



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente (e): HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)

RADICACIÓN: 44001233100020030065701
EXPEDIENTE: 33395
ACTOR: UNION TEMPORAL PUBLIENERGY LIMITADA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN JUAN DEL CESAR
REFERENCIA: CONTRACTUAL

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira el siete (7) de septiembre de dos mil seis (2006), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.- Declarar probada la excepción de contrato no cumplido.

SEGUNDO.- Negar todas las súplicas de la demanda.

TERCERO.- Sin costas en la instancia.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.



Mediante demanda presentada el 26 de septiembre de 2003, la unión temporal Publienergy Ltda., – Jair Betancourt y cada uno de sus integrantes¹, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas contra el municipio de San Juan del Cesar, departamento de La Guajira:

***“PRIMERA:** Que es nula la Resolución Número 207 de septiembre 26 de 2001, por la cual se declara unilateralmente la terminación del contrato de concesión para la prestación del servicio de Alumbrado Público Número 044 de 2000, en el Municipio de San Juan del Cesar (La Guajira).*

***SEGUNDA:** Que se declare el incumplimiento del Contrato de Concesión para la prestación del servicio de Alumbrado Público en el Municipio de San Juan del Cesar (La Guajira), Número 44 de diciembre 5 de 2000 celebrado entre el **Municipio de San Juan del Cesar La Guajira** y la firma **Unión temporal Publienergy Ltda – Jair Betancourt Rivera**.*

***TERCERA:** Que en ambos casos y como consecuencia se **CONDENE** a la entidad demandada, **MUNICIPIO DE SAN JUAN DEL CESAR (LA GUAJIRA)** al reconocimiento y pago a favor de mi mandante de los valores correspondientes a la indemnización de perjuicios ocasionados por la falta de perfeccionamiento del Contrato de Concesión para la prestación del servicio de Alumbrado Público No. 44 de 2000 y la expedición de la Resolución Número 207 de Septiembre 26 de 2001, mediante la cual se declaró la terminación unilateral del contrato. Monto que ha de ser actualizado en su valor conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.*

***CUARTA:** A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.” (La negrilla es del texto).*

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

¹ Poder otorgado por Jair Betancourt en nombre propio y en representación de la unión temporal, folio 24, cuaderno1.



2.1. El municipio del San Juan del Cesar, autorizado por su concejo municipal y previo el procedimiento licitatorio pertinente, suscribió con la unión temporal conformada por Publienergy Ltda., y Jair Betancourt, el contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público No. 044, con fecha 5 de diciembre de 2000.

2.2. Dentro del pliego licitatorio y como parte integral del contrato, se estimó que la administración municipal firmaría un convenio con Electricaribe S.A. E.S.P., empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, para que fuera ésta la que facturara el impuesto de alumbrado público y lo recaudara a través del sistema financiero, el cual a su vez serviría como base de la remuneración al concesionario.

2.3. La unión temporal requirió a la administración municipal y, al no recibir respuesta, presentó petición para solicitar la firma del convenio interadministrativo, frente a lo cual solo recibió comunicación de 11 de junio de 2001 suscrita por la asesora jurídica del municipio, en la cual se afirmó que la suscripción del convenio interadministrativo no tenía nada que ver con el contrato de concesión que se había firmado y, por otra parte, la asesora jurídica llegó a sostener que el contrato de concesión era inexistente.

2.4. Con fecha junio 21 de 2001, la unión temporal envió comunicación mediante la cual realizó aclaraciones a la asesora jurídica del municipio y le manifestó que se encontraba a la espera de la firma del convenio interadministrativo, sobre lo cual no recibió respuesta.

2.5. Mediante resolución No. 207 de 26 de septiembre de 2001 el municipio de San Juan del Cesar declaró la terminación unilateral del contrato de concesión No. 044, acto que, según afirmó la demandante, no le fue notificado y por ello, tuvo que acudir a solicitar una copia de la respectiva resolución.



2.6. La unión temporal solicitó la celebración de una audiencia de conciliación prejudicial, la cual se declaró fallida por cuanto el municipio manifestó la carencia de ánimo conciliatorio con apoyo en las consideraciones expuestas en la resolución No. 207².

3. Concepto de violación.

La demandante expuso el concepto de violación, en siguiente orden:

3.1. Acerca de la falta de la póliza única de garantía exigida en el contrato lo cual según el municipio dio lugar a la ineficacia del contrato, la demandante indicó que la póliza de seguro no es un requisito de perfeccionamiento del contrato estatal de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

3.2. En relación con la indeterminación de la cláusula de valor y la ausencia del monto de la remuneración, lo cual, según el municipio, acarrea la nulidad absoluta del contrato de concesión, la demandante observó que el precio del contrato era *determinable*, en la medida que se conocería en su ejecución con base en las prestaciones del alumbrado y el valor del recaudo. Agregó que jurídicamente resultó viable la formulación del precio indeterminado pero determinable, de acuerdo con el artículo 1518 del Código Civil, aplicable al contrato de concesión por virtud del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

3.3. La demandante invocó la violación del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que, según afirmó, la terminación unilateral del

² Folio 150, cuaderno 1.



contrato se aplicó de plano, sin oportunidad de formular descargos ni presentar pruebas y la resolución correspondiente no le fue notificada en debida forma, en violación de los artículos 23 y 77 de la Ley 80 de 1993.

3.4. Igualmente afirmó que se presentó la violación del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 por cuanto el municipio no le respetó el derecho de contradicción y del artículo 50 del C.C.A., referido a la oportunidad para interponer recursos en la vía gubernativa.

3.5. Indicó la violación del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, acerca del cual la demandante expuso que *“con el cambio de administración municipal se suscitó un cambio de interpretación de las cláusulas del contrato”*³, toda vez que el municipio desconoció que el convenio de recaudo con Electricaribe S.A. E.S.P., era necesario para cumplir con la remuneración del contrato de concesión a su cargo. Aseveró la demandante que de acuerdo con comunicación que le dirigió el municipio, *“quedaba supeditada la legalización del contrato de concesión a la firma del convenio”*.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de La Guajira admitió la demanda por auto de 1º de octubre de 2003⁴.

4.2. Se ordenó la práctica de pruebas mediante auto de 4 de marzo de 2004; el Tribunal *a quo* decretó las documentales aportadas por la parte demandante y ordenó a

³ Folio 12, cuaderno 1.

⁴ Folios 123 y 124, cuaderno 1.



la parte demandada allegar la documentación en su poder. En el mismo auto negó la prueba pericial solicitada por la demandante, por considerarla improcedente en relación con la necesidad de determinar los gastos en que habría incurrido para presentar propuesta en la licitación y por la falta de determinación del objeto de la prueba pericial en relación con las denominadas proyecciones futuras que solicitó la demandante.

4.3. De conformidad con el auto de 2 de mayo de 2005, se dispuso mantener el expediente en secretaría para que las partes expresaran el ánimo conciliatorio, para efectos del artículo 104 de la Ley 446 de 1998, oportunidad en la cual ambas partes guardaron silencio⁵.

5 Contestación de la demanda.

En la contestación a la demanda el municipio de San Juan del Cesar aceptó como ciertos los hechos referentes a la firma del contrato, negó las condiciones contractuales que la demandante afirmó y se opuso a todas las pretensiones.

Observó que el contrato de concesión no se ejecutó debido a que la contratista no otorgó las garantías correspondientes.

Negó la falta de notificación de la decisión de terminación unilateral del contrato de concesión e hizo constar que la unión temporal fue notificada por edicto que se fijó el 23 de octubre de 2001, previa la citación correspondiente.

⁵ Folios 208 y 209, cuaderno 1.



Presentó las **excepciones** de: **i)** contrato no cumplido, la cual hizo consistir en que la contratista no legalizó el contrato, en el sentido de que no constituyó las garantías requeridas y que la obligación de otorgar la póliza de seguro no estaba condicionada a la firma del convenio de recaudo; **ii)** inexistencia de los derechos reclamados, la cual se apoyó en que la contratista incumplió el contrato y por ello, no puede reclamar una indemnización derivada de la falta de ejecución del mismo. Preciso que de acuerdo con la cláusula décimo segunda del contrato de concesión, la ejecución del contrato debía iniciarse en 90 días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de la aprobación de las garantías contractuales, lo cual no tuvo lugar.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

La parte demandante, en sus alegatos, reiteró el contenido de la demanda y solicitó tener en cuenta el acápite de normas violadas y el concepto del quebrantamiento legal y supralegal en que incurrió el municipio.

La entidad demandada guardó silencio en la oportunidad para presentar alegatos.

El **Ministerio Público** conceptuó que las súplicas de la demanda debían desestimarse, por las siguientes razones:

i) El contrato de concesión está sometido al imperativo de otorgar la garantía única de cumplimiento, por parte del contratista, de acuerdo con el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 y el Decreto No. 679 de 1994 y, por su parte, en el contrato de concesión No. 044 se pactó la terminación del contrato en caso de la negativa a constituir las garantías. En relación con el respeto del debido proceso observó que no tuvo lugar toda



vez que en el expediente aparece la citación que se le hizo a la concesionaria para notificarla de la resolución No. 207 y el edicto que se fijó para el efecto correspondiente.

ii) Igualmente, el Ministerio Público advirtió la **nulidad del contrato de concesión** No. 044 de 2000, de la siguiente manera:

“Es de resaltar, que también nos encontramos ante la nulidad absoluta del contrato No. 044 por cuanto se celebró con abuso de poder, causal ésta consagrada en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que al no fijarse en el contrato el término de su duración, está dando pie para que este sea indefinido, lo cual contraría el mismo pliego de condiciones, que son los oferentes que estipularán el plazo de su propuesta, sin exceder de 20 años. Por la naturaleza del servicio de alumbrado público, se considera que nos encontramos ante la omisión de un requisito vital que tiene que ver con la prestación objeto del contrato, criterio que se encuentra fundamentado en los artículos 1740 y 1741 del C.C.”

7. **La sentencia impugnada.**

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 7 de septiembre de 2006, declaró probadas las excepciones de contrato no cumplido e inexistencia de los derechos reclamados y negó todas las súplicas de la demanda, según se lee en la parte resolutive de su decisión, tal como se citó al inicio de esta providencia.

El Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

“Dado que en concepto de la Sala todo el debate de este asunto surge a raíz de las comunicaciones que se cruzan contratista y administración durante los días 4 y 5 de diciembre se hará el análisis especial de ellas.

(...)

”El Alcalde en su oficio de diciembre 5/00 autoriza al contratista para que ‘legalice’ su contrato, solo luego de que ocurra la suscripción de un convenio entre el municipio y Electricaribe.



Tal autorización si bien es cierto es la que le ha dado origen a este debate judicial, no es menos que resulta inocua jurídicamente por las razones que a continuación se precian:

El pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso, pero no porque se suscriba el contrato producto de la licitación aquel deja de producir efectos (...) luego no podían las partes a posteriori y prevalidas de que el concurso había terminado, variar el contenido del contrato a suscribirse. (...). Es esta una razón para que el oficio de diciembre 5 de 2000 sea irrelevante frente a las obligaciones iniciales del contratista: éste debía obligatoriamente constituir las garantías necesarias para proceder a ejecutar el contrato.

(...)

Las obligaciones de las partes son recíprocas en cuanto que la obligación de cada una es la fuente de la obligación de la otra, pero además son sucesivas, no coetáneas (...). En este evento, la primera obligación contractual -ya estaba perfeccionado el acuerdo – era suscribir las pólizas por parte del contratista, luego que las aprobara la administración, en seguida que el contratista cumpliera el objeto contractual y por último que la administración pagara el valor de lo ejecutado.

Como se ve, a la cadena de sucesivas obligaciones no se dio cumplimiento, porque quien primero debía hacerlo se negó sistemáticamente a ello.

(...)

