

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 13001233300020140010001 (60.877)
Demandante: MUNICIPIO DE MAGANGUÉ
Demandado: SOCIEDAD REGIONAL DE ASEO SA
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Temas: CONCESIÓN DE SERVICIO DE ASEO

Síntesis del caso: entre las partes se suscribió un contrato de concesión para la prestación del servicio público de aseo por un plazo de 20 años y luego lo prorrogaron por 13 años adicionales; el ente territorial demanda la nulidad absoluta del contrato por considerar que el término máximo por el cual podía otorgarse era de 8 años por tratarse de una concesión de áreas de servicio exclusivo, conclusión que cuestiona el contratista en el recurso de alzada.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia de 30 de noviembre de 2017 (fls. 1 - 46 cdno. ppal.) por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar resolvió:

“PRIMERO. DECLÁRASE la nulidad absoluta del contrato denominado “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASEO URBANO: BARRIDO DE VÍAS, ÁREAS PÚBLICAS Y SITIOS DE INTERÉS PÚBLICO, LA RECOLECCIÓN Y TRANSPORTE DE LA BASURA EN LA CIUDAD DE MAGANGUÉ” celebrado el 10 de julio del año 2000 entre el Municipio de Magangué y la Empresa de Servicios Públicos MAGANGUÉ LINDA S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. ORDÉNASE al Municipio de MAGANGUÉ – BOLÍVAR y a la Sociedad REGIONAL DE ASEO S.A. – E.S.P. (demandada – cesionaria) la liquidación inmediata del contrato, en los términos que estipula el artículo 60 de la ley 80 de 1993 y demás normas concordantes y para ello, ténganse en cuenta los reconocimientos mutuos y los pagos correspondientes a las prestaciones ejecutadas, en concurrencia del beneficio reportado, hasta el momento en que quede en firme la presente providencia, amén de que se entenderá terminado el vínculo en ese momento.

TERCERO. Los bienes y elementos afectos a la concesión, serán devueltos al Municipio de Magangué, sin que sea dable que el contratista exija compensación alguna.

CUARTO. CONDÉNASE en costas a la parte demandada. Por Secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidarán. Se reconocen

agencias en derecho en la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y CINCO PESOS (\$1.496.175), a favor de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO. Ejecutoriada esta sentencia, hágase devolución del remanente de gastos del proceso si lo hubiere y se solicitare y, archívese el expediente, previa las anotaciones correspondientes.” (fl. 45 cdno. ppal. – mayúsculas fijas y negrillas originales).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 24 de febrero de 2014 (fls. 1 - 14 cdno. 1), el Municipio de Magangué (Bolívar) promovió demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra de la Sociedad Regional de Aseo SA ESP con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

“A. PRETENSIONES PRINCIPALES

(...).

PRIMERO. Declarar la NULIDAD ABSOLUTA de la expresión ‘veinte (20) años’ contenida en la cláusula cuarta literal f) y en la cláusula vigésima noventa del contrato de concesión sin número ‘de prestación de servicios de aseo urbano: barrido de vías, áreas públicas y sitios de interés públicos, la recolección y transporte de la basura en la ciudad de Magangué’, de fecha julio 10 de 2000, celebrado entre el Municipio de Magangué – Bolívar y la sociedad MAGANGUÉ LINDA S.A. – E.S.P., haciendo extensivos los efectos jurídicos de la nulidad a todo el contrato, pactos accesorios, modificaciones, prórrogas y demás acuerdos que se deriven del contrato principal, entre ellos, las cesiones de contrato comprendidas en los siguientes documentos:

1. CONTRATO DE CESIÓN de fecha marzo 31 de 2004, suscrito entre la Sociedad MAGANGUÉ LINDA S.A. – E.S.P. y la Unión Temporal ASEAR S.A. E.S.P. – INVERCON LTDA. – IMC LTDA.
2. CONTRATO DE CESIÓN de fecha julio 22 de 2004 celebrado entre la Unión Temporal ASEAR S.A. E.S.P. – INVERCON LTDA – IMC LTDA y la sociedad REGIONAL DE ASEO S.A. – E.S.P.

