitucionalmente les es atribuida para la regulación del ejercicio de las funciones públicas, dentro del ámbito de la entidad territorial respectiva.

Más adelante, y en aras de brindar mayor claridad respecto a las actividades que pueden o no ser delegadas, el legislador mediante 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 en su artículo primero se estableció:

“ARTÍCULO 1o. PROHIBICIÓN DE ENTREGAR A TERCEROS LA ADMINISTRACIÓN DE TRIBUTOS. *No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. La recepción de las declaraciones, así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados.*

Las entidades territoriales que a la fecha de expedición de esta ley hayan suscrito algún contrato en estas materias, deberán revisar de manera detallada la suscripción del mismo, de tal forma que si se presenta algún vicio que implique nulidad, se adelanten las acciones legales que correspondan para dar por terminados los contratos, prevaleciendo de esta forma el interés general y la vigilancia del orden jurídico. Igualmente deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes y a los organismos de control cualquier irregularidad que en la



suscripción de los mismos o en su ejecución se hubiese causado y en ningún caso podrá ser renovado.

Las entidades de control correspondientes a la fecha de expedición de esta ley, deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales.

La Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales.”

La evolución normativa que se ha dejado reseñada permite identificar entonces tres etapas: La primera de ellas comprendió un período anterior a la expedición de la Ley 489 de 1998, durante la cual no existía disposición constitucional o legal en virtud de la cual se facultara a los particulares para el ejercicio de la función administrativa de fiscalización y cobro coactivo de tributos.

La segunda etapa inició en la fecha en que cobró vigor la Ley 489 de 1998, en cuyo articulado abrió la posibilidad de delegar en los particulares el ejercicio de función administrativa, atribución que como lo ha entendido la jurisprudencia de proferida por el Consejo de Estado, resguardó la relativa al ejercicio de la fiscalización y cobro coactivo de impuestos pero siempre y cuando la Administración conservara en todo momento la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, para cuyo efecto, en todo caso, debía existir un acto administrativo de delegación expedido por el órgano competente y celebrarse un contrato para ese propósito precedido de convocatoria pública.

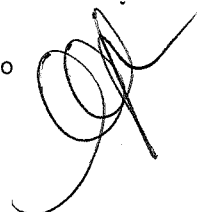
La tercera etapa (que es la que se encuentra actualmente en vigencia) se produjo con la expedición de la Ley 1386 de 2010 a cuyo tenor se prohibió taxativamente a las entidades territoriales y descentralizadas la delegación de particulares para la administración de los tributos y cobro coactivo de los impuestos.



Pues bien, para la firma del contrato de prestación de servicios plurimentado, esto es, 6 de octubre de 2006, se encontraba en vigencia la ley 6 de 1992 y la ley 489 de 1998 que tajantemente establecía requisitos específicos para la correcta delegación de la gestión de cobro coactivo y fiscalización. Se atisba a folio 286 del Tomo 3 del expediente arbitral que mediante decreto No.198 de 28 de julio de 2004 por medio del cual reglamentaba el proceso de liquidación de un ente descentralizado del orden distrital, el alcalde del momento, Dr. José Francisco Zúñiga Riascos, fijó como plazo de ocho meses contados a partir de la fecha de publicación de este decreto el desarrollo del proceso de liquidación del Fondo Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta, creando para su dirección la junta liquidadora.

Dentro del artículo 7 de dicho acto administrativo, se establecieron de manera suscita y precisa las facultades específicas delegadas a realizar por parte de Representante Legal de dicho Fondo, encontrándose con gran preocupación que el señor Jenner Hernández Castillo, gerente del Fondo Cuenta en aquel momento, no se encontraba autorizado para celebrar el contrato que en este proceso arbitral se está destrabando como quiera que el decreto 018 del 28 de julio de 2004 que fue expedido por el alcalde en pleno uso de sus facultades en virtud atribuciones a él conferidas por el Consejo Distrital de Santa Marta, sólo delegó de manera general a la junta las funciones atinentes a *“la contratación de personal técnico y profesional encargado de la organización administrativa y contable de la entidad suprimida”* y al liquidador las facultades de *“adelantar durante todo el curso de la liquidación del recaudo de los dineros y la recuperación de los activos que por cualquier concepto deban ingresar a la masa de liquidación, para lo cual podrán ofrecer incentivo por la denuncia de la existencia y la entrega e tales activos”*.

Si bien es cierto que el gerente del fondo en mención y su sucesora quien firmó el otro sí que prorrogaba el contrato principal, efectuaron las denuncias de bienes que habla la norma con el objeto de recaudar activos para el pago de las acreencias, dichos funcionarios se



extralimitaron en sus funciones al suscribir el contrato de prestación de servicios con la sociedad convocante comprometiendo como objeto del mismo el recaudo de las cuotas partes pensionales adeudadas por las entidades descentralizadas en liquidación de esta ciudad. Se observa consignado dentro del mentado documento que la contratación de los servicios profesionales de **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA** se funda bajo la prestación de asesoría INTEGRAL de la elaboración de un diagnóstico previo de materia de cuotas partes pensionales que en nada tienen que ver con la contratación de personal técnico y administrativo para la consecución del propósito de las metas de la sociedad en liquidación. Dichos funcionarios se desapegaron completamente de las facultades demarcadas en los actos administrativos contentivos a folios 286 a 295 del Tomo 3, siendo su actuación deliberada y arbitraria la causa de que dicho contrato verse sobre funciones administrativas indelegables e indebidas.