En síntesis, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, toda vez que siendo ineficaz lo acordado por las partes ad látere del contrato (oficios de diciembre 4 y 5 de 2000) subsistía para el contratista la obligación contractual y legal inicial (art. 41 L. 80/93), de constituir las pólizas que garantizaban el cumplimiento de lo convenido (...).”

8. El recurso de apelación.

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia y en el mismo escrito sustentó su recurso, el 20 de septiembre de 2006. En la sustentación destacó que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 no erige la póliza como requisito de perfeccionamiento



del contrato e invocó la sentencia del Consejo de Estado⁶, según la cual el contratista puede exonerarse de cumplir el contrato frente a las consecuencias económicas del incumplimiento de la Administración, cuando se le genera una razonable imposibilidad de cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.

En resumen, sustentó las razones de su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en la siguiente forma:

“En el caso sub examine, tenemos que para una efectiva iniciación de la ejecución del Contrato debía suscribirse el contrato interinstitucional (...) pues la entidad contratista no podía dar inicio a la prestación de ese servicio, cuando no se había determinado quien iba a efectuar el cobro de ese servicio, el cual no estaría a su cargo (...). De tal manera que con la decisión de terminación unilateral del contrato la administración pública traicionó lo pactado y vulneró la confianza en ella puesta.”

En la oportunidad para presentar los alegatos dentro del trámite de la segunda instancia, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** las pruebas aportadas al proceso; **3)** las disposiciones de la Ley 143 de 1994 y la

⁶ Sentencia de 31 de enero de 1991, Consejero Ponente Julio César Uribe.



regulación del servicio de alumbrado público; **4)** excepción de contrato no cumplido; **5)** el caso concreto y **6)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

1.1. Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la estimación razonada de la cuantía se presentó por \$373'388.978, valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$166'000.000)⁷, exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005⁸ para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

1.2. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del litigio entablado en relación con el contrato de concesión No. 44, suscrito el 5 de diciembre de 2000, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁹ contentiva del Régimen de Contratación Estatal, el cual dispuso las reglas y principios de los contratos estatales y definió cuáles se han de tener como entidades estatales para efectos de la citada Ley, definición en cuyo contenido se encuentran cobijados los municipios, por disposición de la letra a) del numeral 1º del artículo 2 de la citada Ley¹⁰,

⁷ De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2003 (\$332.000), toda vez que la demanda se presentó el 26 de septiembre de 2003 y el recurso de apelación se interpuso el 20 de septiembre de 2006, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 237, cuaderno principal).

⁸ Diario Oficial 45.983

⁹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa."

¹⁰ "Artículo 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

Se denominan entidades estatales:

"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado



como es el caso de la entidad contratante ahora demandada, municipio de San Juan del Cesar.

En el mismo sentido, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de ley 446 de 1998, vigente para el momento en que se presentó la demanda, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se hallaba instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen legal de contratación de la respectiva entidad.

No sobra mencionar que la Ley 80 expedida en 1993 se refirió en forma específica al contrato de concesión, en el artículo 32, como una de las modalidades contractuales que se rige por el Régimen de la Contratación Estatal.

1.3. El numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en su letra d) dispuso acerca del término de caducidad de la acción contractual:

“d) En los [contratos estatales] que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;”

A partir de la norma citada, tal como fue modificada por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, en relación con el término de caducidad de la acción contractual, la Sección

tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...).” (La subraya no es del texto).



Tercera del Consejo de Estado ha establecido reiteradamente que en tratándose de contratos sometidos al procedimiento de liquidación, el término de caducidad de la acción contractual se debe computar a partir del acto de liquidación del contrato estatal y si no hubiere tal acto, a partir del vencimiento del término contractual o legalmente establecido para liquidar el respectivo contrato estatal.

En el caso concreto se observa que el contrato de concesión No. 044 de 2000 se terminó mediante la declaración unilateral del municipio de San Juan del Cesar, contenida en la resolución No. 207 de septiembre 26 de 2001, en la cual se ordenó la liquidación del contrato en el estado en que se encontraba.

De acuerdo con las pruebas obrantes en este proceso se establece que la referida resolución fue notificada por edicto previa citación enviada por correo certificado a la contratista, desfijado el 7 de noviembre de 2001¹¹, fecha a partir de la cual empezó a contar el término de caducidad de la acción contractual, que es de dos (2) años –es decir hasta el 7 de noviembre de 2003- de conformidad con lo establecido en la citada letra d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, se observa que la demanda se presentó oportunamente, el 26 de septiembre de 2003, por lo cual no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual y, por ello, le asiste a la Sala competencia para conocer del caso *sub lite*.

2. Las pruebas aportadas al proceso.

¹¹ Folios 115 a 118, cuaderno 1. Frente a la prueba de la notificación del acto administrativo de terminación unilateral del contrato, la demandante no presentó reparo y por el contrario, dejó de lado los planteamientos iniciales acerca de la violación al debido proceso por falta de notificación.



Las siguientes pruebas documentales fueron debidamente aportadas al proceso en copia simple o en fotocopia autenticada, por lo tanto, se valorarán como pruebas, de acuerdo con la jurisprudencia vigente¹²:

2.1. Acuerdo No. 021 del 6 de septiembre de 2000 emanado del concejo municipal de San Juan del Cesar, mediante el cual, con apoyo en las facultades conferidas por los numerales 3 y 4 del artículo 313 de la Constitución Política, se autorizó al alcalde del municipio para que en el *“término de tres (3) meses contrate mediante licitación pública por el sistema de concesión el suministro, instalación, mantenimiento, expansión y administración de la infraestructura y demás elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio, el cual podrá contratar con personas naturales o jurídicas o con una empresa de economía mixta creada para esta fin, así como el suministro de energía para dicho alumbrado.”*¹³

2.2. Pliego de condiciones de la contratación de la concesión para la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio de San Juan del Cesar, departamento de La Guajira, de fecha noviembre 9 de 2000¹⁴.

2.3. Aviso de prensa, publicado el 2 de noviembre de 2000, contentivo de la convocatoria a la licitación pública nacional No. 002 de 2000¹⁵.

¹² Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera el 28 de agosto de 2013.

En dicha providencia, se indicó que la postura de la Sala quedó unificada en el sentido de aceptar la valoración de los documentos aportados en copias simples que han hecho parte del expediente toda vez que frente a estos *“se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido”*.

¹³ Folio 29, cuaderno 1.

¹⁴ Folios 31 a 80, cuaderno 1.

¹⁵ Folio 81, cuaderno 1.



2.4. Minuta del contrato de concesión¹⁶.

2.5. Resolución No. 241 (bis) de 2 de noviembre de 2000, emanada de la alcaldía municipal de San Juan del Cesar, mediante la cual se ordenó la apertura de la licitación No. 02 de 2000, con el objeto de contratar por el sistema de concesión el servicio de alumbrado público del municipio de San Juan del Cesar¹⁷.

2.6. Adendo No. 1 de la licitación pública No. 02 de 2000, en el cual se incorporó un cuadro contentivo de los tipos de luminarias a operar y mantener después de la repotenciación¹⁸.

2.7. Adendo No. 2 de la licitación 02 de 2000, en el cual consta que la fecha de cierre fue prorrogada hasta el 20 de noviembre de 2000¹⁹.

2.8. Acta de cierre de la licitación 02 de 2000, con fecha 20 de noviembre de 2000, suscrita por el alcalde municipal, el contralor municipal, el secretario de planeación y el presidente del concejo municipal, en la cual se hizo constar el recibo de la propuesta presentada por Publienergy Ltda., y se dio apertura al sobre, dejando constancia del siguiente contenido:

*“VALOR DE LA PROPUESTA: (\$369’051.000)
PLAZA (SIC) DE LA CONCESIÓN VEINTE AÑOS
TIEMPO DE REPOTENCIACIÓN SEIS MESES*

¹⁶ Folios 82 a 86, cuaderno 1.

¹⁷ Folio Folios 87 y 88, cuaderno 1.

¹⁸ Folio 184, cuaderno 1.

¹⁹ Folio 183, cuaderno 1.



INICIACIÓN UN MES DESPUÉS DE LA LEGALIZACIÓN”²⁰

2.9. Acta de evaluación de la licitación 02 de 2000, con fecha 27 de noviembre de 2000, suscrita por el alcalde municipal y el secretario de planeación, contentiva de la evaluación de la propuesta presentada por la unión temporal Publienergy Ltda., – Jair Betancourt, calificada con un total de 775 puntos. En relación con el ítem de precio consta en el acta que la oferta se presentó por \$369’051.000 y se encontró ubicada *“dentro del rango del 10% del presupuesto oficial.”²¹*

2.10 Resolución No. 257 de 28 de noviembre de 2000, emanada de la alcaldía municipal de San Juan del Cesar, mediante la cual se decidió adjudicar el contrato de la licitación pública No. 02 de 2000 a la *“Unión temporal Publienergy Ltda y/o Jair Betancourt”*. De acuerdo con el considerando contenido en la letra d) de la citada resolución, el contrato se adjudicó por la suma de \$369’051.000²².

2.11. Comunicación de diciembre 4 de 2000, mediante la cual el representante legal de la unión temporal indicó a la alcaldía del municipio:

- *“Como condición para la LEGALIZACIÓN del Contrato de Concesión para el Alumbrado Público del Municipio, suscrito entre la Unión temporal **PUBLIENERGY LTDA – JAIR BETANCOURT** y el Municipio de **SAN JUAN DEL CESAR (GUAJIRA)**, este se sustenta con la efectividad del **CONVENIO** entre el Municipio de **SAN JUAN DEL CESAR (GUAJIRA) Y ELECTRICARIBE.**”*
- *“EL **CONVENIO** entre el Municipio de **SAN JUAN DEL CESAR (GUAJIRA) Y ELECTRICARIBE**, hasta la fecha no se ha firmado, lo cual es un requisito fundamental para efectos de legalización del*

²⁰ Folio 177, cuaderno 1.

²¹ Folios 175 y 176. cuaderno 1.

²² Folio 89 y 90 cuaderno 1.



contrato entre la Unión temporal **“PUBLIENERGY LTDA JAIR BETANCOURT”** y el Municipio de **SAN JUAN DEL CESAR (GUAJIRA).**”

*“Considerando lo anterior se sujeta la legalización del contrato No. 044 de Concesión para la Prestación del servicio de Alumbrado Público en el Municipio de SAN JUAN DEL CESAR (GUAJIRA), a la firma de dicho CONVENIO entre el Municipio de **SAN JUAN DEL CESAR (GUAJIRA)** y **ELECTRICARIBE.**”²³*

2.12. Contrato No. 044 de 2000, suscrito el 5 de diciembre de 2000 entre el Municipio de San Juan del Cesar y la unión temporal Publienergy Ltda., - Jair Betancourt, con el siguiente objeto:

*“El objeto del presente contrato es realizar el mantenimiento de la infraestructura del **SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE SAN JUAN DEL CESAR GUAJIRA**, incluyendo el Suministro, Recuperación de Brazos, Herrajes y Fotocontroles, Instalación, Conversión, Expansión, Reemplazo, Renovación y Mantenimiento de las Luminarias y de los Accesorios Eléctricos así como el consumo de la energía eléctrica y en fin todo lo inherente y relacionado con el servicio de alumbrado publico en todo el territorio del **MUNICIPIO DE SAN JUAN DEL CESAR GUAJIRA** de conformidad con los requisitos y condiciones exigidos en los pliegos de la Licitación Pública No. 002 – del 2000 y la propuesta presentada por el **CONCESIONARIO.**”²⁴*

2.13. Comunicación de diciembre 5 de 2000, suscrita por el alcalde del municipio de San Juan del Cesar, dirigida a la unión temporal **“PUBLIENERGY LTDA. – JAIR BETANCOURT”**, en relación con la comunicación de diciembre 4 de 2000 con referencia a la legalización del contrato No. 044, en la cual se indicó lo siguiente:

“(…) les comunicamos:

“Que el contrato No. 044 de concesión para la Prestación del Servicio de Alumbrado

²³ Folio 96, cuaderno 1.