SEGUNDO. Que a consecuencia de la anterior declaración, se decrete la terminación del contrato sin número ‘de prestación de servicios de aseo urbano: barrido de vías, áreas públicas y sitios de interés públicos, la recolección y transporte de la basura en la ciudad de Magangué’, de fecha julio 10 de 2000, celebrado entre el Municipio de Magangué – Bolívar y la sociedad MAGANGUÉ LINDA S.A. – E.S.P., actualmente cedido a la sociedad REGIONAL DE ASEO S.A. – E.S.P., así como de todos los contratos accesorios, modificaciones, prórrogas, acuerdos y cesiones que se deriven del vínculo contractual declarado nulo.

TERCERO. Que a consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene a la sociedad REGIONAL DE ASEO S.A. – E.S.P. devolver al Municipio de Magangué toda la infraestructura y bienes afectados a la concesión del servicio público de aseo, sin reconocer compensación alguna a cargo de mi mandante, en virtud de la cláusula de reversión consagrada en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993.

CUARTO. Que como consecuencia de la terminación del contrato demandado y de sus contratos adicionales, modificaciones y cesiones, se ordene la liquidación del mismo, sin el reconocimiento de indemnización alguna a cargo del Municipio de Magangué – Bolívar, conforme al artículo 48 de la Ley 80 de 1993.

B. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En el hipotético caso de denegarse las pretensiones anteriores, de manera subsidiaria suplico al Honorable Tribunal las siguientes declaraciones:

PRIMERO. Declarar la NULIDAD ABSOLUTA de la prórroga contenida en el otro sí No. 02 de fecha diciembre 27 de 2010, por medio de la cual se adiciona en 13 años el plazo del contrato de concesión sin número, cuyo objeto es la “prestación de los servicios de aseo urbano (...)” de fecha julio 10 de 2000, celebrado entre el municipio de Magangué – Bolívar y la sociedad MAGANGUÉ LINDA S.A. – E.S.P., y tal declaración de nulidad se hace extensiva a todos los contratos accesorios, modificaciones y/o acuerdos que se deriven del contrato principal.

SEGUNDO. Que a consecuencia de la anterior declaración, se decrete la terminación del contrato sin número (...) de fecha 10 de julio de 2000 (...), así como de todos los contratos accesorios, modificaciones, prórrogas, acuerdos y cesiones que se deriven del mismo vínculo contractual, una vez haya vencido el plazo máximo pactado en el contrato o cuando se configuren las causales legales o contractuales para su terminación.

Que a consecuencia de cualquiera de las declaraciones anteriores, se condene a la empresa demandada al pago de las costas y agencias en derecho a que hubiere lugar, con motivo del presente proceso.” (fls. 2 – 3 cdno. 1 – negrillas mayúsculas fijas del original).

2. Hechos

Como fundamento de hecho de las pretensiones la parte demandante narró, en síntesis, lo siguiente:

1) El 10 de julio de 2000, el municipio de Magangué suscribió un contrato de concesión con la Sociedad Magangué Linda SA ESP para la prestación del servicio público de aseo urbano, con un plazo de 20 años contados a partir del acta de inicio, el cual fue cedido por el contratista el 21 de marzo de 2004 a la Unión Temporal Asear SA ESP – Invercon Ltda – IMC Ltda y, por esta, a la Sociedad Regional de Aseo SA ESP mediante documento de 22 de julio del mismo año, previa aprobación de la contratante.

2) Mediante la Resolución número SSPD-20104010012815 de 19 de abril de 2010 la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios descertificó al municipio de Magangué en cuanto a la administración de los recursos del sistema general de participaciones en agua potable y saneamiento básico y le restringió la posibilidad de asumir nuevos compromisos en la materia hasta obtener nuevamente la

certificación.

3) El 15 de diciembre de 2010, el Concejo Municipal de Magangué autorizó al alcalde para prorrogar por 13 años la concesión del servicio de aseo, con fundamento en lo cual se suscribió el oficio número 02 de 27 de diciembre de 2010 en virtud del cual las partes ampliaron el plazo del contrato por el referido término.

3. Cargos

1) *Desviación de poder por determinación arbitraria del plazo.* El artículo 73 de la Ley 142 de 1994 prevé que las comisiones de regulación pueden limitar la duración de los contratos de las prestadoras de servicios públicos con el fin de evitar que se limite la competencia y, en efecto, la CRA mediante Resolución No. 11 de 9 de mayo de 1996 dispuso que los contratos de concesión del servicio de aseo que incluyan áreas de servicios exclusivo no pueden ser superiores a ocho años; las partes acordaron desconocer las referidas disposiciones por lo cual se configuró una “*desviación de poder*”.