De conformidad a lo anterior, tanto las funciones de fiscalización tributaria como el cobro coactivo y recaudo de tributos, son indelegables en tanto que versan sobre sobre la fijación de la obligación tributaria trascendente, la cual es exclusiva de la entidad estatal. El artículo 66 de la ley 383 de 1997 por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones, sostiene que, para efectos de declaraciones tributarias, actividades de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobros relacionados con impuestos administrados por los municipios y distritos les serán aplicables los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los Impuestos del orden nacional.

Con el propósito de hacer un análisis profundo sobre el particular, este Tribunal tuvo en cuenta no solo las pruebas documentales recabadas y el clausulado contractual -objeto, obligaciones de las partes y funciones comprendidas en el contrato-sino además los testimonios rendidos por personal de la sociedad convocante que



permitieron conocer las verdaderas condiciones fácticas bajo las cuales el contrato objeto de litis se desarrolló.

El termino cobro coactivo ha sido definido y desarrollado por nuestro Honorable Consejo de Estado de la siguiente manera:

“se puede decir que consiste en la potestad que la Ley reconoce a la Administración Pública para decretar la existencia de una obligación, producir un título ejecutivo y hacerlo valer contra el patrimonio del obligado, sin necesidad de acudir a un Juez”.¹¹

De igual manera nuestra honorable Corte Constitucional ha demarcado la función administrativa de cobro coactivo de la siguiente manera:

“Acerca de la función de cobro coactivo en materia tributaria, la Corte Constitucional “ha explicado que la denominada “jurisdicción coactiva”, es decir, la facultad para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial (autotutela ejecutiva), se enmarca dentro de la órbita de la función administrativa cuyo objetivo es lograr el cumplimiento de una obligación tributaria en sede administrativa.”¹²

En este sentido, la función pública respectiva se debe ubicar dentro del marco constitucional de la distribución de los poderes públicos asignados a la rama ejecutiva, atribuida a los órganos que hacen parte de la estructura del Estado, con diversas competencias, siguiendo los dictados de las normas constitucionales que se citan a continuación:

“ARTICULO 113. *Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.*

¹¹ Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado, 23 de julio de 2014, expediente: 35.54, Actor: Reinaldo Lozada Barreto, Demandado: Municipio de Neiva.

¹² Sentencia C-649 de 2002.



Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

(...)

ARTICULO 121. *Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.*

ARTICULO 122. *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

ARTICULO 123. *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

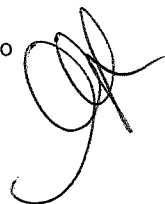
En tratándose de los impuestos municipales, la Constitución Política asignó a los Concejos Municipales la función de organizar las funciones públicas dentro del respectivo Municipio; el legislador desarrolló la denominada Ley Municipios (136 de



1994) mediante la cual asignó al Alcalde Municipal la gestión de cobro coactivo, delegable por disposición de dicha Ley en las Tesorerías Municipales.

Mediante sentencia C-866 de 1999, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, acerca de las condiciones, requisitos y procedimientos de los actos administrativos de delegación de funciones administrativas a particulares, norma legal que se expidió con posterioridad a los hechos materia del sub - lite, no obstante lo cual la Sala acude a citar la providencia respectiva, con el propósito de llamar la atención sobre los límites constitucionales del acto de delegación y las consideraciones que llevaron a declarar la inexequibilidad de la parte final del artículo 111, en el cual el legislador pretendió atribuir a los Gobernadores y los Alcaldes la competencia para expedir los actos administrativos contentivos de la delegación de funciones públicas propias del Municipio, habida cuenta que la determinación de competencias dentro del ámbito de la entidad territorial de acuerdo con la Constitución Política y la Ley, según indicó la Corte, corresponde a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales;

“El primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad. Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta. Por lo cual las autoridades administrativas sólo



pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios. La atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

(...)

Finalmente, el numeral 1° del artículo 111 referente a los requisitos y al procedimiento que ha de seguirse para conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, establece que para el efecto es necesaria la expedición de un acto administrativo que será sometido, en el caso de las entidades descentralizadas del nivel departamental o municipal, a la aprobación del gobernador o del alcalde, según el caso.

*A juicio de la Corte, la anterior prescripción desconoce las competencias constitucionales propias de las asambleas y los concejos municipales. En efecto, se recuerda que las mencionadas corporaciones públicas tienen un carácter administrativo, y a ellas corresponde reglamentar el ejercicio de las funciones de esta índole en el departamento o en el municipio, incluidas las del gobernador o el alcalde, conforme lo indican los artículos 299, 300 numeral 1°, 312 y 313 numeral 1° de la Carta. **Si bien los gobernadores y los alcaldes son los jefes de la administración seccional en virtud de lo cual dirigen y coordinan la acción administrativa en su territorio, ello no puede significar el desplazamiento de las corporaciones administrativas del orden territorial de la competencia que constitucionalmente les es atribuida para la regulación del ejercicio de las***



funciones públicas, dentro del ámbito de la entidad territorial respectiva.

Por tal razón la expresión "de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden al que pertenezca la entidad u organismo", será retirada del ordenamiento¹³. Esta situación origina un vacío legislativo que deberá ser llenado por el Congreso de la República, prescribiendo una regulación que tenga en cuenta las competencias propias de las corporaciones públicas territoriales, conforme a la Constitución." (Las negrillas no son del texto).