²⁴ Folios 91 a 95, cuaderno 1.



Público en el Municipio de SAN JUAN DEL CESAR (GUAJIRA) será legalizado por la Unión temporal PUBLIENERGY LTDA. – JAIR BETANCOURT, a la firma del convenio entre el municipio de SAN JUAN DEL CESAR (GUAJIRA) y ELECTRICARIBE”.

2.14. Comunicación de abril 13 de 2001 suscrita por el representante legal de la unión temporal Publienergy Ltda., – Jair Betancourt, dirigida al alcalde del municipio, en la cual recordó a la alcaldía la situación del contrato y la urgente necesidad de conseguir la formalización y legalización del convenio con Electricaribe S.A. E.S.P.²⁵.

2.15. Comunicación de junio 11 de 2001 suscrita por la asesora jurídica y secretaria general del municipio de San Juan del Cesar, mediante la cual dio respuesta a la unión temporal Publienergy Ltda., – Jair Betancourt, en el sentido de observar que el contrato No. 044 no se encontraba legalizado por la falta de la garantía única y por lo tanto, según esa comunicación, se consideraba un contrato inexistente. En la misma comunicación se agregó que en ningún momento se pactó que para efectos de legalizar el contrato de concesión era necesario que se suscribiera el convenio con Electricaribe.

En el párrafo final de esta comunicación se lee:

“Con fundamento en esta determinación y a efectos de iniciar el respectivo trámite para declarar la inexistencia de este contrato, la administración les concede un término de diez (10) días contados a partir del recibo de la presente a efectos de presentar su concepto al respecto, vencido este término el municipio procederá a expedir el correspondiente acto administrativo.”²⁶

2.16. Comunicación de junio 21 de 2001, suscrita por el representante de la unión temporal Publienergy Ltda., – Jair Betancourt, dirigida a la asesora jurídica del municipio de San Juan del Cesar, en la cual manifestó:

²⁵ Folios 98 y 99, cuaderno 1.

²⁶ Folios 161 y 162, cuaderno 1.



*“Como se puede observar la electrificadora debe realizar la facturación del impuesto y adicionalmente prestar el servicio de energía con destino al alumbrado público, obligaciones que establece el contrato de concesión, a cargo de la electrificadora, siempre y cuando exista el documento que comprometa a la electrificadora para con el Municipio a cumplirlas. Ese documento es el **CONVENIO DE SUMINISTRO DE ENERGIA Y FACTURACIÓN** que debe ser suscrito entre el Municipio y la electrificadora.*

(...)

*Ante la renuencia de ELECTRICARIBE para suscribir el convenio, debido supuestamente a unas deudas que tiene el Municipio con ella, el alcalde municipal de la fecha mediante comunicación de diciembre 5 de 2000 nos informó que **el contrato de concesión será legalizado a la firma del convenio entre el Municipio y ELECTRICARIBE.**” (La negrilla es del texto).*

En relación con el valor del contrato se lee:

“(...) los valores y precios del servicio están suficientemente descritos en los documentos de la licitación, pero el valor del contrato que consiste en la remuneración a que tiene derecho el concesionario, no se puede determinar, pues su base que es la facturación de energía a todos los usuarios del municipio no se conoce, por ser mes a mes y hacia el futuro.”²⁷

2.17. Solicitud de conciliación prejudicial, suscrita por el apoderado de la unión temporal Publienergy Ltda., – Jair Betancourt, con fecha de radicación 24 de junio de 2001²⁸.

2.18. Resolución No. 207 de septiembre 26 de 2001, por la cual se declaró unilateralmente la terminación del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público No. 044 de 2000.

En los considerandos de la resolución se lee:

“2. Que hasta la fecha el contratista no ha cumplido con la presentación de la garantía estipulada en el contrato (...). [L]o que es sumamente irregular, ya que para entrar en la etapa de ejecución de este contrato era necesaria e indispensable la aprobación de la póliza respectiva por parte de la

²⁷ Folio 103 y 104, cuaderno 1.

²⁸ Folios 105 a 108, cuaderno 1.



Administración Municipal, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, por lo que esta omisión es suficiente para dar por terminado el contrato (...) como se sabe la constitución y aprobación de las garantías del contrato hace parte de la noción de perfeccionamiento; por ello, la falta de constitución o aprobación **IMPLICA INEFICACIA DEL CONTRATO.**”

(...)

7. Que el contrato que analizamos debe limitarse en su objeto (...) sin que el contrato firmado como concesión tenga incluida ninguna cuantía determinada como contraprestación como lo ordena la ley, lo que no justifica la continuación irregular del mismo.

(...)

8. Que las condiciones pactadas y la forma como se quiso omitir situaciones legales en el contrato (...) nos llevará a solicitar una investigación al respecto (...), todavía no entendemos, del análisis del contrato, como pudo establecerse que la cuantía de dicho contrato es INDETERMINADA cuando esta estipulación riñe totalmente con los requisitos esenciales que la ley exige y que deben estar presentes en todo contrato oneroso, cualquiera que sea su tipo y en especial los contratos administrativos, dado que en cuanto a los requisitos esenciales la misma ley 80 de 1993 en su artículo 40 señala (...) . Conforme a ello y acudiendo al código civil (artículo 1497) la definición del **VALOR** es un requisito fundamental para la protección de aquellos contratos denominados **ONEROSOS** en los que las contraprestaciones que se pactan originan una contraprestación económica y para el caso específico este contrato de concesión reúne esas características, razón por la cual la indeterminación del mismo hace que el contrato esté incompleto haciéndolo ineficaz jurídicamente.”

(...)

9. Que de acuerdo con el artículo 17 numeral primero de la Ley 80 de 1993, la Administración Municipal de San Juan del Cesar, ante las exigencias del servicio público que requiere la operación del alumbrado público, la cual irregularmente ha sido otorgada en concesión a un particular quien ha incumplido en constituir las garantías pactadas, adicionando a lo anterior el hecho de que se estableció por parte del contratista una condición no pactada dentro del contrato como “requisito” para constituir las garantías y seguros que le correspondía presentar y así, según lo manifestado por el concesionario, procede a la ejecución del mismo. (...). Esta imposición por parte del contratista es otro hecho por demás insólito dado que en ningún momento es posible que este tipo de condicionamientos se efectúen en esta



clase de contratos y más aún cuando ni siquiera se mencionó nada al respecto dentro del texto del contrato, razón por la cual y en salvaguarda del interés público comprometido en el objeto de este contrato, es necesario que la administración cuente con los instrumentos necesarios para seguir prestando el servicio público de alumbrado, por lo que el Alcalde Municipal, representante legal del municipio de San Juan del Cesar, está obligado y deberá dar por terminado unilateralmente, y en forma anticipada el Contrato de Concesión No. 044 de 2000 (...), ya que la concesión convenida impide la operación del servicio público de alumbrado del municipio y sus alrededores, además de que las condiciones generales del contrato fueron pactadas en forma caprichosa y no se ajustaron a la naturaleza y finalidad del objeto del contrato y en especial a la conveniencia del mismo para la entidad contratante. Además es claro el parágrafo 1 de la cláusula quinta al establecer que **“Si el concesionario se niega a constituir las garantías y seguros aquí estipulados, el CONTRATANTE dará por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho deba reconocer o pagar indemnización alguna. Los términos para la suscripción y legalización del contrato están en la cláusula segunda, la cual menciona que se disponía de ocho (8) días calendario contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de adjudicación del contrato para que el contratista presentara a la entidad contratante, en este caso el Municipio de San Juan del Cesar, las respectivas pólizas para su aprobación disponiendo además de quince (15) días después de la suscripción del contrato, para cumplir con el requisito lo cual nunca se hizo.”** El contrato no se ejecutó por incumplimiento del contratista, quien estaba obligado a presentar la póliza sin tener en consideración causas externas no contempladas en el contrato, ya que el artículo 1602 del código civil establece que **“el contrato es ley para las partes contratantes”** y el artículo 1603 del mismo código estipula que **“los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella.”** Es importante señalar que en ningún momento se firmó un otrosí al contrato modificando esta cláusula, por lo que el incumplimiento no tiene discusión alguna.” (La negrilla y subraya son del texto).

2.19. Comunicación del 5 de octubre de 2001, remitida a Jair Betancourt en calidad de representante legal de la unión temporal Publienergy Ltda., mediante la cual la asesora jurídica y secretaria general del municipio de San Juan del Cesar lo citó con el objeto de notificarle la resolución No. 207 de fecha septiembre 26 del presente año, “con la



*finalidad de dar cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo 44 del decreto 01 de 1984*²⁹.

2.20. Recibo No. 304 de ADPOSTAL, con fecha octubre 5 de 2001, dirigido a Jair Betancourt, correspondiente al *“recibo de consignación certificados”*³⁰.

2.21. Edicto de notificación de la resolución No. 207 del 26 de septiembre de 2001, *“al resultar infructuosa la notificación personal del contratista”* mediante el cual se realizó la respectiva notificación al señor Jair Betancourt, representante legal de la firma Publienergy Ltda. Este edicto fue aportado con la constancia de fijación el 23 de octubre de 2001 y desfijación el 7 de noviembre de 2001³¹.

3. Las disposiciones de la Ley 143 de 1994 y la regulación del servicio de alumbrado público.

Para los propósitos de esta providencia, la Sala pone de presente el concepto de contrato de concesión del servicio de alumbrado público, que se desprendió de la Ley 80 de 1993 y se delimitó específicamente en las disposiciones de la Ley 143 de 1994 - por la cual se estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional- bajo la siguiente descripción de orden legal:

“CAPITULO XI

Del contrato de concesión

²⁹ Folio 115, cuaderno 1.

³⁰ Folio 304, cuaderno 116.

³¹ Folio 117 y 118, cuaderno 1.



Artículo 55. Mediante el contrato de concesión, la Nación, el departamento, el municipio o distrito competente podrán confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad a una persona jurídica privada o pública o a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente.

(...)

El concesionario deberá reunir las condiciones que requiera el respectivo servicio, de acuerdo con los reglamentos que expida el Ministerio de Minas y Energía. El otorgamiento de la concesión se hará mediante oferta pública a quien ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas para el concedente y en beneficio de los usuarios.

Lo anterior sin perjuicio de otras modalidades contractuales viables en concordancia con el artículo 10 de la presente Ley³².

Artículo 56. La Nación y las demás entidades territoriales en ejercicio de las competencias que con relación a las distintas actividades del sector eléctrico les asigna la ley, podrán celebrar contratos de concesión sólo en aquellos eventos en los cuales como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos, en un contexto de competencia, no exista ninguna entidad dispuesta a asumir, en igualdad de condiciones, la prestación de estas actividades.”

Se observa que en el contrato de concesión del servicio de alumbrado público, referido en la Ley 143 de 1994, se pudo incluir cualquiera de las actividades relacionadas con dicho servicio público, algunas de ellas o todas ellas. Se refiere la Sala a la distinción que existe entre las actividades de suministro de energía y las relacionadas con la

³² Artículo 10. “Cuando el Estado decida convocar a los diferentes agentes económicos para que en su nombre desarrollen cualquiera de las actividades del sector reguladas por esta ley, éstos deberán demostrar experiencia en la realización de las mismas y tener capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para suscribir los contratos necesarios para ello, los cuales se regularán de acuerdo con lo previsto en esta Ley, en el derecho privado o en disposiciones especiales según la naturaleza jurídica de los mismos.”



operación y mantenimiento de la infraestructura destinada al alumbrado público, las cuales podrían ser contratadas bajo diversas modalidades contractuales.