2) *Prórroga contra expresa prohibición legal.* La prórroga del contrato está viciada porque la Ley 1176 de 2007 prohíbe que las entidades territoriales realicen compromisos con cargo a los recursos del sistema general de participaciones cuando han sido descertificadas para su manejo.

4. Contestación de la demanda

La parte demandada no contestó la demanda, pese a que fue notificada oportunamente; vencido el término de traslado formuló un incidente de nulidad en el que alegó la indebida notificación, pero este fue resuelto en forma desfavorable al incidentante mediante auto de 20 agosto de 2015 proferido oralmente durante la audiencia inicial, decisión contra la cual no se interpusieron recursos (fls. 118 – 121 cdno. ppal.).

5. La sentencia apelada

El 30 de noviembre de 2017 (fls. 236 - 246 cdno. ppal.), el Tribunal Administrativo de Bolívar declaró la nulidad absoluta del contrato y de la prórroga, ordenó liquidarlos y reconocer al contratista lo ejecutado con beneficio para la entidad

territorial; por otra parte, condenó al contratista a devolver al Municipio de Magangué los bienes afectos a la concesión sin compensación alguna por tal concepto, para lo cual expuso las siguientes razones:

1) El artículo 73 de la Ley 142 de 1994 permite a las comisiones de regulación de servicios públicos limitar, mediante decisión de carácter general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos con el fin de impedir que se limite la libre competencia.

2) La Resolución número 11 de 11 de mayo de 1996 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento dispone que las concesiones de áreas de servicio exclusivo de aseo deben tener una duración definida y determinada que no puede exceder los ocho años; por su parte, la resolución número 151 de 23 de enero de 2001 proferida por el mismo ente mantuvo tal prohibición.

3) La Ley 632 de 2000 y el Decreto reglamentario 891 de 2002 no riñen con lo dispuesto por la CRA y, en todo caso, fueron expedidos cuando ya se había firmado el contrato.

4) El contrato materia de litis es una concesión de áreas de servicio exclusivo, por lo cual, por haberse pactado en contra de expresa prohibición legal debe ser anulado.

5) El contrato tiene graves falencias porque no identifica con precisión el ámbito geográfico materia de la concesión, la cobertura, el número de usuarios por estratos que se deben atender, las obligaciones del contratista frente a los usuarios, tarifas, modelos de proyección de valores ni las medidas tendientes a garantizar la exclusividad al contratista; además, se contrató en forma conjunta la recolección de residuos ordinarios y la de residuos peligrosos, pese a que sobre esta última no es posible otorgar exclusividad según la regulación de la CRA y tampoco se agotó el trámite ante esa entidad para la factibilidad técnica, económica y financiera del contrato.

6) El contrato carece de uno de los elementos propios de su esencia porque no se incluyó cláusula de reversión en los términos del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, la cual debe estar presente en todo contrato de concesión.

7) Se declara la nulidad de todo el contrato en ejercicio de la facultad oficiosa

prevista en la ley, aunque solo se demandó la cláusula de plazo.

8) El efecto de la nulidad es la liquidación inmediata del contrato, con restituciones mutuas y pago de las prestaciones ejecutadas, en concurrencia del beneficio reportado y, de otro lado, la devolución de los bienes y elementos afectos a la concesión, sin compensación para el contratista.

9) En vigencia del CPACA la parte vencida debe asumir las costas del proceso y las agencias en derecho se reconocen en el 0,1% de las pretensiones, equivalente a \$1.496.175.

5. El recurso de apelación

En el término legal (fls. 249 – 257 cdno. ppal.), la Sociedad Regional de Aseo SA ESP interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia con el fin de que revoque y, en su lugar, que se nieguen las pretensiones, para lo cual expuso los siguientes razonamientos¹:

1) Las funciones de las comisiones de regulación de servicios públicos deben ser ejercidas *“con sujeción a la ley”*, tal como lo disponen el artículo 370 de la Constitución Política y la Ley 142 de 1994, y sus disposiciones carecen de rango legal, por lo cual no pueden ir en contravía de lo previsto por el legislador ni suplir o complementar la ley, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 2000 en la cual declaró condicionalmente exequible el artículo 69 de la Ley 142 de 1994.

2) La regulación a cargo de las citadas comisiones no tiene el alcance de llenar los vacíos legales y solo permite intervenir en el mercado para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, sin que ello implique competencias legislativas.