Así las cosas, se advierte que a nivel de los Municipios, la distribución de las funciones públicas entre los distintos estamentos de la estructura municipal debe ser definida por los Concejos Municipales, a la vez que el Alcalde tiene las atribuciones para dirigir la gestión administrativa y crear los empleos, con arreglo a los Acuerdos correspondientes, según se observa en los artículos 313 y 315 de la Constitución Política:

"ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

(...)

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

(...)

¹³ Artículo 111. Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo, mediante el cual determine." Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-866 de 1999



6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; (...).”

“ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde:

(...)

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

(...)

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.”

Descendiendo al evento de la posible delegación de la función de cobro coactivo en particulares, la jurisprudencia ha observado que los Alcaldes NO gozan de la atribución de disponer el cobro coactivo de los impuestos por los particulares, por cuanto: **i)** no pueden asignar funciones públicas por fuera del marco legal y del reglamento del Concejo Municipal, **ii)** la delegación de la función de cobro coactivo establecida en la Ley de Municipios sólo le fue permitida en cabeza de las Tesorería Municipales.



En efecto, las normas legales vigentes para la época en que se celebró el contrato sub-lite – agosto 24 de 1998- determinaron las siguientes competencias legales:

“Ley 136 de 1994.

Artículo 91¹⁴.- *Funciones.* Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:

D) *En relación con la Administración Municipal:*

(...)

6. *Ejercer jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro de las obligaciones a favor del municipio. Esta función puede ser delegada en las tesorerías municipales y se ejercerá conforme a lo establecido en la Legislación Contencioso-administrativa y de Procedimiento Civil.”*

Artículo 92°.- *Delegación de funciones*¹⁵. El alcalde podrá delegar en los secretarios de la alcaldía y en los jefes de los departamentos administrativos las siguientes funciones:

(...)

b) *Ordenar gastos municipales y celebrar los contratos y convenios municipales, de acuerdo con el*

¹⁴ Modificado por el art. 29, Ley 1551 de 2012.

¹⁵ Modificado por el art. 30, Ley 1551 de 2012.



plan de desarrollo y con el presupuesto, con la observancia de las normas legales aplicables; (...)."

Por su parte, el Estatuto Tributario contenido en el Decreto-ley 624 de 1989 estableció un procedimiento con carácter administrativo para el cobro de los impuestos nacionales por parte de la Dirección Nacional de Impuestos Nacionales, el cual se extendió por virtud de la Ley 383 de 1997 a los distritos y municipios, así:

Decreto-ley 624 de 1989.

"Artículo 823. Procedimiento Administrativo Coactivo. Para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, deberá seguirse el procedimiento administrativo coactivo que se establece en los artículos siguientes (...)."

Ley 383 de 1997.

"Artículo 66. Administración y control. Los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos, aplicaran los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional."

El cambio que introdujo el artículo 66 de la Ley 383 de 1997, no fue otro que invocar la aplicación de los procedimientos de cobro coactivo contenidos en el Estatuto Tributario Nacional a los distritos y municipios, por lo tanto, fue claro que los actos administrativos expedidos en desarrollo de esa función quedaron sometidos al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según hizo notar el Consejo de Estado, así:



“Olvida el Tribunal que a partir de la vigencia de la Ley 383 de 1997, los distritos y municipios realizarán el cobro coactivo de los impuestos administrados por ellos mediante la aplicación de los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario. Ese procedimiento está consagrado en el Libro V, Título VIII de dicho Estatuto artículos 823 a 843-2, con la modificación y adiciones efectuadas por la Ley 6ª de 1992. (...) En efecto, de conformidad con el artículo 830 del Estatuto Tributario, contra el mandamiento de pago se pueden proponer las excepciones de que trata el artículo 831 y se resuelven de conformidad con el trámite consagrado en el artículo 832. Adicionalmente contra la resolución que decide las excepciones procede el recurso de reposición en virtud de lo dispuesto en el artículo 834 ibídem. De acuerdo a lo anterior, recuerda la Sala que conforme al artículo 835 del Estatuto Tributario, las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan seguir adelante la ejecución son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las competencias descritas en el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, sin que sea posible confundir esa competencia con la descrita en el artículo 133 numeral 2º o la del artículo 134C ibídem que se refieren al trámite de la jurisdicción coactiva dentro de la cual el juez administrativo o tribunal actúa como superior jerárquico del funcionario ejecutor de cualquier orden. El presente caso, y según el principio que informa los artículos 82 y 83 del Código Contencioso Administrativo, se trata del control jurisdiccional de los actos administrativos a que se refiere el artículo 835 del Estatuto Tributario,



por lo tanto no procedía el rechazo de la demanda bajo las consideraciones expuestas por el tribunal.”¹⁶

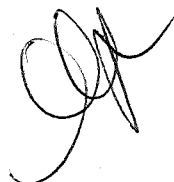
Regresando a la inexistencia de Ley que permita la delegación de la función de cobro coactivo de los impuestos municipales en particulares, la Sala observa que la jurisprudencia de la Corte Constitucional advirtió la ilegalidad de delegación en casos concretos en los que encontró que el Alcalde Municipal delegó funciones de cobro coactivo de los impuestos en los particulares, así por ejemplo en sede de tutela afirmó:

“(iii) dentro de la estructura de la administración municipal, de conformidad con el artículo 91.6 de la Ley 136 de 1994, el Alcalde municipal es la autoridad competente para ejercer la correspondiente jurisdicción coactiva, encontrándose únicamente facultado por el legislador para delegar tal función en la tesorería municipal, la cual la ejercerá de conformidad con el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil; (...) (v) en consecuencia, vulnera el derecho fundamental al debido proceso cualquier procedimiento de cobro coactivo por concepto del mencionado gravamen, que no sea adelantado directamente por el Alcalde municipal o, por delegación, la Tesorería municipal.”¹⁷

Concretamente, en relación con dos contratos celebrados por el Municipio de Neiva para la gestión de cobro persuasivo y coactivo de los impuestos, la Sección Tercera del Consejo de Estado decretó la nulidad de los referidos contratos, por razón del objeto ilícito y la omisión del procedimiento de licitación pública aplicable en ese caso en atención a la cuantía de la modalidad contractual utilizada. Esa providencia se apoyó en la infracción de la Ley 489 de 1998 la cual -se repite- no se encontraba vigente para la época en que se celebró el Contrato No. 047, no obstante

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié, julio 19 de 2002, radicación número: 44001-23-31-000-2002-0112-01(13251), actor: Promigás S.A. E.S.P., demandado: Municipio de Riohacha, referencia: apelación interlocutorios.

¹⁷ Corte Constitucional - Sentencia T-027/05.



lo cual se acude a invocarla en atención al análisis de los límites de la delegación en materia tributaria:

“Como resultado de lo anterior, la Sala declarará la nulidad absoluta de los contratos No. 044 de 2002 y 001 de 2003 por objeto ilícito, en los términos del numeral 2 del artículo 44 y del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

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

- *La atribución de funciones administrativas no será posible si la competencia del funcionario administrativo resulta vaciada de contenido por el particular, es decir, si la administración es reemplazada totalmente en su función.*
- *(...)*
- *Las actividades en las cuales la administración ejerce el cobro coactivo propiamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa.*
- *(...)*
- *Las actividades correspondientes a la determinación y fiscalización tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Tributario respecto de la reserva de la información¹⁸, y en consonancia con el pronunciamiento*

¹⁸ Artículo 693:

“Reserva de los expedientes. Las informaciones tributarias respecto de la determinación oficial del impuesto tendrán el carácter de reservadas en los términos señalados en el artículo 583.”

Artículo 583:

“La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales solo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística.

En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva.”



- jurisprudencial de la corporación referido, son exclusivas de la administración y no pueden ser atribuidas a particulares en cuanto versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, y, por ende, no representan actividades instrumentales. (habida cuenta que la determinación y fiscalización del tributo es una etapa anterior al cobro coactivo, y que lo que se ha discutido a lo largo de la sentencia es el ejercicio del cobro coactivo por particulares, la Sala se abstiene de hacer cualquier consideración adicional sobre la materia.)*
- *Teniendo en consideración la naturaleza de la información, y la circunstancia que dos puntos neurálgicos para adelantar la operación de cobro coactivo (determinación de las obligaciones tributarias e investigación de los bienes del deudor) serán provistos exclusivamente por la administración, la base de datos con la cual contará el contratista estará restringida a lo estrictamente necesario, se sujetará a la regulación, control, vigilancia y orientación de la entidad estatal, y será de la propiedad exclusiva de esta última (...)»¹⁹.*

Para finalizar este punto, a título ilustrativo por tratarse de una disposición posterior a los hechos materia del sub-lite, vale la pena mencionar que a partir de la Ley 1386 de 2010 se impuso a las entidades territoriales y descentralizadas la prohibición de entregar a terceros la administración de los tributos, disposición en la cual se mencionó específicamente, entre otras actividades, la delegación para el cobro coactivo de los impuestos²⁰. “

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, sentencia de 17 de mayo de 2007, radicación No.4100123310002004 (AP00369) 01, actor: Diego Omar Pérez Salas, demandados: Municipio de Neiva y Consocial Consultores Ltda., referencia: Acción Popular.

²⁰ “Artículo 1°. Prohibición de entregar a terceros la administración de tributos. No se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. La recepción de las declaraciones así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados.

Las entidades territoriales que a la fecha de expedición de esta ley hayan suscrito algún contrato en estas materias, deberán revisar de manera detallada la suscripción del mismo, de tal forma que si se presenta algún vicio que implique

En el caso en concreto, el contrato de prestación de servicios profesionales para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de jurisdicción coactiva de los créditos causados a favor del Distrito de Santa Marta por concepto de pago de cuotas partes pensionales suscrito en el 6 de octubre de 2005, cuyo objeto se funda bajo las siguientes actividades:

- “a). Recaudar e individualizar documentos que sirvan de título ejecutivo teniendo como soporte el estudio de caculo actuarial.*
- b). Implementar los modelos, formatos y demás documentos necesarios para desarrollar el COBRO JURIDICO a las entidades que adeuden cuotas partes pensionales.*
- c) Proyectar y elaborar todos los documentos necesarios dentro del respectivo proceso de cobro coactivo en primera y segunda instancia, tales como: resoluciones de cobro, notificaciones, agotamiento de la vía gubernativa, mandamientos de pago, medidas cautelares, autos resolviendo excepciones y recursos en general, todos y cada uno de los documentos, oficios y actos que deban ser expedidos y suscritos por el Juez demás funcionarios del Juzgado de Jurisdicción Coactiva. (folio 266 a 269 Tomo 1).*