En materia del concepto del servicio, la Resolución No. 043 de 1995³³ expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG- que fue creada por la ley 143 de 1994, definió el servicio de alumbrado público, así:

*“Servicio de alumbrado público. Es el servicio público consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.”*³⁴

En lo que importa para el presente recuento normativo, se toman las luces de la Resolución No. 043 de 1995 expedida por la CREG, la cual distinguió las diversas etapas para hacer viable la prestación del servicio de alumbrado público y desarrolló la disposición de la Ley 143 en el sentido de que el municipio podía prestar el servicio público directamente o acudir a distintas modalidades de contratación, dentro de las cuales contempló las actividades de suministro de energía con destino al servicio de

³³ Derogada por la Resolución No. 123 de 8 de septiembre de 2011.

³⁴ “La anterior definición se acotó posteriormente mediante el Decreto 2024 de 2006, así: “Artículo segundo. Definición Servicio de Alumbrado Público: Es el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un Municipio o Distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público. Parágrafo: La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del Municipio o Distrito.”



alumbrado público que en caso de requerirse debían ser realizadas por una empresa distribuidora o comercializadora de energía, así como las actividades de mantenimiento y expansión del alumbrado que podían ser realizadas con una persona natural o jurídica –la misma u otra diferente-, cumpliendo las exigencias de la Ley 143, según se observa en la siguiente disposición de la resolución citada:

“Artículo 2.

Responsabilidad en las etapas de prestación del servicio de alumbrado público.

Es competencia del municipio prestar el servicio de alumbrado público dentro del perímetro urbano y el área rural comprendidos en su jurisdicción.

(...)

El suministro de la energía eléctrica para el servicio de alumbrado público es responsabilidad de la empresa distribuidora o comercializadora con quien el municipio acuerde el suministro, mediante convenios o contratos celebrados con tal finalidad. Las características técnicas de la prestación del servicio se sujetarán a lo establecido en los Códigos de Distribución y de Redes.

El municipio podrá realizar el mantenimiento y la expansión por su propia cuenta o mediante convenio o contrato celebrado con la misma empresa de servicios públicos que le suministre la energía eléctrica o con cualquier otra persona natural o jurídica que acredite idoneidad y experiencia en la realización de dichas labores. En todo caso, dichas actividades se cumplirán con sujeción a la normalización técnica aplicable.” (La negrilla no es del texto).

Al margen, puede observarse que el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, referido a los servicios públicos definió el servicio público *domiciliario* de energía eléctrica y cobijó bajo sus disposiciones las actividades complementarias de comercialización de



energía³⁵. No obstante, a juicio de la Sala, la anterior disposición de la Ley 142 carece de alcance para eximir el contrato de concesión de alumbrado público de las reglas de la Ley 143 de 1994³⁶ por cuanto esta última es una norma posterior y rectora de esa contratación específica, en cuanto la Ley 143 hizo relación al contrato de concesión del servicio de alumbrado público. Adicionalmente se observa que la Ley 143 sometió la adjudicación del contrato de concesión a oferta pública, pero en manera alguna se separó el referido contrato de la aplicación de la Ley 80 de 1993, en materia de los principios de la contratación estatal³⁷.

³⁵ Artículo 14 Ley 142 de 1994 "(...) 14.25. Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión."

³⁶ La aplicación de las leyes 142 y 143 de 1994, puede encontrarse como convergente en relación con determinado contrato de suministro de energía, actividad que, en su caso, se debe diferenciar claramente en la contratación, según quedó definido en la Ley 1150 de 2007 que dispuso:

*"Artículo 29. Elementos que se deben cumplir en los contratos estatales de alumbrado público. Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. Así mismo, tendrán una interventoría idónea. **Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público**, pues este se regirá por las Leyes 142 y 143 de 1994. La CREG regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto."* (La negrilla no es del texto).

³⁷ El asunto quedó claro con la expedición del Decreto No. 2426 de 2006, por el cual se reguló la prestación del servicio de alumbrado público, oportunidad en la cual se identificó el régimen de contratación de los municipios, así:

"Artículo 6°. Régimen de contratación. Todos los contratos relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público, que celebren los municipios o distritos con los prestadores del mismo, se regirán por las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen."



Por lo anterior, para el propósito de esta providencia se establece que aún antes de la claridad que vino a dar el Decreto No. 2426 de 2006 y de la delimitación de objeto de las distintas actividades que pueden ser materia de esa contratación de acuerdo con la Ley 1150 de 2007³⁸, se pudo advertir que en el contrato de concesión de alumbrado público celebrado en vigencia de la Ley 80 de 1993, se predicó como aplicable el artículo 25, numeral 19 de la referida Ley, en relación con la obligatoriedad de “*prestar garantía única*” que avale el cumplimiento de las obligaciones, en forma ajustada a “*los límites, existencia y extensión del riesgo amparado*”, toda vez que Ley 143 de 1994 no estableció una excepción a esta exigencia, respecto del contrato de concesión en ella contemplado.

Por otra parte, conviene precisar la regulación en materia de facturación del servicio de energía eléctrica, toda vez que la CREG dispuso la obligación de la empresa distribuidora o comercializadora de energía de realizar la facturación y la posibilidad de realizar acuerdos con el municipio obligado al pago, así:

“Artículo 6o: Facturación. La empresa distribuidora o comercializadora facturará mensualmente o bimestralmente el servicio de alumbrado público al municipio, de acuerdo con el sistema de facturación que tenga autorizado la empresa suministradora de energía eléctrica.

PARAGRAFO: El municipio está obligado al pago oportuno del suministro de energía eléctrica y en ningún caso habrá lugar a la exoneración del pago, por

Parágrafo. Los contratos que suscriban los Municipios o distritos, con los prestadores del servicio de alumbrado público, para que estos últimos asuman la prestación del servicio de alumbrado público, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, deben garantizar la continuidad en la ejecución de la expansión con parámetros específicos de calidad y cobertura del servicio de alumbrado público, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.”

³⁸ Ambas normas expedidas con posterioridad a los hechos materia del sub lite



expresa prohibición legal. La empresa distribuidora o comercializadora y el respectivo municipio podrán acordar modalidades de pago, con sujeción a las disposiciones legales vigentes.”

Se recuerda que debe distinguirse el concepto de servicio de alumbrado público con el del impuesto que el municipio puede regular e imponer a los usuarios del servicio de acuerdo con la Ley³⁹, toda vez que se trata de conceptos no equivalentes, aunque se pueden apreciar como relacionados, teniendo en cuenta que –bajo la normativa entonces vigente- el hecho generador del tributo guardó relación con el uso potencial del servicio de alumbrado público y, por otra parte, la facturación y pago de los dos conceptos -servicio e impuesto- se pudo realizar en forma conjunta⁴⁰.

Finalmente, en la oportunidad en que el Consejo de Estado se pronunció sobre la legalidad de las referidas disposiciones de la Resolución No. 043 de 1995, determinó con claridad que el municipio estaba en posibilidad legal de prestar el servicio de alumbrado público directamente, de donde se desprende que ninguna de las

³⁹ “Resulta útil distinguir entre el marco constitucional y legal del servicio de alumbrado público, y el correspondiente al impuesto de alumbrado público, teniendo en cuenta que en el primero se enmarca la actividad contractual del municipio de acuerdo con la Ley 143 de 1994, en orden a hacer efectiva la prestación del servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución Política y en el segundo se ubica la potestad impositiva del municipio que lo asiste para reglamentar un impuesto creado por la Ley 97 de 1913, de acuerdo con el artículo 338 de la Constitución Política.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 29 de mayo de 2014, radicación 660001233100220040109801, expediente 33832, actor: Personero Municipal de Pereira y otro. Demandado: municipio de Pereira y otro; referencia: acción contractual

⁴⁰ “En ese sentido, si bien el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 no fijó de manera expresa el hecho generador, sí lo delimitó al establecer el objeto imponible del tributo, esto es, el servicio de alumbrado público. Y, es a partir de esa regulación, y de las resoluciones que sobre esa materia ha proferido el Ministerio de Minas y Energía, y la CREG, que se ha venido decantado que el hecho generador del tributo consiste en ser usuario potencial del servicio de alumbrado público. Consejo de Estado, Sección Cuarta, consejera ponente (e) Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, sentencia de 30 de mayo de 2013, referencia: 440012331000200800072 01, radicado: 19071, actor Clara María González Zabala, demandado: municipio de Urumita.



modalidades contractuales reguladas en esa disposición se imponía como una contratación de carácter obligatorio en la estructuración de la respectiva concesión:

*“Si se examina el artículo 2° de la resolución impugnada por el actor, no se ve, como lo sostiene éste, que se imponga obligación alguna de contratar el suministro de energía con una empresa comercializadora o distribuidora; si bien es cierto que el párrafo 4° del artículo 2° de la resolución 043 se refiere al acuerdo que puede celebrarse con este tipo de entidades, no es menos evidente que [en] el siguiente se alude, a la empresa de servicios públicos que le suministre energía eléctrica al municipio y a “...cualquier otra persona natural o jurídica que acredite idoneidad y experiencia en la realización de dichas labores...”, a lo que debe añadirse que, según el inciso 1° lb., **“Es competencia del municipio prestar el servicio de alumbrado público dentro del perímetro urbano y el área rural comprendida en su jurisdicción, lo que significa que, en primer término, la prestación del servicio incumbe, al municipio, quien a su vez está facultado para convenir el suministro, sin que esto conduzca ineluctablemente a la contratación que el actor señala como obligatoria por virtud del acto administrativo demandado.”**⁴¹ (La negrilla no es del texto).*

4. Excepción de contrato no cumplido.

A continuación la Sala realizará algunas precisiones sobre la excepción de contrato no cumplido, para los efectos del estudio del caso concreto:

La excepción de contrato no cumplido prevista en el Código Civil⁴², - según la cual ninguno de los contratantes está en mora de cumplir mientras el otro no cumpla o se allana a hacerlo- es predicable en el contrato estatal, con la particularidad básica que se

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola, sentencia de 12 de junio de 1997, expediente No. 3933, actor. Rafael Alberto Gaitán Gomez.

⁴² ARTICULO 1609 CC. *En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*



deriva de la prevalencia del interés general y el deber de colaboración a los fines del contrato, propio del régimen de contratación estatal. En este orden de ideas, para que sea viable la excepción de contrato no cumplido, el incumplimiento de una parte debe constituirse como causa eficiente o supuesto necesario que coloca a la parte que alega la excepción, en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones.

En otras palabras, en tratándose de los contratos que están sometidos al régimen de la contratación estatal, no cualquier incumplimiento de una parte, libera a la otra de seguir adelante con la ejecución de sus obligaciones contractuales, teniendo en cuenta la prevalencia del interés general en los fines del contrato, además que en el terreno del proceso judicial, por razón del principio de la carga de la prueba, la parte que invoque la excepción de contrato no cumplido debe probar el incumplimiento de la otra, como supuesto de hecho de su pretensión.

La Sección Tercera del Consejo de Estado precisó los requisitos de configuración de esta excepción de contrato no cumplido e identificó el supuesto de la idoneidad que debe tener el incumplimiento de la Administración, como fuente o causa precedente para justificar la referida excepción por parte del contratista, a la vez que destacó el deber de probar que pesa sobre la Administración, cuando sea ella la que la invoca:

“Pues bien, la figura de la ‘excepción de contrato no cumplido’ se encuentra prevista en el artículo 1609 del C. C., en los siguientes términos: ‘En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.’ Ella es propia de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, su fundamento se encuentra en el principio de la equidad y la buena fe y ha sido instituida para impedir que una de las partes quiera prevalerse del contrato y exigir a la otra su cumplimiento mientras ella misma no hubiere cumplido o no hubiere estado dispuesta a cumplir con las obligaciones que le incumben. Esta figura, en principio propia de los contratos de Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un



alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales. Desde entonces se ha aceptado por la jurisprudencia que la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla 'do ut des' (te doy para que me des); ii) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, **iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone; y que ha de justificarse por la configuración de aquel;** v) **El cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión sería cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.** Pero sucede que en el caso en examen los condicionamientos o presupuestos para la aplicación de la referida excepción operan de manera diferente, puesto que no fue el particular contratista quien propuso la excepción de contrato no cumplido, sino la Administración la que ejerció este medio de defensa, evento en el cual la figura se aplica como en el derecho privado, dado que se está oponiendo frente a un particular quien no goza de las prerrogativas que la ley ha establecido a favor de la Administración. **Lo anterior, en todo caso, no exonera a la Administración de la carga de probar, entre otros elementos, demostrar que ella no se encontraba, a su vez, en mora de cumplir sus obligaciones o que no estaba obligada a ejecutar en primer lugar sus obligaciones,** de acuerdo con lo estipulado en el contrato. Así las cosas resulta claro que la Administración no podía exigirle, ni mucho menos endilgarle al contratista el incumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales, mientras ella no se aprestaba a cumplir las propias, las cuales además, constituían presupuesto indispensable para que el contratista, a su vez, pudiera dar cumplimiento a las suyas⁴³ (La negrilla no es del texto).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez sentencia del 31 de agosto de 2006, radicación: 5000232600019910766401, expediente: 14287, actor: Jairo Arturo Cárdenas Avellaneda, demandado: Telecom, En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 25 de agosto de 2011, radicación número: 25000232600019930836501-01, expediente: 14. 461, actor: Sociedad Construcciones Domus Ltda., demandado: Empresa de Energía de Bogotá, acción de controversias contractuales.