3) La causal de nulidad del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que consideró probada el tribunal, se refiere a que los contratos se suscriban contra expresa prohibición legal, por lo cual no se configuró.

4) No podrían retrotraerse las cosas al estado anterior a la suscripción del contrato porque no se puede deshacer lo ejecutado por la contratista.

5) No se probó que el contrato corresponda a un área de servicio exclusivo ya que el acuerdo se limita a señalar que la zona de ejecución del contrato es la prevista en el pliego y este no fue aportado al proceso; en todo caso, no se configura ninguno de los supuestos legales de este tipo de contratos, no se determinó un área geográfica precisa ni hay prueba de que la empresa

¹ La parte demandada presentó dos escritos de recurso, ambos dentro del término legal; señaló que el segundo es complementario del primero, razón por la cual se analizan los argumentos contenidos en los dos.

demandada sea el único prestador de recolección de residuos en el Municipio de Magangué y, aún en ese caso, no se podría entender pactada el área de servicio exclusivo cuando no se acordó así en el contrato.

6) La ley no prevé un término máximo o fijo de duración para los contratos de concesión por lo cual no se configura causal de nulidad del contrato; el plazo ha de determinarse en función de las proyecciones operativas, económicas y financieras del contratista con el fin de que pueda garantizarse la prestación del servicio y la remuneración.

7) La sentencia apelada reconoce que el contrato carece de elementos indispensables para la concesión de áreas de servicio exclusivo.

8) La parte demandante no estructuró la demanda sobre el hecho de no haberse pactado la cláusula de reversión, por lo cual la ausencia de esa estipulación no es causal de nulidad del contrato.

6. Alegatos de conclusión

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio durante la oportunidad legal para presentar alegaciones finales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración², para lo cual seguirá el siguiente derrotero: (i) objeto de la controversia y decisión a adoptar, (ii) contratos de concesión de áreas de servicio exclusivo, (iii) ausencia de acreditación de las causales de nulidad absoluta alegadas, (iv) no inclusión de la cláusula de reversión no es causal de nulidad del

contrato y, (v) costas.

² Antes de analizar el fondo del asunto se verifica que la demanda fue oportuna porque el contrato cuya nulidad se pretende está en ejecución y la demanda se promovió en vigencia de la Ley 1437 de 2011 de acuerdo con el cual *“podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras estese encuentre vigente.”*

1. Objeto de la controversia y decisión a adoptar

La demanda se dirige a obtener la nulidad absoluta del contrato de concesión suscrito entre las partes para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de Magangué (Bolívar) porque superó el término de 8 años que de acuerdo con la regulación de la CRA es el máximo para la concesión de áreas de servicio exclusivo, argumento que prosperó en primera instancia; el recurso de alzada se erige sobre dos fundamentos: (i) la ausencia de rango legal de las decisiones de las comisiones de regulación de servicios públicos, lo cual impide que se configure la causal de nulidad que encontró probada el tribunal y (ii) que el contrato no concedió un área de servicio exclusivo, porque no se cumplen los elementos de ese tipo de contratos.

La Sala revocará la decisión apelada toda vez que, respecto de los precisos cargos de la demanda y de acuerdo con el material probatorio allegado al proceso, no se probó que el contrato materia de litis³ corresponda a una concesión de áreas de servicio exclusivo ni se acreditaron los fundamentos de hecho de las causales de nulidad absoluta alegadas en la demanda.

2. Contratos de concesión de áreas de servicio exclusivo

1) El artículo 365 de la Constitución Política permite que los servicios públicos sean prestados por el Estado, las comunidades y cualquier particular, con la regulación, inspección y vigilancia estatal⁴ y prevé la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar a quienes queden privados de la posibilidad de prestarlos

³ Cuyo régimen es de derecho privado en los términos del artículo 31 original de la Ley 142 de 1994, por cuanto fue celebrado antes de la expedición de la Ley 689 de 2001 cuyo artículo 3^a sometió este tipo de contratos al Estatuto de Contratación Pública.

⁴ Constitución Política de Colombia, *“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas

actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

cuando decida reservarse la prestación de alguno de ellos, de donde se colige que el ordenamiento constitucional privilegia la libertad de empresa y de mercado para la prestación de los servicios públicos, sin perjuicio de los controles e intervención previstos en la propia norma superior y en la ley.