Se debe insistir en el hecho de que los actos administrativos que dieron nacimiento al fondo de pensiones, otorgaron facultades exclusivas y excluyentes a la entidad estatal para que llevara a cabo todas y cada una de las gestiones que frente las liquidaciones del mismo dieran lugar. No puede dejarse de lado que el Fondo de pensiones no estaba facultada para ejercer lo estipulado, contratar a un tercero (**Geycom – Gestión y Consultoría LTDA**) para efectuar los deberes y obligaciones de las cuales había sido revestido: recordemos aquel principio general del derecho constitucional que profesa, el funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo

nulidad, se adelanten las acciones legales que correspondan para dar por terminados los contratos, prevaleciendo de esta forma el interés general y la vigilancia del orden jurídico. Igualmente deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes y a los organismos de control cualquier irregularidad que en la suscripción de los mismos o en su ejecución se hubiese causado y en ningún caso podrá ser renovado. Las entidades de control correspondientes a la fecha de expedición de esta ley, deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales.”



puede hacer lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta.

En torno al estudio de una de las obligaciones pactadas en desarrollo del objeto del contrato, esta agencia trae a colación el literal C de las obligaciones que reza: "*c) Proyectar y elaborar todos los documentos necesarios dentro del respectivo proceso de cobro coactivo en primera y segunda instancia, tales como: resoluciones de cobro, notificaciones, agotamiento de la vía gubernativa, mandamientos de pago, medidas cautelares, autos resolviendo excepciones y recursos en general, todos y cada uno de los documentos, oficios y actos que deban ser expedidos y suscritos por el Juez demás funcionarios del Juzgado de Jurisdicción Coactiva.*" No se halla probado documentalmente dentro del proceso y tampoco se evidenció en las pruebas testimoniales tomadas por esta Sala, que los documentos elaborados por **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA** fueran entregados a un departamento, oficina, dependencia o funcionario encargado del cobro coactivo que perteneciera o hiciera parte de la entidad contratante. Tampoco se explica este Tribunal cómo se cumplió el objeto del contrato cuando el juez o funcionario del juzgado de jurisdicción coactiva (como lo llamaron lo contratantes) nunca existió en la relación jurídica real del contrato. Tampoco aparece evidencia en el plenario, que dé cuenta de la existencia de una oficina o funcionario encargado del cobro coactivo de las obligaciones parafiscales a favor del Fondo de Pensiones en Liquidación de Santa Marta que pudiera recibir, analizar y tramitar el proceso de jurisdicción coactiva que estaba obligado a apoyar **Geycom - Gestión y Consultorías LTDA** con sus actividades contractuales.

Es claro que todas las actividades realizadas por la sociedad convocante corresponden a hacer de suyo y sin vigilancia, control o regulación, actividades propias de la administración distrital y que se encontraban delegadas al liquidador del Fondo de Distrital de Pensiones Públicas de Santa Marta.

Salta a la vista que la sociedad convocante efectuó todas las actividades y trámites del proceso de cobro coactivo, utilizando y



disfrazando con el contrato de prestación de servicios en cuestión lo que en realidad se estaba llevando a cabo por el contratista; de las pruebas se evidencia que la entidad estatal vació totalmente en la sociedad convocante toda la función administrativa de cobro coactivo prohibida legalmente por el legislador en normativas relacionadas dentro de este laudo arbitral.

Por medio del testimonio rendido por el representante legal de **Geycom -Gestiones y Consultorías Ltda**, Dr. Alberto Bustamante Eljaheck en calenda 13 de agosto de 2019, se logró identificar que la ejecución del contrato no correspondía del todo con la simple asesoría y acompañamiento previo a un diagnóstico en materia de cuotas partes pensionales que se debían por parte de las entidades descentralizadas sostenido por la convocante en el debate de este asunto, sino que comprendía el cobro de los dineros adeudados por esas entidades, tal y como lo manifestó el interrogado a la 1 hora., 33 minutos y 59 segundos de la audiencia video grabada, cuando responde: “nosotros iniciamos el pago de los dineros que la gobernación del Magdalena le debía a la alcaldía de Santa Marta, nosotros en nuestro objeto del contrato, adelantamos el recobro, adelantamos el cobro no, asesoramos para que ellos cobraran.”, o como respondió al tiempo 1 hora, 59 minutos y 42 segundos a la pregunta formulada por el Dr. Izquierdo Saavedra, si **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA** dispuso de un software e insumos necesarios para la sistematización de los recaudos, sus novedades y reporte, a lo que respondió “si”.