En oportunidad posterior, la Subsección presentó un recuento de los requisitos que deben apreciarse en la excepción de contrato no cumplido, independientemente de la parte que la invoque, de la siguiente manera:

“El Consejo de Estado ha admitido de tiempo atrás la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en el régimen de contratación estatal, en desarrollo de los principios de equidad y buena fe en la ejecución contractual y a partir de la expedición de la Ley 80 abandonó por completo la discusión acerca de la procedencia de la aplicación del aludido artículo 1609 del Código Civil a los contratos estatales, toda vez que el artículo 13 del Estatuto de Contratación Estatal determinó que la normativa aplicable a los contratos estatales se integra con las disposiciones comerciales y civiles pertinentes en los asuntos no regulados por la misma ley, de manera que para el caso concreto se corrobora que el incumplimiento de una de las partes puede dar lugar a la excepción de contrato no cumplido, invocada por la parte cumplida, sin perjuicio de lo que se menciona a continuación.

Esta Corporación ha puntualizado –y así lo reafirma ahora- que la procedencia de la excepción de contrato no cumplido debe evaluarse frente a las circunstancias específicas de cada caso, amén de que se exigen algunos supuestos para su aplicación, toda vez que su ejercicio se debe concatenar necesariamente con los principios de la contratación estatal y la prevalencia del interés general a cuya satisfacción debe apuntar el objeto de todo contrato estatal, tal como lo ponen de presente los fines de la contratación pública definidos en el artículo 3º de la Ley 80, lo cual debe armonizarse con el principio del contratista colaborador de la Administración Pública, hoy recogido de manera positiva en el citado artículo 3º, así: (...)

En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reconocido la aplicación de la excepción de contrato no cumplido con sujeción a los siguientes supuestos⁴⁴:

‘a) La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; b) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes; y c) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, agosto 11 de 2011, radicación: 5000-12-33-1000-1993-04237-01, expediente: 18.336, actor: Zulma Moreno de Tapias, demandado: Lotería del Meta.



entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista.'

'Se agrega a lo anterior que esa figura permite a la parte contratista no ejecutar su obligación mientras su co-contratante no ejecute la suya. El análisis de este presupuesto fue planteado por la Corporación dentro de los siguientes parámetros:'

'(...) es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de su obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 Constitución Política), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual'⁴⁵.

'Finalmente, debe señalarse que la Sala en la sentencia proferida el 16 de febrero de 1984⁴⁶, precisó además que a una parte contratante que incumple un deber que es primero en el tiempo, no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo (artículo 83 de la Constitución Política).'

La Sala observa ahora que la figura de la excepción de contrato no cumplido resulta aplicable para cualquiera de las partes, no sólo para el particular contratista; claro está, bajo los supuestos referidos en la Jurisprudencia de esta Corporación, teniendo en cuenta la bilateralidad del contrato y los

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2000, exp. 13530, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 16 de 1984, exp. 2509. C.P. José Alejandro Bonivento Fernández.



*deberes que se imponen a la Administración Pública dentro del marco de los principios de la función administrativa y de la contratación estatal.*⁴⁷

5. El caso concreto.

5.1. Excepción de contrato no cumplido, por razón del no otorgamiento de la garantía de cumplimiento.

La parte actora acudió al recurso de apelación contra la excepción de contrato no cumplido que prosperó en la sentencia de primera instancia, por razón del no otorgamiento de la garantía de cumplimiento.

Su argumento básico se refirió a la existencia de un documento según el cual el deber de constituir la garantía única de cumplimiento solo se habría hecho exigible una vez suscrito por el municipio un convenio de facturación a través del cual se canalizarían los fondos de la concesión para cumplir con la retribución a favor de la concesionaria.

Por lo tanto, el primer problema jurídico que se plantea en este caso concreto consiste en establecer si se tipificó la excepción de contrato no cumplido en el contrato de concesión No. 044, respecto de la obligación del municipio de suscribir un convenio de facturación, la cual se invocó en este proceso como fundamento para no otorgar la

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 27 de junio de 2013, Expediente No.28.729, radicación No. 250002326000200200408 01, actor: Procesos y Desarrollos Territoriales y Empresariales Prodetem Ltda., demandado: Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom.



garantía única de cumplimiento que estaba a cargo de la unión temporal concesionaria, ahora demandante.

En orden a resolver el problema planteado, la Sala analizará el alcance de las aludidas obligaciones contractuales y la relación entre ellas.

5.1.1. La obligación referida al convenio de facturación no era requisito o condición precedente de la garantía de cumplimiento del contrato.

En el caso concreto la Sala observa que desde la perspectiva que otorga el acervo probatorio se debe concluir que el convenio para la facturación del servicio de energía eléctrica del municipio -y del impuesto en su caso-, no se constituyó en un requisito previo al otorgamiento de la garantía única de cumplimiento del contrato de concesión, por las siguientes razones:

- i) El contrato de concesión no estableció una condición o requisito previo.
- ii) La cláusula tercera del contrato de concesión mencionó un convenio con la electrificadora, como uno de los documentos del contrato, así:

“10. El convenio, suscrito entre la ELECTRIFICADORA y el MUNICIPIO DE SAN JUAN DEL CESAR – GUAJIRA.”

Dicho convenio –supuestamente integrado al contrato- no se aportó al plenario y nada se dijo acerca de su contenido. En este proceso no existen elementos de juicio para determinar si existía tal convenio.



iii) Por otra parte, en la cláusula décima del contrato de concesión, se mencionó específicamente a Electricaribe como entidad encargada de la facturación del servicio de alumbrado público y por virtud de la mencionada cláusula se dispuso ceder al concesionario tal facturación –a través de una fiduciaria- desde la fecha del contrato, en la siguiente forma:

*“CLÁUSULA DÉCIMA.- RETRIBUCIÓN, FORMA Y CONDICIONES DE PAGO. El CONTRATANTE retribuirá al CONCESIONARIO el costo mensual del suministro, operación, mantenimiento del contrato de concesión incluido el valor del consumo de alumbrado público, con el recaudo del servicio de alumbrado público, el cual será facturado por Electricaribe, recaudado a través del sistema financiero local y administrado por **la fiduciaria designada por el CONTRATANTE** para el manejo de los fondos de esta concesión. El CONTRATANTE cederá al concesionario **los derechos sobre el valor total mensual de la facturación del servicio de alumbrado público durante el tiempo de vigencia del contrato de concesión y desde la fecha de firma del mismo.**”* (La negrilla no es del texto).

Se observa que la cláusula transcrita no se refirió a un “convenio” de facturación, puesto que se enfocó en la “cesión” de la facturación del servicio de alumbrado público –lo que, entonces, colocó al convenio como ya existente- para efectos de realizar el recaudo a través del sistema financiero local, con el fin de entregarlo en administración a una fiduciaria que sería encargada del manejo de los fondos de la concesión.

Así las cosas, el acuerdo contractual dio a entender que Electricaribe ya era la encargada de la facturación del servicio de alumbrado público –como podía ser al amparo de la Resolución No. 043 de 1995 expedida por la CREG y del documento citado en el mismo contrato-, de manera que lo que procedía era formalizar la cesión a favor de una fiduciaria, para efectos de realizar los pagos correspondientes al contrato de concesión.



Recopilando lo anterior, se concluye que el contrato de concesión No. 044 careció de cláusula contentiva de la exigencia de la firma de un convenio interadministrativo con la citada electrificadora, como tampoco se especificó en el mismo, obligación o condición alguna respecto de la época de la firma del convenio.

En el mismo sentido, se agrega que Electricaribe no hizo parte del contrato de concesión, por lo cual se advierte, desde ahora, la imprecisión de la parte actora cuando afirmó que el contrato de concesión contenía obligaciones a cargo de dicha electrificadora. Cosa distinta es que constaba en el contrato de concesión la obligación del municipio de ceder los derechos de la facturación, para su recaudo por una fiduciaria, con el objeto de administrar a través de ese mecanismo los fondos de la concesión.

Así las cosas, dentro de un análisis sistemático de las cláusulas del contrato se encuentra que la obligación referida al convenio interadministrativo, en manera alguna fue determinada como de cumplimiento previo o precedente de la obligación de constitución de la garantía única.

iv) En apoyo de lo anterior se puede ver que la cláusula quinta del contrato de concesión consagró el compromiso de constituir la garantía única de cumplimiento de conformidad con la Ley 80 de 1993 y en la cláusula décimo segunda del mismo texto se fijaron los plazos para iniciar la ejecución del contrato, aspectos en los cuales se observa la ausencia de condición previa, cronología o conexidad alguna entre el otorgamiento de la garantía única y la suscripción del convenio de facturación.

En efecto, las referidas cláusulas contenían las siguientes disposiciones contractuales:



“CLÁUSULA QUINTA: GARANTÍAS. El CONCESIONARIO se compromete a constituir a favor del CONTRATANTE, la garantía única anual prorrogable a que se refiere la ley 80 de 1993, la cual se mantendrá vigente durante la duración del contrato y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. El CONCESIONARIO deberá reponer la garantía cuando el valor de la misma se vea afectado por razón de siniestro. De igual manera, en el evento de que el valor del contrato aumente, o se prolongue su vigencia, deberá ampliarse y prolongarse la garantía correspondiente. La Garantía debe cubrir lo siguiente: a) CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO (...) con una duración de un (1) año por el tiempo de la concesión y 3 meses más. B) DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO. (...) con vigencia mínima de dos años, contado a partir del recibo a satisfacción de los elementos a suministrar. C) DE PRESTACIONES SOCIALES Y PAGO DE SALARIOS: el valor de la póliza de amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones será equivalente al 5% del valor del servicio de OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO (...) tendrá una vigencia igual a la vigencia del contrato y 60 días más. (...) PARÁGRAFO 1: Si el CONCESIONARIO se niega a constituir las garantías y seguros aquí estipulados, el CONTRATANTE dará por terminado el contrato en el estado en que se encuentre sin que por este hecho deba reconocer o pagar indemnización alguna. PARÁGRAFO 2: las garantías que aquí se mencionan deberán recibir aprobación expresa del CONTRATANTE, para lo cual el CONTRATANTE efectuará un examen de los términos, valores, condiciones generales y particulares con sujeción a la póliza o certificado matriz e idoneidad del garante, con el fin de obtener la más adecuada protección de los bienes e intereses de EL CONTRATANTE y garantizar el cabal cumplimiento del contrato. (...)”

“CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: SUSCRIPCIÓN Y LEGALIZACIÓN DEL CONTRATO: El contrato se entenderá perfeccionado cuando se acuerde sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve por escrito. Para su ejecución se requerirá que se hayan aprobado las garantías contractuales y se haya efectuado la publicación de la gaceta municipal. Su ejecución se iniciará en la fecha propuesta por el CONCESIONARIO de conformidad con el esquema de financiamiento ofrecido. En todo caso, el término máximo de la iniciación de la ejecución del Contrato [es] de noventa (90) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la aprobación de las garantías



*contractuales, **dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha de suscripción del contrato.** Los gastos de publicación del contrato corren por cuenta del concesionario.” (La negrilla no es del texto).*

La lectura de los textos anteriores permite ver que las coberturas del seguro se exigieron de conformidad con el Decreto 679 de 1994⁴⁸, con la precisión contractual de establecer su vigencia a partir de la suscripción del contrato, según se advierte de las especificaciones contenidas en la cláusula quinta ya transcrita.

Así las cosas, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y con las cláusulas quinta y décimo segunda del contrato de concesión No. 044 de 2000 se concluye, nuevamente, que la constitución de la garantía única configuró una obligación a cargo de la concesionaria, cuyo cumplimiento comprendía el imperativo de otorgar amparo o cobertura a favor del municipio desde la fecha de la firma del contrato de concesión, sin que el convenio interadministrativo que invocó la concesionaria pudiera erigirse en una condición o requisito previo al cumplimiento de la obligación de establecer la garantía a favor del municipio.

v) Igualmente, se desprende de la ya citada cláusula décimo segunda del contrato de concesión No. 044 que la denominada *legalización* del contrato, a cargo de la concesionaria, estaba sometida a un plazo, si se tiene en cuenta que las partes

⁴⁸ Artículo 17. (Derogado por el artículo 29, Decreto 4828 de 2008). *”De los riesgos que debe cobijar la garantía única. La garantía debe ser suficiente de acuerdo con las distintas clases de obligaciones amparadas.*

Se incluirán únicamente como riesgos amparados aquéllos que correspondan a las obligaciones y prestaciones del respectivo contrato, tales como, los de buen manejo y correcta inversión del anticipo o pago anticipado, cumplimiento del contrato, estabilidad de la obra, calidad del bien o servicio, correcto funcionamiento de los equipos, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.”



acordaron la obligación de firmar el contrato en ocho días calendario a partir de la notificación de la adjudicación y se estableció un término máximo de 90 días para iniciar la ejecución del contrato, respecto del cual se identificó la exigencia previa de obtener la aprobación de la póliza dentro de un plazo de 15 días calendario.

5.1.2. Alcance de las comunicaciones entre las partes.

Ahora bien, la Sala encuentra procedente la interpretación que realizó el Tribunal *a quo*, en el sentido de que la correspondencia cruzada entre las partes los días 4 y 5 de diciembre de 2000, no pudo tener el alcance de modificar los plazos, términos o condiciones del contrato de concesión No. 044, por la potísima razón de que no se refirió a una modificación o condición contractual, como pretendió equívocamente la parte demandante.

Adicionalmente, de manera alguna se puede aceptar que esa comunicación suscrita por el alcalde hubiese constituido una autorización modificatoria del contrato de concesión No. 044, toda vez que en tal interpretación, habría sido emitida en violación de la exigencia legal de otorgar la garantía única de cumplimiento⁴⁹ en forma previa a la iniciación de la ejecución del contrato.

En efecto, en el contrato *sub judice* y dentro del marco de la Ley 80 de 1993, el alcalde municipal carecía de facultad para eximir al contratista de la obligación de otorgar a satisfacción la garantía única de cumplimiento prevista para el contrato de concesión de alumbrado público No. 044.

⁴⁹ Artículos 25 y 41 de la Ley 80.



Resulta de especial importancia anotar que tampoco le estaba permitido al alcalde comunicar o disponer *ejecución* alguna del contrato por parte del municipio, antes de haber recibido a satisfacción la referida garantía única, habida cuenta que de haber procedido en esa forma, el alcalde habría violado la ley de contratación al dejar sin garantía la ejecución de prestaciones u obligaciones por parte del municipio, frente al eventual incumplimiento de la contratista. Es decir, la garantía única de cumplimiento, exigida por la Ley 80 o por el contrato estatal en su caso, no puede ser omitida o aplazada por una comunicación del alcalde, toda vez que su exigencia legal es de orden imperativo.

Se agrega a lo anterior que la interpretación de las comunicaciones del alcalde en relación con las garantías contractuales, debe ser realizada por el juez en el sentido en que se ajuste a la ley y al contrato, de manera que es improcedente otorgar a la carta del alcalde un contenido o alcance bajo el cual la administración municipal obrara *contra - legem*.

Así las cosas, de la lectura de la comunicación del alcalde en el caso *sub judice*, suscrita el 5 de diciembre de 2000, en la misma fecha de la firma del contrato de concesión, no se puede colegir una modificación a las condiciones en que el contrato de concesión fue adjudicado y que se contienen en el acta de 28 de noviembre de 2000, toda vez que por la vía de modificar el contrato mediante cartas cruzadas entre las partes, se estaría violando el derecho de igualdad frente a terceros posibles proponentes, al flexibilizar las reglas del contrato con posterioridad a la adjudicación, apartándose de los términos y condiciones de la licitación. Por ello, la Sala concluye que lo que se desprende de la carta de 5 de diciembre de 2000 es que el alcalde comunicó una afirmación – tomada a su vez de la comunicación de la contratista- que



careció de idoneidad para crear una condición de aplazamiento de la exigencia legal y contractual de constituir la garantía de cumplimiento.

Adicionalmente, la Sala llama la atención sobre la naturaleza de acto de disposición que revestía el direccionamiento del recaudo del servicio de alumbrado público como fuente de pago del contrato de concesión a través de la cesión dispuesta en el referido contrato, toda vez que, a juicio de la Sala, la formalización de la cesión de la facturación a favor de la concesionaria constituía un acto de ejecución del contrato de concesión, como también habrían sido actos de ejecución, la firma de un convenio de recaudo con la afectación al pago de la concesionaria y la constitución de la fiducia con el objeto de entregar la administración de los recursos de la concesión, de manera que todos estos actos y contratos debían formalizarse en forma posterior a la constitución de la garantía de cumplimiento, siguiendo las voces del artículo 41 de la Ley 80 de 1993⁵⁰.

Así las cosas, la Sala concluye que no puede reconocer a la comunicación de 5 de diciembre de 2000 el alcance pretendido por la parte actora, pues se advierte que el alcalde carecía de competencia para celebrar actos de ejecución del contrato, como los citados, en forma previa a la debida constitución de la garantía de cumplimiento a favor del municipio.

⁵⁰ El artículo 41 de la Ley 80 de 1993 disponía en lo pertinente:

“Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. *“(La negrilla no es del texto).*



En consecuencia, la celebración del convenio de facturación con destino específico a las cuentas de la fiducia, se aprecia como un mecanismo previsto para administrar los recursos afectos a la concesión y establecer una fuente de pago a favor de la unión temporal concesionaria, más no por ello se constituyó –ni podía serlo- en un convenio previo a la obligación de establecer a satisfacción la garantía única de cumplimiento, esta última a cargo de la referida concesionaria.

Por el contrario, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y con el contrato de concesión No. 044, la Sala reitera que la constitución de la garantía única de cumplimiento debía ser previa a la cesión de la facturación y a los demás actos y contratos destinados al perfeccionamiento de la fuente de pago, de manera que se rechazan los argumentos de la parte actora, en la medida en que se apartaron de la ley y del contrato en cuestión.

Ahora bien, desde la atalaya de la posición del municipio demandado, la Sala encuentra que la excepción de contrato no cumplido que invocó, si resultó procedente, toda vez que, ciertamente, la renuencia de la concesionaria a otorgar la garantía única de cumplimiento colocó al municipio en el derecho -y deber- de no ejecutar las prestaciones contractuales a su cargo, bajo el imperativo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Existen elementos de juicio suficientes para advertir la presencia de los requisitos de la excepción de contrato no cumplido, invocada por el municipio, de acuerdo con la jurisprudencia que ha sido citada en esta providencia, toda vez que el municipio estaba en el deber legal de no ejecutar el contrato ante la falta de la póliza de seguro de cumplimiento exigida en forma previa y por ello se puede predicar la aplicación del artículo 1609 del Código Civil a favor del municipio, en concordancia con el interés



general del contrato que se protegía precisamente con la exigencia de la garantía de cumplimiento, la cual debía ser otorgada y aprobada en forma previa a la iniciación de la ejecución del contrato.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la prosperidad de la excepción de “contrato no cumplido”.

5.1.3. No se encuentra violación al principio de la buena fe.

Ahora bien, en el tópico de un derecho a la indemnización pretendida por la parte actora con origen en el supuesto incumplimiento del municipio, se advierte que en virtud del principio de la buena fe -que la misma parte actora invocó- ella debía cumplir con el contrato en la forma en que le fue adjudicado.

No procedía, entonces, estructurar comunicaciones paralelas ni posteriores con el propósito de atemperar o aplazar la obligación de otorgamiento de la póliza de seguro con base en consideraciones que no hicieron parte de la licitación pública.

La Sala puntualiza que le correspondía a la concesionaria cumplir con las condiciones para iniciar la ejecución del contrato, con independencia de que tuviera noticia de eventuales dificultades de negociación que podría enfrentar el municipio frente a Electricaribe. Se agrega que en este proceso no existió prueba acerca de conducta alguna del municipio que hubiera colocado a la concesionaria en imposibilidad de cumplir con la obligación de otorgar la garantía única de cumplimiento, ni se acreditó derecho alguno a obtener el aplazamiento de los términos y condiciones en que se obligó a otorgar la mencionada garantía.



En apoyo de la anterior interpretación se invoca, adicionalmente, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993⁵¹, el deber de colaboración a los fines del contrato previsto en el artículo 3 de la misma ley⁵² y el principio de la buena fe en la etapa precontractual, predicable para ambas partes, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 863 del código de comercio⁵³, aplicable por virtud del artículo 13 de la Ley 80⁵⁴.

5.2. Precisión acerca de la legalidad de la resolución No. 207.

⁵¹ El artículo 40 de la Ley 80 de 1993 disponía en lo pertinente

“Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, **siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.**”*/(La negrilla no es del texto).

⁵² El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 disponía:

“De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

⁵³ Artículo 863 C.Co. *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”*

⁵⁴ Artículo 13º.-*“De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. 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.”*



Es útil observar que la resolución No. 207 de septiembre 26 de 2001, por la cual se declaró unilateralmente la terminación del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público No. 044 de 2000, se apoyó en un doble soporte normativo, a saber:

*“(...) de acuerdo con el evento señalado en el numeral primero del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 referente a **“CUANDO LAS EXIGENCIAS DEL SERVICIO PÚBLICO LO REQUIERAN”** y por ser un contrato con causal de nulidad absoluta, prevista en el numeral segundo del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, al **“CELEBRARSE CONTRA EXPRESA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL O LEGAL”** de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.”⁵⁵ (La negrilla es del texto)*

Acerca de la invocación del artículo 17 de la Ley 80 de 1993⁵⁶, en la resolución No. 207, referida al interés general en la prestación del servicio, se consideró que la contratista pretendió exigir un requisito no pactado con el fin de asegurar un interés individual, así:

*“5. Que el Municipio dentro de sus funciones tiene la de prestar el servicio público de alumbrado público, por lo que la contratación para la prestación del mismo con una persona privada se regula por el régimen jurídico especial y no por el ordinario, ya que las **RELACIONES DEL ESTADO CON LOS PARTICULARES O PERSONAS NATURALES SON ENTRE DESIGUALES DEBIDO A QUE EN ÉSTAS PRIMA EL INTERES GENERAL (...)**,*

(...)

⁵⁵ Folios 109 a 114, cuaderno 1.

⁵⁶ “Artículo 17º.- De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.”