2) Por su parte, la Ley 142 de 1994 permite entregar áreas exclusivas para la prestación de servicios públicos a una empresa determinada con el fin de permitir ampliar la cobertura en favor de las personas de menores ingresos, previa licitación pública y determinación de especiales características tales como el espacio geográfico del área, los niveles de calidad del servicio y las obligaciones particulares del contratista, con la posibilidad de pactar aportes públicos con el fin de extender la cobertura, todo ello sujeto a los lineamientos generales de las comisiones de regulación:

“ARTÍCULO 40. ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO. *Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.*

PARÁGRAFO 1o. *La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”(se resalta).*

3) El 9 de mayo de 1996, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico profirió la Resolución número 11 *“por la cual se establecen reglas sobre contratos de concesión en los que se incluye el otorgamiento de áreas de servicios exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo”*, en la cual precisó el concepto de *“áreas de servicio exclusivo”* y de *“contratos de concesión”*, al tiempo que dispuso que estos últimos son el instrumento para entregar dichas áreas a un particular:

“2.1 Áreas de servicio exclusivo.- *Es un área otorgada por las entidades territoriales competentes a una empresa prestadora del servicio público domiciliario de aseo, mediante licitación pública, en la cual ninguna otra empresa puede ofrecer los servicios objeto del contrato, durante un tiempo determinado.*

2.2 Contrato de concesión.- Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso públicos, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

(...).

ARTICULO 3o. TIPOS DE CONTRATOS. El otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo se hará siempre a través de contratos de concesión, previa la celebración de un proceso licitatorio.”.

4) De lo expuesto se colige que la característica principal de las áreas de servicio que se analizan es su exclusividad, entendida como la posibilidad de asignar determinada zona a un solo prestador, derecho que se otorga a través de un contrato de concesión con sujeción a particulares requisitos y condiciones; sin embargo, debe precisarse que no toda concesión de servicios públicos implica exclusividad o el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, por el contrario, el establecimiento de estas últimas está sujeto a determinados requisitos y a unas características particulares que las diferencia de las demás modalidades de concesión .

En efecto, la referida Resolución 011 de 1996 expedida por la CRA, vigente en la época de suscripción del contrato objeto de examen, la concesión de áreas de servicio exclusivo impone un previo concepto de esa entidad, en el que se analice la factibilidad técnica, económica y financiera del área y la justificación del contrato en términos de cobertura del servicio público frente a usuarios o estratos de menores ingresos, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 8o. VERIFICACIÓN DE LOS MOTIVOS. Para verificar el cumplimiento de estas condiciones, las entidades territoriales

competentes interesadas deben hacer llegar a la Comisión, debidamente certificados por los funcionarios competentes, y antes de abrir licitaciones de contratos en los que se incluyan cláusulas para definir "áreas de servicio exclusivo", un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera del área o áreas de servicio exclusivo potenciales, que tenga como objeto justificar la viabilidad, el número y distribución geográfica del área o áreas potencialmente viables.

Dicho estudio deberá contener, por lo menos:

8.1 Plano correspondiente al área o áreas que se establecerían como de servicio exclusivo.

8.2 Definición del número de usuarios de menores ingresos a los cuales se extendería el servicio de aseo, de acuerdo con la estratificación adoptada por el municipio.

8.3 Estudios técnicos y económicos que sustenten la extensión de la cobertura a los estratos de menores ingresos.

8.4 Monto presupuestado de los recursos a los que se refiere el numeral 7.1 del artículo séptimo de la presente resolución.

8.5 Copia del pliego de condiciones de la licitación y de la minuta del contrato.

8.6 Financiación global del servicio.

La Comisión se pronunciará en un término máximo de cuarenta (40) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la documentación aquí establecida.” (mayúsculas sostenidas originales).

Según esa misma normatividad, la concesión de áreas de servicio exclusivo estaba sujeta a la determinación precisa del ámbito geográfico de exclusividad, la cobertura, los servicios a los cuales se extiende la exclusividad, las medidas que se adoptarán para garantizarla y, especialmente, el componente tarifario, las estimaciones económicas respecto de la ampliación de cobertura del servicio y el plazo máximo cuya aplicación reclama la demandante, aspectos sobre los cuales el legislador dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 9o. CONDICIONES QUE DEBEN LLENAR LOS CONTRATOS. Los contratos de concesión en los cuales se incluya el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo a un empresario de servicios públicos deben referirse, por lo menos, a los siguientes aspectos:

a. Determinación del ámbito geográfico. El contrato debe identificar, con toda precisión, por medio de un plano técnicamente elaborado, el ámbito geográfico para el cual se concederá la exclusividad en la prestación del servicio.

b. Cobertura. Número de usuarios por estratos a los cuales se extendería el servicio durante el plazo del contrato, y programas de expansión.

c. Servicios a los cuales se extiende la exclusividad. Estos deben precisarse sin género de duda, atendiendo para ello, entre otros, a los criterios que surgen del numeral 14.4 de la Ley 142 de 1994.

d. Forma en la cual se garantiza la exclusividad. Medidas que tomarán los contratantes, dentro de sus facultades legales, para hacer efectiva la exclusividad que se otorga al contratista. Las medidas deben tener relación directa y proporcional con este objetivo, y no deben implicar restricciones adicionales o innecesarias a la competencia.

e. Calidad del servicio. Deben establecerse, con precisión, los niveles de calidad del servicio que debe garantizar el contratista a los usuarios, los cuales deben ser, por lo menos, iguales a los establecidos en la normatividad vigente.

f. Plazo. El plazo que se pacte no puede ser indefinido y debe estar perfectamente determinado. En todo caso, no podrá ser superior de los (8) años.

g. Obligaciones que el contratista asume respecto al servicio. Todas aquellas que según la ley, deben incluirse en las condiciones

uniformes de los contratos, y aquellas especiales que quisiera imponer la entidad territorial competente como parte del contrato de servicios públicos.

h. Tarifas. El contrato quedará sujeto en esta materia a lo establecido en el artículo sexto de esta resolución⁵.

i. Nuevos aportes de las entidades públicas para extender la cobertura del servicio.

j. Modelo y cifras de proyección del valor presente neto del contrato para el contratista. Se aplicarán en la construcción de ese modelo los criterios usuales de análisis de proyectos con identificación precisa del plazo esperado del contrato; del número de usuarios que, en cada período, se piensa atender; y de los ingresos y desembolsos asociados con diversos grupos de usuarios, si su ubicación dentro del área lo permite.” (mayúsculas fijas del original).

5) Verificado el texto del contrato (fls. 16 – 28 cdno. 2), no se advierte el establecimiento de un área de servicio exclusivo de acuerdo con las características y requisitos antes indicados, particularmente porque no se pactó la exclusividad del prestador ni las áreas en las que esta tendría lugar ni alguna medida o condición que permita inferir dicha exclusividad.

⁵ Resolución 111 de 1996: “**ARTÍCULO 6o. ELEMENTO TARIFARIO.** Los proponentes deberán incluir en sus ofertas las fórmulas tarifarias que aplicarían, en cumplimiento a lo establecido por el inciso final del artículo 39 de la Ley 142 de 1994. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico intervendrá cuando se presenten los eventos contemplados en el párrafo 1. del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Las modificaciones de la parte tarifaria de los contratos derivados de las circunstancias descritas en el párrafo 1. del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, no darán derecho a indemnización”.

Aunque las consideraciones del contrato hacen referencia a que se contrató mediante invitación pública regida por un pliego de condiciones, este no se allegó al proceso, de modo que solo se conoce el texto del contrato cuyo objeto es el siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. El objeto de el presente contrato, consiste en la prestación de los SERVICIOS DE ASEO URBANO: barrido, recolección y transporte de residuos sólidos, todas ellas dentro de la zona determinadas en la cláusula tercera “zona de prestación de los servicios” de el presente contrato.

CLÁUSULA SEGUNDA. ALCANCE: Las labores objeto del presente contrato, que se encuentran a cargo de el CONTRATISTA, de acuerdo con el alcance y contenido de su oferta, comprenden: a) recolección, transporte y descargue en el sitio de disposición final (relleno sanitario) de las basuras: domiciliarias, comerciales, institucionales, mercados, hospitales y clínicas, pequeños productores (menor de 1 m3), poda de árboles y jardines, erradicación de botaderos o sitios de arrojito clandestino, basuras en la vía pública dejada por efecto de los arroyos en época de lluvias, escombros provenientes de reparaciones locativas y demoliciones (siempre y cuando la cantidad por usuario no sobrepase un (1) metro cúbico, animales muertos y las demás que presenten características similares (...).