Tanto por las autoridades que se desprenden del propio objeto del contrato cómo lo eran: *“a). Recaudar e individualizar documentos que sirvan de título ejecutivo teniendo como soporte el estudio de caculo actuarial, b). Implementar los modelos, formatos y demás documentos necesarios para desarrollar el COBRO JURIDICO a las entidades que adeuden cuotas partes pensionales, c) Proyectar y elaborar todos los documentos necesarios dentro del respectivo proceso de cobro coactivo en primera y segunda instancia, tales como: resoluciones de cobro, notificaciones, agotamiento de la vía gubernativa, mandamientos de pago, medidas cautelares, autos resolviendo excepciones y recursos en*



general, todos y cada uno de los documentos, oficios y actos que deban ser expedidos y suscritos por el Juez demás funcionarios del Juzgado de Jurisdicción Coactiva. (folio 266 a 269 Tomo 1) como del interrogatorio al precitado representante se puede colegir que la sociedad convocante facilitó, suministró, creó, efectuó, implementó, contrato, pagó y produjo todas las herramientas necesarias para llevar finalmente la labor de cobro coactivo de las cuotas partes pensionales de las entidades descentralizadas a manos de la entidad contratante, tuvo a sus espaldas toda la carga de recaudo de un impuesto de carácter parafiscal que como se ha dicho en el devenir de este laudo, le compete única y exclusivamente a la entidad estatal por el grado de constitucionalidad dado a esta función administrativa.

Con los testimonios de los señores Wilberto Galvis y Jenner Cantillo, auxiliar administrativo y Gerente del Fondo Distrital de Pensiones de aquel momento, se vislumbra que **GEYCOM - GESTIÓN Y CONSULTORIA LTDA** era quien sistematizaba, actualizaba y suministraba la información a la entidad contratante, ellos eran quienes manejaban bajo todo su dominio el software implementado para el recabo de la información de las entidades deudoras y también la formulas aritméticas que fueron usadas para su determinación.

No encuentra este Tribunal demostrado de ninguna manera, que el Fondo Distrital de Pensiones Públicas en liquidación de Santa Marta como entidad estatal, haya tenido siquiera el manejo de personal o apoyo suficiente que mostrara la regulación de tal actividad; el mismo Fondo de Pensiones no conocía quienes le debían evidenciándose sin más velos que la sociedad convocante era quien controlaba, desde la etapa primigenia, quienes eran deudores de la contratante para luego efectuar su labor de recaudo y cobro.

El Fondo de Pensiones en Liquidación desbordó todas las facultades expresamente establecidas dentro del decreto 198 de 28 de julio de 2004 como las constitucionalmente declaradas, desconociendo con ello el marco constitucional de la distribución de los poderes públicos asignados a la rama ejecutiva, atribuida a los órganos que hacen parte



de la estructura del Estado, con diversas competencias, dando paso triunfal a la nulidad por objeto ilícito desatado en esta oportunidad.

Para tal efecto, se ha señalado que para la configuración de esta causal de nulidad *“es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que dicha prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal”*²¹.

Al respecto, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que:

“(...) la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado en distintas oportunidades que, para que se configure la causal, de nulidad contemplada en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el negocio jurídico debe estar prohibido bien por una norma constitucional o por una norma con fuerza de ley (...)

Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares -art. 355 CP-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años -ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años -ley 9 de 1989, etc.

*De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato (...) **“contra expresa prohibición constitucional o legal.” Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la***

²¹DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo, Régimen jurídico de la contratación estatal, Segunda edición, Bogotá: Legis, 2016, p. 751.



celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente²².

En igual sentido, y en aras de ratificar lo expresado, jurisprudencia posterior ha sostenido:

“Bajo esta perspectiva, se tiene que si con la celebración de un contrato estatal se violan normas constitucionales o legales, ello acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del respectivo contrato, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico en asuntos de orden público dará lugar a la ilegalidad del acto correspondiente; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.

A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas²³.”

Para el caso concreto, la aplicabilidad de esta causal resulta fundamentada toda vez que dicho acuerdo de voluntades fue celebrado en contra de expresa prohibición constitucional, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 44 numeral segundo de la Ley 80 de 1993, tal como se ha probado en el presente trámite arbitral. Así la

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31.480.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Exp. 15.324.

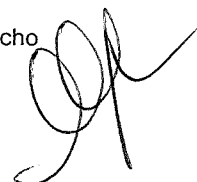


cosas, se ratifica la configuración de esta causal de nulidad absoluta, toda vez que concuerdan los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para tal efecto, esto es, la violación del régimen de prohibición constitucional y que la prohibición sea expresa y explícita.

De acuerdo con el anterior planteamiento, y como consecuencia de la nulidad absoluta total originada en objeto ilícito que afectó el contrato de prestación de servicios profesionales, no es posible decretar prestaciones económicas ni de ningún otro tipo en favor de ninguna de las dos partes que han actuado en el presente litigio.

Siendo ello así, deben ser denegadas todas las pretensiones de la parte actora, relacionadas con el pago de prestaciones económicas de toda índole y solo cabría determinar si hay lugar o no al reconocimiento por obras ejecutadas a que se refiere el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, y en caso afirmativo habría que descontarse toda suma o prestación económica que el Distrito de Santa Marta hubiere cancelado, por cualquier concepto, a la convocante, incluso lo pagado en acatamiento de la orden proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta que decidió aprobar el contrato de transacción suscrito entre los sujetos procesales de esta Litis, por valor de Doscientos Veintiséis Millones Seiscientos Treinta y Cuatro Mil Doscientos Setenta y Dos pesos con Sesenta Centavos (\$226.634.272.60)

Ahora bien, el legislador ha sido tajante cuando señala que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, según se determina en el artículo 1525 de la codificación civil, y según esta norma, como en el caso que se está decidiendo se ha establecido que el contrato de prestación de servicios profesionales para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de cobros persuasivos y jurisdicción coactiva, de los créditos causados a favor del contratante del Fondo Distrital de Pensiones en Liquidación de Santa Marta por concepto de cuotas partes pensionales, está afectado de nulidad absoluta en su totalidad, resultaría que no habría lugar a las restituciones mutuas, porque



decretarlas equivaldría a hacer producir efectos a un acto que por ser absolutamente nulo no puede producirlos y más cundo no cuenta con lo establecido dentro del artículo 48 de la ley 80 de 1993 que en su tenor literal expresa:

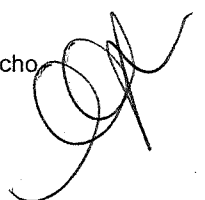
“DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD: *la declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

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

Entiéndase el contrato de ejecución sucesiva o tracto sucesivo como aquel en el que las obligaciones de las partes, o de una de ellas a lo menos consisten en prestaciones periódicas o continuas, desarrollándose continuamente en el tiempo, mientras que, el contrato que en esta jurisdicción se destraba, corresponde en su naturaleza a un contrato de prestación de servicios cuya ejecución es instantánea sus honorarios se derivan de lo recaudado efectivamente por la gestión de cobro efectuada por la sociedad convocante, es decir, las obligaciones con dicho pacto se cumplían en un solo momento por lo que lo reglado en el artículo en mención no provocaría los efectos económicos que allí se han previsto.

Al respecto el Consejo de Estado ha sentado su criterio de la siguiente manera:

“Como se ha mencionado, en las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, según su parte inicial, se incorporaron las causales de nulidad absoluta



consagradas en el régimen legal que integra el aludido “derecho común”, y por ende serán aplicables aquellas otras disposiciones contenidas en el mismo Código Civil sobre la materia, y aplicadas en los términos que las mismas han sido entendidas por la jurisprudencia que ha construido la Corte Suprema de Justicia y la doctrina.

Solo procederán las debidas restituciones en los términos de los artículos 1746 del C.C. y 48 de la Ley 80 de 1993, esto es, el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. En canto al beneficio de la entidad, la norma señala que se entenderá cumplido cuando hubieren servido para satisfacer el interés público.

Lo único que procede en los términos de ley, es el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria, que hayan beneficiado el interés público. No es posible pronunciarse sobre el pago de perjuicios causados por omisiones atribuidas a la entidad estatal en la ejecución del contrato.

La óptica de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, más allá del análisis probatorio necesario realizado en cada una de las pretensiones, impide que el Tribunal declare los incumplimientos solicitados en las pretensiones independientes o no de su existencia, y se traducirá solo en determinar si cumplieron prestaciones en beneficio del interés público que no hayan sido reconocidas. La declaratoria de nulidad tiene efectos ex tunc, y deben restaurarse las cosas al estado en que se hallarían si dicho contrato no se hubiera celebrado. Por virtud de este efecto retroactivo, la sentencia que lo declare, debe regular



*las prestaciones mutuas de los contratantes, hasta donde lo permita el acervo probatorio*²⁴.

De igual manera mediante sentencia de fecha 14 de mayo de 2019, sección tercera, radicado 25000232600020040081701 (37690), MP: Ramiro Pazos Guerrero; el Consejo de Estado ilustró los efectos de la nulidad absoluta del contrato estatal aludiendo

“En primera medida, aludió a que la nulidad absoluta cuando este se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional, según lo previsto en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se configura cuando haya una violación del régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, y si bien es capaz de hacer desaparecer el contrato desde el momento mismo de su celebración, también se generan otros efectos.

Entonces, sobre los efectos se indicó que, según el artículo 48 de la Ley 80, se deberán reconocer y pagar las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad, siendo que el reconocimiento y pago resulta procedente inclusive en aquellos casos en que la declaratoria de nulidad haya sido ocasionada por objeto o causa ilícita, siempre y cuando se compruebe que la entidad estatal contratante hubiese obtenido un beneficio de la contratación.

*Lo anterior quiere decir que las prestaciones cumplidas alcancen a lograr la satisfacción del interés público, caso en el cual el monto de las prestaciones a reconocer será igual al beneficio recibido.*²⁵

En consecuencia, esta agencia considera que debido a que existe un pronunciamiento de fondo por parte del Juzgado Primero Administrativo de Santa Marta el cual con su proveído aprobó el

²⁴Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo de 9 de diciembre de 2013. Grupo Empresarial Vías de Bogotá S.A.S. contra Instituto de Desarrollo Urbano – IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A.

²⁵ Nota de relatoria tomada de la providencia remitida y difundida por el Despacho de la magistrada María Victoria Quiñones Triana y su equipo de trabajo del Tribunal Administrativo del Magdalena: “Desde Santa Marta fortaleciendo el conocimiento jurídico”)



contrato de transacción suscrito entre las partes de este asunto por valor de Doscientos Veintiséis Millones Seiscientos Treinta y Cuatro Mil Doscientos Setenta y Dos pesos con Sesenta Centavos (\$226.634.272.60), este Tribunal no decretará ningún tipo de restituciones mutuas dado a que dicho pronunciamiento produce efectos de cosa juzgada y así habrá de resolverse.

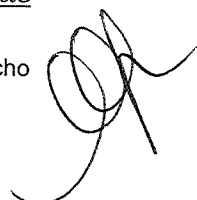
Por otra parte y de conformidad con la solicitud elevada por el Agente del Ministerio Público en el que se peticiona se efectúe por parte de este Tribunal la compulsas de copias de la actuación indebida perteneciente al pago de honorarios convenidos contractualmente derivados del porcentaje del total de las cuotas pensionales recaudadas por la gestión de Geycom – Gestiones y Consultoría LTDA, esta Sala se permite indicar que no comparte el criterio del Ministerio Público en virtud de las razones expuestas en líneas anteriores respecto a las restituciones mutuas las cuales se encuentran desarrolladas también vía jurisprudencial por nuestro Honorable Consejo de Estado, se negará la solicitud y así se dejará sentado en la parte resolutive de este Laudo Arbitral.

De conformidad a las motivaciones antes esbozadas esta Sala por encontrarse probada la nulidad absoluta por objeto ilícito del contrato de prestación de servicios profesionales en comento, se abstuvo de pronunciarse respecto a las excepciones deprecadas por el Distrito Turístico, Cultural E Histórico De Santa Marta y el Ministerio Público de conformidad con lo establecido al interior del artículo 282 del CGP y así habrá de proveerse.

“RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES: (...)”

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que



en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.” (subrayado por fuera del texto).”

Pretensión de costas y gastos

En la pretensión 4.4 de la demanda, la convocante solicita se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho del proceso, del mismo modo, la parte convocada a folio 415 del Tomo 2 petitionó la condena en costas para la parte convocante.

Dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirá por las normas del Código General del Proceso. Y éste, en el artículo 385 del Código General del proceso, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Evidentemente, la entidad demandante, GEYCOM-GESTIONES Y CONSULTORÍAS LTDA, resulta vencida, como ha quedado expuesto en las consideraciones de este laudo, y, por consiguiente, se procede la imposición de la condena correspondiente a su cargo.

En consecuencia, GEYCOM-GESTIONES Y CONSULTORÍAS LTDA deberá reembolsar a el DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA lo que ésta pagó por concepto del 50% del funcionamiento del Tribunal Arbitral, por valor de Ciento Treinta y Ocho Millones Seiscientos Treinta y Cinco Mil Quinientos Ochenta y Cuatro Pesos Moneda Corriente (\$138.635.584) Y a partir de los treinta días siguientes a la ejecutoria del laudo, en caso de no pago, intereses comerciales a la tasa más alta autorizada por la Superfinanciera.

Igualmente, por concepto de las costas se tendrá en cuenta las agencias en derecho en la suma de **Ciento Veintidós Millones Novecientos Cincuenta y Siete Mil Doscientos Ochenta Pesos moneda corriente (\$122.957.280)**, que la entidad convocante deberá pagar dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del laudo y con intereses comerciales a la tasa más alta en caso a partir de ese momento; y así se impondrá en la

parte resolutive, a favor del DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA.

En mérito de las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales entre **GEYCOM-GESTION Y CONSULTORIA LTDA** contra el **DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA** administrando justicia en nombre de la República de Colombia, debidamente habilitado por las partes, y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERA: Niéguese la excepción de falta de competencia propuesta por parte de la convocada y el Ministerio Público de conformidad a las motivaciones contenidas en el presente laudo.

SEGUNDO: Decretar probada la nulidad absoluta por objeto ilícito del contrato de prestación de servicios para la implementación y apoyo del cobro mediante el procedimiento de cobros persuasivos y jurisdicción coactiva de los créditos causados a favor del contratante del Fondo Distrital de Pensiones en Liquidación de Santa Marta por concepto de cuotas partes suscrito en fecha 6 de octubre de 2005 así como el otro sí de fecha 26 de septiembre de 2007, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Por sustracción de materia, negar las pretensiones de la demanda y las excepciones a la misma, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Niéguese las restituciones mutuas solicitadas por el Agente del Ministerio Público de conformidad a lo esbozado en la parte motiva de este laudo.

QUINTO: Niéguese la solicitud de compulsión de copias instada por el Ministerio Público como quiera que no se encuentran méritos para ello de conformidad a la parte motiva de este proveído.

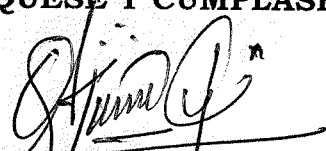


SEXTO: Condenar a GEYCOM- GESTION Y CONSULTORIA LTDA a pagarle a el DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA agencias en derecho de conformidad con lo establecido al interior del acuerdo No. PSSA 16-10554 de 5 agosto de 2016, articulo 5, literal g, punto (iii) correspondiente al tres por ciento (3%), por la suma de **Ciento Veintidós Millones Novecientos Cincuenta y Siete Mil Doscientos Ochenta Pesos moneda corriente (\$122.957.280)**, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del laudo e intereses a la más alta tasa en caso de pagarse en los términos expuestos en la parte motiva de este laudo.

SEPTIMO: Ordenar la expedición, por la Secretaría del Tribunal, de copia auténtica de este laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley y copia simple al Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta.

OCTAVO: En los términos del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, ordenar a la Secretaría hacer entrega del expediente completo del trámite arbitral, incluyendo el original del Laudo Arbitral, para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Santa Marta para el Magdalena.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


Omar Avendaño Calvo
Presidente


Francisco Martínez Ariza
Arbitro


Marcos Rafael Rosado Garrido
Arbitro


Claudia P. Gómez Martínez
Secretaria del Tribunal