9. Que de acuerdo con el artículo 17 numeral primero de la Ley 80 de 1993, la Administración Municipal de San Juan del Cesar, ante las exigencias del servicio público que requiere la operación del alumbrado público, **la cual irregularmente ha sido otorgada en concesión a un particular** quien ha incumplido en constituir las garantías pactadas, adicionando a lo anterior el hecho de que se estableció por parte del contratista una condición no pactada dentro del contrato como “**requisito**” para constituir las garantías y seguros que le correspondía presentar y así, según lo manifestado por el concesionario, proceder a la ejecución del mismo. (...) Esta imposición por parte del contratista es otro hecho por demás insólito dado que en ningún momento es posible que este tipo de condicionamientos se efectúen en esta clase de contratos y más aún cuando ni siquiera se mencionó nada al respecto dentro del texto del contrato, razón por la cual y en salvaguarda del interés público comprometido en el objeto de este contrato, es necesario que la administración cuente con los instrumentos necesarios para seguir prestando el servicio público de alumbrado, por lo que el Alcalde Municipal, representante legal del municipio de San Juan del Cesar, está obligado y deberá dar por terminado unilateralmente, y en forma anticipada el Contrato de Concesión No. 044 de 2000 (...), ya que la concesión convenida impide la operación del servicio público de alumbrado del municipio y sus alrededores, además de que las condiciones generales del contrato fueron pactadas en forma caprichosa y no se ajustaron a la naturaleza y finalidad del objeto del contrato y en especial a la conveniencia del mismo para la entidad contratante.”⁵⁷ (La negrilla y subraya son del texto).

Se agrega a ello la viabilidad de la cláusula de terminación unilateral pactada con apoyo en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por tratarse de un contrato de concesión de un servicio público, de acuerdo con los numerales 1 y 2 del referido artículo⁵⁸, en los

⁵⁷ Folios 110 y 111, cuaderno 1.

⁵⁸ “Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, **con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.**



cuales se dispuso la obligatoriedad de la cláusula excepcional de terminación unilateral, con el propósito de garantizar la adecuada prestación del servicio público.

En este sentido, de acuerdo con la sustentación del acto administrativo mencionado, la imposibilidad de ejecutar el contrato de concesión por falta de la garantía única de cumplimiento afectó la prestación del servicio público, en la forma que argumentó el municipio en el respectivo acto administrativo y por esta vía, tiene que concluirse que la decisión se encuentra amparada por la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo en los términos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo⁵⁹, en la medida en que en este proceso no se sustentó -ni se probó- nada diferente en el aspecto puntual de las necesidades del servicio de alumbrado público del municipio de

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión."

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. (La negrilla no es del texto).

⁵⁹ Artículo 66. "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo (...)."



San Juan del Cesar.

5.3. Nulidad del contrato de concesión.

5.3.1. Precisión preliminar sobre la diferencia entre ineficacia e incumplimiento del contrato.

En la resolución No. 207 de 26 de septiembre de 2001 se hizo referencia a la ineficacia del contrato de concesión, en forma tal que se confundió la figura de la ineficacia del contrato con la de incumplimiento del contratista.

Conviene aclarar que la ineficacia corresponde a la sanción legal que impone la ausencia de producción de efectos jurídicos, mientras que el incumplimiento se predica frente a la conducta que constituye una falta a la obligación contractual.

Con el propósito de especificar este aspecto, resulta útil recordar que la ineficacia se encuentra consagrada en el artículo 897 del Código de Comercio⁶⁰, como una figura de orden legal que se presenta por expresa disposición de la ley cuando ella dispone que el acto no produce efectos, sanción que difiere de la prohibición de ejecución que consagró la Ley 80 frente al incumplimiento de la obligación contractual de otorgar la garantía única del contrato estatal.

La Sala agrega que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, distinguió entre los requisitos

⁶⁰ "Artículo. 897.- Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.



de perfeccionamiento y los de ejecución, ubicando la situación jurídica de la garantía única de cumplimiento, como un requisito de ejecución del contrato estatal, por lo cual se concluye con claridad, para el caso *sub judice*, que el contrato de concesión se encontró perfeccionado mediante el acuerdo escrito y produjo el efecto de obligar a las partes, cosa distinta es que precisamente una de las obligaciones nacida del contrato- que era eficaz- no cumplió.

Ciertamente, en las consideraciones de la resolución No. 207 se incurrió en el error de asimilar los requisitos de perfeccionamiento del contrato con los de ejecución, según se observa en el siguiente aparte:

*“2. Que hasta la fecha el contratista no ha cumplido con la presentación de la garantía estipulada en el contrato (...). [L]o que es sumamente irregular, ya que para entrar en la etapa de ejecución de este contrato era necesaria e indispensable la aprobación de la póliza respectiva por parte de la Administración Municipal, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, por lo que esta omisión es suficiente para dar por terminado el contrato (...) como se sabe la constitución y aprobación de las garantías del contrato hace parte de la noción de perfeccionamiento; por ello, la falta de constitución o aprobación **IMPLICA INEFICACIA DEL CONTRATO.**”⁶¹*

Sin embargo, las imprecisiones acerca de la supuesta ineficacia del contrato de concesión No. 44 no tienen efecto para desvirtuar la legalidad de la decisión de terminación unilateral, puesto que el municipio se apoyó en criterios diferentes a los de la referida ineficacia, y – como ya se observó- invocó en la parte resolutive dos pilares de orden legal en la decisión: las necesidades del servicio público y la nulidad del contrato.

5.3.2. Análisis de la causal de nulidad en el caso *sub judice*.

⁶¹ Folio 109, cuaderno 1.



Ahora bien, en relación con la nulidad del contrato de concesión, como causa para decretar la terminación unilateral con apoyo en el numeral 1 del artículo 44⁶² y el artículo 45⁶³ de la Ley 80 de 1993, nulidad que igualmente fue advertida en este proceso por el Ministerio Público en la vista fiscal de la primera instancia⁶⁴, se encuentra lo siguiente:

Es cierto que las causales de nulidad del contrato estatal se encuentran definidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y que en los eventos especificados en el artículo 45 de la misma puede tener lugar la terminación del contrato, según se expresó en la norma citada. El numeral 2º del artículo 44, dispone que los contratos del Estado son absolutamente nulos, cuando:

⁶² Artículo 44º.- *De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

(...).

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

⁶³ "Artículo 45º.- *De la Nulidad Absoluta La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.*

En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre."

⁶⁴ "Es de resaltar, que también nos encontramos ante la nulidad absoluta del contrato No. 044 por cuanto se celebró con abuso de poder, causal ésta consagrada en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que al no fijarse en el contrato el término de su duración, está dando pie para que este sea indefinido, lo cual contraría el mismo pliego de condiciones, que son los oferentes que estipularán el plazo de su propuesta, sin exceder de 20 años. Por la naturaleza del servicio de alumbrado público, se considera que nos encontramos ante la omisión de un requisito vital que tiene que ver con la prestación objeto del contrato, criterio que se encuentra fundamentado en los artículos 1740 y 1741 del C.C."



“2º se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.”

Igualmente, se observa que el artículo 44 contiene una invocación de las causas de nulidad previstas en el derecho común, las cuales resultan aplicables por virtud de la integración normativa consagrada en la referida disposición.

También se advierte que en el derecho común se sanciona con la nulidad absoluta, el contrato que contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa⁶⁵.

Para avanzar en el análisis respectivo, la Sala recuerda los lineamientos de la Corte Constitucional acerca de las normas que regulan la nulidad absoluta del contrato estatal:

“Las nulidades absolutas constituyen vicios e imperfecciones en las que puede incurrir el proceso de formación de los contratos, de tal gravedad, que impiden que éstos se celebren o se continúen ejecutando. Su declaración pretende proteger el interés jurídico que rodea a la materia contractual, dando lugar a normas imperativas o de orden público que no pueden ser desconocidas ni discutidas por las partes. Por ello, las nulidades absolutas pueden ser demandadas por las partes, el ministerio público y cualquier persona. Además, atendiendo a la afectación que producen en el orden jurídico no son susceptibles de reparación, enmienda o saneamiento por las partes; por el contrario, imponen la terminación de forma inmediata del contrato que las contiene.”⁶⁶

⁶⁵ Art. 899 C. Co.- Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;”

⁶⁶ T-1341 de 2001, oportunidad en la cual al Corte Constitucional se pronunció sobre la improcedencia de la tutela como medio para resolver las controversias contractuales acerca de la nulidad y terminación del contrato estatal.



Descendiendo al caso concreto, la Sala hace notar que el contrato de concesión No. 044 resultó celebrado en violación de las siguientes disposiciones de la Ley 143 de 1994, según se especificará a continuación:

*“Artículo 58. El contrato de concesión **establecerá claramente** las condiciones de prestación del servicio; **la forma y condiciones de remuneración para el concesionario**, que se definirán teniendo en cuenta el servicio concedido; **la duración y prórroga**; la obligatoriedad de prestar el servicio a quien lo solicite en el caso de la interconexión, transmisión y distribución; las condiciones de sustitución por parte del concedente para asegurar la continuidad y regularidad del servicio; las causales de terminación anticipada; las indemnizaciones; las causales para declarar la caducidad y los efectos de la misma; las sanciones por incumplimiento; la liquidación de bienes; las normas aplicables y en general, todos aquellos aspectos que permitan preservar los intereses de las partes, dentro de un sano equilibrio.”*

*“Artículo 62. El término de duración del contrato de **concesión será fijado, en cada caso, por la entidad concedente y no podrá exceder de treinta (30) años**, contados desde la fecha fijada contractualmente o, a falta de ella, desde el momento de perfeccionamiento del contrato. Así mismo, el concesionario podrá solicitar su renovación hasta por veinte (20) años, con una anticipación no mayor de treinta y seis (36) meses ni menor de doce (12) meses al vencimiento del plazo del contrato. El concedente resolverá sobre el otorgamiento de la prórroga dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición, atendiendo a criterios técnicos, económicos, operativos y ambientales.”* (La negrilla no es del texto).

En primer lugar, en el contrato No. 044 dejó de pactarse el plazo de duración de la concesión⁶⁷, que ha debido establecerse por 20 años de acuerdo con la oferta y el acto de adjudicación de la concesión. Por lo tanto, se tipificó la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por celebración del contrato contra expresa prohibición legal, contenida en el artículo 62 de la Ley 143 de 1994.

⁶⁷ Únicamente se fijó el plazo para entrega de elementos o materiales, en 6 meses.



Se agrega que por virtud de los principios generales de la función administrativa y de la contratación pública, resulta ilegal instalar pactos contractuales que puedan dar lugar a la inamovilidad del concesionario, más allá del plazo contractual, según ha observado el Consejo de Estado en diversas oportunidades, entre otras:

i) Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 13 de agosto de 2009, radicación 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo⁶⁸, así:

“Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.”

ii) Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente William Zambrano Cetina, 19 de mayo de 2010, radicación número: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984), actor: Ministerio de la Protección Social⁶⁹:

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 13 de agosto de 2009, radicación No. 1.952 -11001-03-06-000-2009-00033-00, referencia: el contrato de concesión de servicio público, modificaciones. la amigable composición. contrato de concesión del aeropuerto El Dorado.

⁶⁹ Con referencia a la prórroga del contrato de concesión prevista en el artículo 60 de la ley 643 de 2001.



“Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. (...) las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello.”

La Corte Constitucional, por su parte, se fundamentó en los principios de igualdad de los oferentes y de la planeación contractual, inmersos en el artículo 209 de la Constitución Política, para concluir acerca de la exequibilidad condicionada de la prórroga del contrato de concesión, en su momento prevista en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, asunto en el que la Corte citó el concepto de 2009 emitido por el Consejo de Estado y consideró que la prórroga o adición no puede ser pactada en violación del principio de igualdad de los oferentes, así como se detuvo en el análisis del principio de planeación, que exige evaluar adecuadamente el alcance y la duración de los contratos estatales desde la etapa precontractual⁷⁰.”

iii) En similar sentido, pueden citarse las consideraciones de esta Subsección que en esta oportunidad se reiteran, en orden a determinar la ilegalidad de los pactos contractuales mediante los cuales se posiciona a un particular en un derecho indefinido e inamovible sobre los bienes de propiedad del estado:

“ii) De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 el régimen de contratación estatal impone a los servidores públicos el deber de cumplir con los fines estatales de la contratación y a los particulares contratistas el deber

⁷⁰ Sentencia C-300/12, abril 25 de 2012.



de colaboración con el logro de los fines y la función social del contrato, sin perjuicio del derecho individual a obtener utilidades en la ejecución del mismo.