CLÁUSULA TERCERA. ZONA DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASEO. Los servicios de aseo, de que tratan los literales a, b, c, de la cláusula segunda, se prestarán por de el (sic) contratista en las zonas que se determinan en los pliegos, tomados de la actual nomenclatura urbana de el municipio de Magangué y que aparecen señalados en el plano anexo a dichos pliegos de condiciones.” (mayúsculas sostenidas del original).

El plazo inicialmente pactado fue de 20 años, a cambio de una remuneración mensual fija de \$77.056.262,67 que sería pagada por el municipio, con los cuales el contratista asumiría todos los costos operativos, suma que sería reajustada anualmente según las reglas del pliego (las cuales se desconocen).

De acuerdo con lo expuesto, no hay prueba de que el contrato cuya nulidad se pretende sea una concesión de áreas de servicio exclusivo; las conclusiones del tribunal respecto de la ausencia de las características propias del contrato son ciertas, pero, en lugar de servir de sustento para la aplicación de las normas especiales previstas para las referidas áreas, confirman que el demandado no es beneficiario de un área de servicio exclusivo.

3. Ausencia de acreditación de las causales de nulidad absoluta alegadas por la demandante y declaradas por el tribunal

Establecido como está que el contrato no es una concesión de áreas de servicio exclusivo no resulta aplicable el término máximo de ocho años de duración previsto en la Resolución 111 de 1996, por lo cual resulta irrelevante establecer el rango normativo de esta disposición y tampoco está probada la desviación de poder sobre la cual ningún sustento de hecho o normativo se indicó.

Por otra parte, aunque está probado que el municipio de Magangué fue descertificado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante Resolución del 19 de abril de 2010 (fls. 41 – 44 cdno. 2), no está acreditado que la prórroga del contrato, suscrita el 27 de diciembre de 2010 (fls. 29 – 30 cdno. 2), estuviera financiada total o parcialmente con recursos del sistema general de participaciones, carga probatoria que le correspondía a la demandante y que no fue satisfecha por este, circunstancia por la cual la acusación sobre ese aspecto carece de respaldo probatorio.

4. No inclusión de cláusula de reversión no constituye causal de nulidad del contrato

Para el tribunal de primera instancia, la ausencia de pacto de la cláusula de

reversión en el contrato demandado constituye razón adicional que analizó oficiosamente para declararlo nulo; contrario a ello, la Sala recuerda que las causales de nulidad de los contratos son taxativas y de interpretación restrictiva y la declarada no encuadra en ninguna de ellas.

Así las cosas, sin que resulte necesario ahondar en la obligatoriedad o no de la estipulación de reversión de cara al régimen del contrato, basta con señalar que el hecho de no acordarla no constituye causal de nulidad.

En conclusión, de acuerdo con lo expuesto, en consideración de los precisos cargos de nulidad invocados y con el material probatorio aportado a la actuación, no hay lugar a decretar la nulidad absoluta del contrato.

5. Costas

Se condenará en costas de la instancia a la parte vencida en los términos del artículo 188 del CPACA y se fijan agencias en derecho en segunda instancia en cuantía equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes; de igual manera, la condena en costas de primera instancia será a cargo de la demandante cuyas pretensiones no prosperaron y se fijará el mismo valor por agencias en derecho, pero a cargo del ente territorial, debidamente actualizado de acuerdo con el índice de precios al consumidor, así:

$$Va = Vh * \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Va	=	\$1.496.175 *	<u>120,27 (julio de 2022)</u>
			96,55 (noviembre de 2017)
Va	=	\$1.863.749	

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1º) **Revócase** la sentencia de 30 de noviembre de 2017, en su lugar se dispone:

PRIMERO. Niéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandante Municipio de Magangué, con agencias en derecho en cuantía de UN MILLÓN OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$1.863.749).

2º) Costas de segunda instancia a cargo de la demandante Municipio de Magangué, que se liquidarán en forma concentrada en el tribunal de primera instancia, **fijanse** agencias en derecho de esta instancia en el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales.

3º). En firme esta providencia **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las desanotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA Magistrado (salvamento de voto) <i>(firmado electrónicamente)</i>	
FREDY IBARRA MARTÍNEZ Magistrado Ponente <i>(firmado electrónicamente)</i>	MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Magistrado <i>(firmado electrónicamente)</i>

Constancia. Se hace constar que la presente providencia fue suscrita electrónicamente por los magistrados del Consejo de Estado - Sección Tercera - Subsección B en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 del CPACA.