Esta disposición pone de presente que en toda contratación pública prima el interés general sobre el individual y desde otra óptica, establece que las reglas de ejecución del contrato estatal no pueden definirse apartándose de los fines estatales.

En este sentido, el derecho individual a la celebración -y en su caso a la renovación del contrato estatal- sólo puede tener lugar dentro de los fines de interés general que el Estado define sobre la organización económica de los bienes que hacen parte de la Hacienda Pública.

Se avanza en esta disertación para puntualizar que tratándose de bienes afectos a un servicio público, la noción del interés general se impone sobre el derecho individual, en este caso el del empresario del comercio, por manera que ciertamente el contrato y la ley de derecho privado no pueden ser llamadas en su aplicación, en contravía de los fines del servicio público.

(...)

iv) Por último, en virtud de los principios constitucionales de la función administrativa, el Estado debe garantizar la igualdad de acceso en la contratación (artículo 209 C.P.) por manera que no tiene lugar la configuración de un derecho individual de acceso a la tenencia indefinida de un bien de propiedad del Estado.⁷¹

En segundo lugar, por razones que no es del caso dilucidar en este proceso, las partes dejaron de incorporar en el documento contractual la cuantía o valor determinado, por el cual fue adjudicado el contrato. En lugar de hacer constar el precio determinado, acudieron a describir la forma de pago sin identificar los valores ni la forma de

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 29 de octubre de 2014, radicación 25000232600020010147701, expediente 29851, actor: Galería Cano S.A y otros, demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil; acción: contractual.



determinarlos⁷² y no estipularon las bases concretas para establecer el valor de la remuneración⁷³. De lo anterior se aprecia que se configuró la celebración del contrato de concesión en violación de la Ley 143 de 1994, por indeterminación de la “*forma y condiciones de remuneración para el concesionario*”.

Se agrega que la parte inicial de la cláusula segunda del contrato de concesión en la que se afirmó que el contrato era de cuantía indeterminada fue falaz, toda vez que tanto en la oferta presentada por la unión temporal como en el acto administrativo de adjudicación del contrato, existió una cuantía determinada en la suma de \$369'051.000, que constituyó la postura evaluada y calificada para asignar el puntaje y determinar la selección de la unión temporal proponente.

Sin embargo, la indeterminación de la cuantía se insertó en el contrato y se instaló como una estipulación de aplicación preferente al contenido de los términos de referencia y de la propuesta, toda vez que en la cláusula tercera del contrato de concesión se determinó que el texto del mismo aplicaba en el primer orden de prelación, en caso de discrepancias con los otros documentos.

⁷² De acuerdo con la cláusula décima, el contratante retribuirá al concesionario el costo mensual del suministro, operación y mantenimiento con el recaudo del servicio. Esa estipulación no determinó los valores, ni la forma de establecerlos.

i

⁷³ La Sala aprecia que el pacto contractual de remuneración y forma de pago se apartó de las condiciones de la licitación, pues lo cierto es que el precio debió ser determinado con base en la cantidad de luminarias a cambiar, según la relación de cantidades del anexo No. 2 de los documentos de la licitación, los costos de suministro, montaje y desmonte, que debieron ser establecidos en el anexo 5 y los costos de operación y mantenimiento que debieron ser fijados en el anexo No.7, valores que no se conocieron en este plenario ni se reflejaron en el contrato. Además, en el contrato No. 044 las partes dejaron de precisar los valores que hacían parte de la remuneración y la forma de liquidarlos, con lo cual la prestación a cargo del municipio quedó indeterminada y por ello se aprecia que el contrato careció de pacto contractual alguno para definir el monto de la remuneración y la forma de pago.



Así las cosas, en el contrato No. 044 el acuerdo contractual que se plasmó terminó disponiendo una concesión sin remuneración ni plazo determinado, es decir que en el documento mediante el cual se perfeccionó el contrato se hizo aparecer que la contratista tenía unos derechos indefinidos, sin límite en el valor o en el tiempo.

En consecuencia, en el contrato *sub judice*, se tipificó la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que las partes perfeccionaron el contrato sin plazo de duración, con cuantía y condiciones de remuneración no determinadas, en ambos eventos, contra expresa exigencia de la ley del contrato, además de que las partes celebraron el contrato apartándose de las condiciones de la licitación y de la adjudicación previstas en el procedimiento licitatorio, todo lo anterior en contravía de las disposiciones expresas de la Ley 143 de 1994, del numeral 4 del artículo 32 y del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que exigían la determinación del plazo del contrato y de la forma de remuneración.

Igualmente se tiene en cuenta que el artículo 45 de la Ley 80 prevé que la declaración de nulidad absoluta de un contrato estatal puede ser oficiosa, siempre y cuando no hubiere transcurrido el término de prescripción extraordinaria, que las partes del contrato hayan sido vinculadas al proceso y que la nulidad se encuentre plenamente demostrada⁷⁴, es decir cuando aparezca de manifiesto en el contrato o, en otras palabras, que no haya duda o dubitación alguna en cuanto a su configuración.

Por lo tanto, la Sala decretará la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 044, por las razones de hecho que fueron invocadas por el Ministerio Público y el municipio ahora demandado, aunque con apoyo en la violación de las normas legales especiales

⁷⁴ Consejo de Estado, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente: 18294. MP: Enrique Gil Botero.



de este tipo de contratos que han sido citadas anteriormente, además de la argumentación basada en las disposiciones del Código Civil.

Se destaca que procede la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato por encontrarse configurados los presupuestos procesales que la jurisprudencia, ha sido reiterado en distintas oportunidades⁷⁵. En efecto, acerca de los requisitos para ejercer la facultad oficiosa encaminada a declarar la nulidad del contrato o de sus cláusulas, esta Subsección ha señalado lo siguiente:

“La facultad del juez no es ilimitada. En efecto, para declarar la nulidad de manera oficiosa, debe observar: i) que no haya transcurrido el término de prescripción extraordinaria a la cual se refiere el artículo 1742 del C.C., pues, ocurrida la prescripción, se produce el saneamiento de los vicios ii) que en el proceso se hallen vinculadas las partes intervinientes en el contrato o sus causahabientes y iii) que el vicio surja de manera ostensible, palmaria o patente”⁷⁶

A continuación se hace constar la verificación de los supuestos para soportar la procedencia de un pronunciamiento acerca de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión *sub judice*:

i) El contrato No. 044 se suscribió el 5 de diciembre de 2000, por lo cual a la fecha no ha expirado el término de prescripción extraordinaria en cuya virtud opera el saneamiento de las nulidades absolutas, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 50

⁷⁵ Ver entre otras: sentencia del 22 de diciembre de 2007. Expediente: 28010. MP: Alier Hernández Enríquez; sentencia del 2 de mayo de 2007. Expediente 15599. Sentencia del 1° de diciembre de 2008. Expediente 15603. MP: Myriam Guerrero de Escobar.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 3 de octubre de 2012, radicación número: 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140), actor: Hilda Hoyos de Rodríguez, demandado: Departamento de Córdoba



de 1936, que para este caso es de 20 años, según las previsiones del artículo 38 de la Ley 153 de 1887⁷⁷.

ii) En el presente proceso se encontraron vinculadas todas las partes intervinientes en el contrato No. 044 de 2000.

iii) Se reitera que el vicio de nulidad surge de manera ostensible por razón de la configuración de la causal consagrada en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁷⁸ por violación de las disposiciones legales imperativas contenidas en la Ley 143 de 1994, en concordancia con los artículos 1741 y 1742 del Código Civil⁷⁹, tal como se explicó en las consideraciones anteriormente expuestas.

⁷⁷ *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.*

Por otra parte, se precisa que la Ley 791 de 2002 redujo el término de la prescripción extraordinaria a 10 años, no obstante lo cual no resulta aplicable al caso que se analiza puesto que el contrato No.044 se suscribió con anterioridad a la vigencia de esta Ley.

⁷⁸ Artículo 44.-De las causales de nulidad absoluta. *“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:” (...)* 2. *Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.”*

⁷⁹ ARTICULO 1741. Nulidad absoluta y relativa. *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. (...).”*

ARTICULO 1742. Obligación de declarar la nulidad absoluta. *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”*



No hay lugar a estudiar la posibilidad de las restituciones mutuas por razón de la nulidad decretada, toda vez que el contrato de concesión No. 044 no llegó a ejecutarse.

5.3.3. La declaración de nulidad absoluta del contrato estatal no comporta violación del principio de la *non reformatio in pejus*.

Finalmente, se recuerda que el principio de la *non reformatio in pejus*, debe ceder ante la nulidad absoluta del contrato, cuando la misma se encuentre probada, habiéndose dado la oportunidad de haber sido controvertida entre las partes⁸⁰.

Es cierto que en este proceso la parte demandante se constituyó como apelante única, por lo cual tiene derecho a que la sentencia de segunda instancia no agrave su situación jurídica, cosa que no tiene lugar, por cuanto la sentencia apelada y confirmada no comporta condena alguna. Por otra parte, aunque la nulidad absoluta del contrato - advertida en este caso por violación de prohibición legal expresa- no fue materia de la sentencia de primera instancia, ni del recurso de apelación, el Juez de la acción contractual en segunda instancia debe declararla, en protección del interés general que le corresponde tutelar, tratándose del debate judicial en el escenario del contrato estatal.

En relación con lo anterior, se reafirma y reitera la jurisprudencia de esta Subsección, acerca de la procedencia de la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del contrato estatal, frente al principio de la *non reformatio in pejus*:

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de febrero de 2012, radicación No.:50001233100019970609301 expediente 21.060, actor: Reinaldo Idárraga Valencia y otros, demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército, referencia: sentencia de unificación jurisprudencial.



“Por otra parte, es necesario advertir que, en este caso, el recurso de apelación fue interpuesto únicamente por la parte actora, lo cual significa que, en virtud del principio de la non reformatio in pejus, el juez de segunda instancia, en principio, no puede hacer más gravosa su situación, en relación con lo decidido por el juez de primera instancia, salvo “que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla” (artículo 357 del C. de P.C).

La citada garantía constitucional ampara el derecho individual del recurrente único, para impedir que quien no apeló resulte, en últimas, favorecido con la decisión del superior funcional, en detrimento de los intereses de quien sí manifestó su inconformidad con la decisión de primera instancia; pero, cuando el juez de segunda instancia encuentra que el acto jurídico sometido a su conocimiento vulnera de manera protuberante el orden público jurídico, a tal punto que lo vicia de nulidad absoluta, como en el caso presente, el principio individual de la non reformatio in pejus debe ceder, para abrir paso a la protección del interés del conglomerado social y permitir que ese acto o contrato que se ha erigido con vicios de tal raigambre sea eliminado del ordenamiento jurídico.

En suma, la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato no comporta violación del principio de la non reformatio in pejus, porque mientras éste propende por la protección de un interés individual, el control de legalidad que ejerce el juez ampara el interés general.”⁸¹

6. Costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 27 de marzo de 2014, radicación: 250002326000200201096 01, expediente: 26.223, demandante: Carlos Hernán Rodríguez Achury, demandado: Nación – Ministerio de Transporte, naturaleza: acción contractual.



partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de-La Guajira, el siete (7) de septiembre de dos mil seis (2006).

SEGUNDO.- DECRETAR la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 044 suscrito el 5 de diciembre de 2000 entre la unión temporal Publienergy Ltda.,- Jair Betancourt y el municipio de San Juan del Cesar, por los motivos expuestos en esta providencia.

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA