



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 47-001-2331-000-2000-2009-00296-02 (42565)

Actor: MUNICIPIO DE ARACATACA

Demandado: UNIÓN TEMPORAL ENERAL DEL MAGDALENA Y OTRO

Referencia: CONTRACTUAL

Temas: CONTRATO DE CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO – marco normativo / VIGENCIAS FUTURAS – restricciones para los entes territoriales – no genera nulidad en el contrato *sub lite*

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 21 de septiembre de 2011, mediante la cual se dispuso:

*“1. **Niéguense** las pretensiones de la demanda.*

”2. Sin costas para las partes.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 9 de octubre de 2009, el municipio de Aracataca solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra la Unión Temporal Eneral del Magdalena y Eneral del Magdalena S.A.:

***“PRIMERO:** Que es nula la resolución No. 210 de agosto 28 de 2006, por medio de la cual se adjudica el proceso de licitación al proponente favorecido, la UNIÓN TEMPORAL ENEAL DEL MAGDALENA, [y] en esta resolución sigue sin ser subsanada la falta por parte de la administración municipal del compromiso de vigencias futuras.*

***“SEGUNDO:** Que es nulo el contrato de concesión No. 01-2006, celebrado entre el MUNICIPIO DE ARACATACA y la empresa ENEAL DEL MAGDALENA S.A. el cual tiene como objeto ‘la contratación por el sistema de concesión del suministro, instalación, expansión, reposición, repotenciación, mantenimiento, operación y administración de la infraestructura del servicio de alumbrado público en la jurisdicción del municipio de Aracataca – Magdalena’.*

***“TERCERO:** Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes y a la Alcaldía Municipal de Aracataca (Magdalena), también para los efectos legales correspondientes”.*

2. Los hechos

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

2.1. El municipio de Aracataca dio apertura al proceso de Licitación Pública No. AMA 005, mediante Resolución No. 163 de julio 13 de 2006, con el objeto de seleccionar al contratista de la concesión, para la operación, mantenimiento y expansión del alumbrado público en el referido municipio.

2.2. En la Licitación Pública AMA 005 se invocó como fundamento la facultad concedida mediante el Acuerdo del Concejo Municipal No. 006 de marzo 25 de 2006; sin embargo, dicho Acuerdo no incorporó la autorización para comprometer las rentas de vigencias futuras, la cual debió provenir del Concejo Municipal, previa autorización del Consejo de Política Fiscal - CONFIS del municipio.

2.3. Mediante Resolución No. 210 de 28 de agosto de 2006, se adjudicó el contrato de concesión a la Unión Temporal del Magdalena.

2.4. Como consecuencia de la adjudicación, el municipio de Aracataca suscribió el Contrato de Concesión No. 001-2006 con la sociedad ENERAL DEL MAGDALENA S.A., en el cual se estableció una duración de veinte años y se dispuso que la cuantía del contrato era indeterminada, pero determinable, de acuerdo con el tiempo de ejecución del contrato y con la propuesta aprobada por el municipio.

2.5. Según narró el municipio demandante, dicho contrato de concesión se suscribió sin haber subsanado la carencia del compromiso de vigencias futuras, en violación del artículo 345 de la Constitución Nacional y de los artículos 23 y 24 del Decreto 111 de 1996, de manera que en la celebración del contrato se configuró la causal de nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 899 del Código de Comercio, por violación de la ley imperativa.

3. Actuación procesal

3.1. El Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la demanda mediante auto de 11 de diciembre de 2009, en el cual dispuso, también, la notificación a las cinco sociedades que conformaron la Unión Temporal Eneral del Magdalena y negó la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados.

3.2. Mediante providencia de 9 de diciembre de 2010, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó la denegación de la suspensión provisional¹.

3.3. En audiencia celebrada el 1º de febrero de 2011 el Tribunal *a quo* decretó las pruebas solicitadas por las partes².

4. Contestación de la demanda

¹ Folio 79 a 90, cuaderno 2.

² Folio 216, cuaderno 3.

4.1. La Unión Temporal Eneral del Magdalena³, a través del apoderado facultado mediante poder otorgado por las empresas que la conformaron, contestó la demanda. Afirmó que era un “*exabrupto*” solicitar la autorización de las vigencias futuras para el contrato de concesión *sub judice* y que, en todo caso, de haber requerido la autorización del CONFIS, el municipio de Aracataca no podía alegar su propia culpa.

En las **excepciones** presentadas invocó: **i)** la falta de jurisdicción y de competencia, por la existencia de cláusula compromisoria en el Contrato de Concesión 001-2006; **ii)** la inexistencia de la Unión Temporal demandada, toda vez que su duración fue precaria y que una vez adjudicado el contrato, de acuerdo con lo ofrecido, se constituyó la sociedad Enelar del Magdalena S.A.; **iii)** no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, teniendo en cuenta que la demanda no se dirigió contra Enelar del Magdalena S.A.; **iv)** improcedencia de la exigencia de autorizaciones para las vigencias futuras, la cual hizo consistir en que, de acuerdo con la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de concesión permite diversas modalidades de remuneración, siendo de cargo de la concesionaria disponer de los recursos requeridos para el desarrollo de la concesión, de manera que no era preciso comprometer vigencias presupuestales futuras. Explicó que, de acuerdo con el Contrato de Concesión 001- 2006, se implementó la cesión del impuesto de alumbrado público a favor de la concesión, como fuente específica, con el fin de realizar el pago de la remuneración pactada en el contrato de concesión; **v)** caducidad de la acción de lesividad del acto propio, la cual invocó con fundamento en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, por haber transcurrido, a la fecha de la demanda, más de dos años a partir de la Resolución 210 del 28 de agosto de 2006, la cual fue expedida por la Alcaldía Municipal para adjudicar el contrato de concesión y **vii)** la excepción genérica, consistente en cualquier hecho que resulte probado en el proceso.

³ Enelar S.A. E.S.P., Emdepa Consultoría S.A., Enelar del Plato S.A., Tecnoventas S.A. y Eneralco S.A., constituyeron la Unión Temporal Enelar del Magdalena y se presentaron a la Licitación Pública acreditando un contrato de promesa de constitución de sociedad comercial en caso de que la Unión Temporal resultara adjudicataria, según se observa de la documentación obrante en los folios 118 a 171, cuaderno 1.

4.2. El Tribunal Administrativo del Magdalena ordenó la integración de la sociedad Enelar del Magdalena S.A. al contradictorio por pasiva, mediante auto de 11 de octubre de 2010. La referida sociedad contestó la demanda, fue representada por el mismo apoderado de la Unión Temporal Enelar del Magdalena y formuló escrito con similar contenido. Destacó en su oposición a las pretensiones que la acción se encontraba caducada y presentó las mismas excepciones que fueron expuestas por la citada Unión Temporal.

4.3. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia el 21 de septiembre de 2011, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Observó que no tuvo lugar la caducidad de la acción, toda vez que el término para incoar la acción era el previsto para demandar la nulidad absoluta del contrato, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Por otra parte, el Tribunal *a quo* interpretó que ocurrió la renuncia tácita a la cláusula compromisoria pactada en el Contrato de Concesión 001-2006, la cual se configuró, a su juicio, por el hecho de la presentación de la demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Agregó que no podía hacer efectiva la referida cláusula compromisoria, teniendo en cuenta que el asunto de fondo se desprendió de la controversia sobre la legalidad de un acto administrativo de adjudicación del contrato.

En relación con las vigencias futuras, observó que de conformidad con el ordinal 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, referido al contrato de concesión, el particular contratista puede recibir una remuneración que consista en los derechos, tasas o tarifas relacionadas con el bien materia de la explotación. Especificó que el artículo 24 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional) se refirió a las concesiones de obras en las cuales se permite que el Consejo Superior de Política Fiscal CONFIS autorice, en forma excepcional, otorgar la garantía a través de obligaciones que afecten vigencias futuras. Afirmó que la citada norma solo aplica a la

concesión de obras y no incluye la concesión de servicios públicos (prestación, operación, explotación y organización total o parcial), como era el caso del contrato *sub lite*.

El Tribunal *a quo* concluyó

“Por otra parte, en el contrato se estableció como remuneración a favor del concesionario el recaudo del impuesto a través de la facturación del servicio de conformidad con las modalidades consagradas en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin involucrar recursos del municipio, máxime cuando en este tipo de contratos, la financiación de la asunción de la prestación del servicio corre a cuenta del concesionario, quien además tiene a su cargo la administración del servicio”⁴.

4.4. El recurso de apelación

En el escrito mediante el cual presentó y sustentó el recurso de apelación, el municipio de Aracataca manifestó su inconformidad con la aplicación del Decreto 111 de 1996 que realizó el Tribunal *a quo*.

Relacionó la importancia de la política fiscal, a través de la cual los entes territoriales pueden establecer determinados tributos, como por ejemplo, el impuesto de alumbrado público, previsto desde la expedición de la Ley 84 de 1915.

Agregó que los municipios son responsables del servicio público de alumbrado y que, de conformidad con el Decreto 2426 de 2006, les corresponde establecer la prestación directamente o a través de empresas prestadoras de servicios.

De acuerdo con el citado decreto, observó el apelante, los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de prestación del servicio de alumbrado público y, por tanto, los ingresos provenientes del impuesto de alumbrado

⁴ Folio 22 de la sentencia, cuaderno principal segunda instancia.

público en el caso de que dicho impuesto se establezca como mecanismo de financiación de la prestación del referido servicio.

Afirmó que la Resolución 210 de 2006 se expidió sin contar con la autorización de vigencias futuras, la cual era requerida para adjudicar el contrato, de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley de presupuesto.

Especificó que en el Contrato de Concesión 001-2006 se definió la remuneración del concesionario con base en la facturación del servicio de alumbrado público, en la cual se encontraba incluido el cobro del impuesto de alumbrado público, constitutivo del ingreso tributario que, a su vez, hacía parte del presupuesto del municipio.

4.5. Alegatos en segunda instancia

La **parte demandada** observó que la apelación no debía prosperar, teniendo en cuenta que, en su opinión, el actor no se refirió de manera específica a la sentencia impugnada, ni realizó una indicación concreta de las razones por las cuales debe ser revocada. Alegó que el fondo del asunto era la forma de retribución al contratista y que así lo resolvió, correctamente, la sentencia de primera instancia.

El **Ministerio Público** conceptuó que debe ser confirmada la sentencia de primera instancia, con fundamento en que en el negocio jurídico respectivo se estableció la forma a través de la cual el concesionario recuperaría la inversión, sin implicar recursos del municipio⁵.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción de nulidad del contrato estatal; **3)** régimen legal aplicable al contrato de concesión de alumbrado público; **4)** precisión acerca del impuesto de alumbrado público; **5)** vigencias futuras; **6)** los requisitos presupuestales en el contrato estatal; **7)** el caso concreto y **8)** costas.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado

⁵ Folios 308 a 316, cuaderno principal segunda instancia-

1.1. Jurisdicción Competente

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993⁶, en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por la Ley 1106 de 2007⁷, siendo en este caso una de las partes del contrato una entidad territorial de carácter estatal, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de la controversia.

En relación con la competencia de la justicia arbitral, observa la Sala que no cabe la renuncia tácita que estimó el Tribunal *a quo*⁸. Sin embargo, la cláusula compromisoria prevista en el Contrato de Concesión *sub judice*, no resulta aplicable al caso que se debate, toda vez que el pacto correspondiente cobijó aquellas diferencias que surjan “dentro de la celebración del contrato, su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación”⁹, y en este proceso el municipio demandante planteó el ataque por razón de la inexistencia de una autorización previa a la celebración del contrato y del desconocimiento del requisito presupuestal que ha debido cumplirse en forma anterior a la celebración del contrato.

Se considera que en relación con las diferencias surgidas por hechos ocurridos en la etapa de formación del contrato estatal, cabría la cláusula compromisoria establecida en los documentos propios de la licitación pública – aceptados mediante escrito del proponente- , sin embargo, en este caso, el pliego de condiciones no consideró dicha forma alternativa de solución de los conflictos.

Además, la Unión Temporal demandada no hizo parte del Contrato de Concesión 001-2006 contentivo de la cláusula compromisoria, toda vez que el mismo fue suscrito por la sociedad Eneral del Magdalena S.A., constituida para el efecto.

⁶ Artículos 2 y 75.

⁷ El criterio orgánico se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1106 de 27 de diciembre 2007. Igualmente, dicho criterio constituye la regla general de jurisdicción y de competencia en el medio de control de controversias contractuales, previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), el cual entró a regir el 2 de julio de 2012.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Unificación de Jurisprudencia, auto de 18 de abril de 2013, radicación 85001-23-31-000-1998-00135-01(17859), actor: Julio César García Jiménez, demandado: departamento del Casanare.

⁹ Cláusula vigésima quinta, folio 276, cuaderno 3. .

1.2. Cuantía

Establece la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la parte actora presentó su estimación razonada de la cuantía por la suma de \$500'000.000¹⁰, valor que resulta superior al exigido para que un proceso de controversias contractuales, iniciado en la fecha en que se presentó la demanda en este proceso¹¹, tuviera vocación de doble instancia.

Se tiene en cuenta que la cuantía para establecer la segunda instancia de las controversias contractuales ante el Consejo de Estado se fijó en la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V (\$496.900 x 500 = \$248'450.000)¹², exigida de conformidad con el artículo 3º de la Ley 1395 de 2010 y el artículo 132 del C.C.A., tal como fue modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, el cual cobró vigencia al entrar en funcionamiento los Juzgados Administrativos, el 1º de agosto de 2006¹³.

2. Caducidad de la acción de nulidad del contrato estatal

En el escrito mediante el cual el municipio de Aracataca subsanó la demanda expuso que la acción impetrada era la de controversias contractuales, prevista en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

De esta manera invocó la siguiente disposición:

"Artículo 136. Caducidad de las acciones.

"10. (...).

"En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

"(...).

"e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su

¹⁰ Folio 34, cuaderno 3.

¹¹ 9 de octubre de 2009.

¹² De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente para el año 2009, toda vez que la demanda se presentó el 9 de octubre de 2009 y el recurso de apelación se interpuso el 12 de octubre de 2011, en vigencia del artículo 3º de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

¹³ 18 de febrero de 2013.

vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento¹⁴. (La negrilla no es del texto).

En el caso concreto se observa que el Contrato de Concesión 001-2006 fue suscrito el 21 de septiembre de 2006 y, de acuerdo con el Pliego de Condiciones, en el mismo se estableció una duración de veinte (20) años contados a partir de la firma del acta de iniciación, *“la cual será una vez el municipio formalice el convenio con la empresa distribuidora local, para el suministro de energía eléctrica, facturación y recaudo del impuesto del servicio de alumbrado público”¹⁵*.

Aunque no se aportó el acta de iniciación del contrato, se puede concluir que no había operado la caducidad de la acción, toda vez que, si se toma como fecha de iniciación la misma en que se suscribió el Contrato de Concesión 001-2006, el plazo de cinco años establecido para la ocurrencia de la caducidad de la acción vencía el 21 de septiembre de 2011 y la demanda se presentó el 9 de octubre de 2009.

3. Régimen legal aplicable al contrato de concesión de alumbrado público

Las partes han discutido en el presente proceso acerca de la aplicación del ordinal 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 al contrato de concesión del servicio de alumbrado público. El Tribunal *a quo* solucionó el asunto a través de un estudio sistemático de la referida norma y de las características que la jurisprudencia y la doctrina han reconocido al contrato de concesión descrito en el aludido artículo 32.

En el presente caso la discusión acerca de la posibilidad legal de celebración del contrato sub lite debe ser zanjada, puesto que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 sí permitió la concesión de servicios públicos y de los bienes y actividades destinadas al

¹⁴ Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-709 de 2001, bajo el entendido de que si se produce modificación o adición del contrato inicialmente celebrado, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas.

¹⁵ Cláusula Trigésima Segunda del Contrato de Concesión No. 001-2006, folio 28, cuaderno 3.

mismo¹⁶ y la Ley 143 de 1994¹⁷ también consagró la viabilidad del contrato de concesión. Además, esta última Ley otorgó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas las facultades de interpretación y aplicación de las definiciones de la ley y la potestad de precisar el alcance de las competencias relativas al otorgamiento del contrato de concesión¹⁸, las cuales fueron desarrolladas en el sentido de considerar como viable el contrato de concesión de alumbrado público¹⁹.

Aclarado lo anterior, conviene destacar a continuación las normas que conformaban el régimen legal aplicable al contrato de servicio de alumbrado público, para la época en que se celebró el contrato de concesión *sub judice*, en el aspecto que se debate:

“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.

“(…).

“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

¹⁶ “4o. 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 público, 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”.

¹⁷ “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”.

¹⁸ Artículo 11, Artículo 23, literal I).

¹⁹ Resolución GRG 043 de 1995.

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 59. Podrán ser concesionarios, las sociedades privadas, nacionales o extranjeras, las cooperativas y demás organizaciones comunitarias constituidas legalmente y las entidades de carácter público.

“Artículo 60. La remuneración del contrato de concesión consiste en las tarifas o precios que los usuarios de los servicios pagan directamente a los concesionarios, las cuales son fijadas de acuerdo con las disposiciones establecidas en la presente Ley”.

Por otra parte, el contrato de concesión del alumbrado público fue regulado en forma expresa mediante el Decreto 2426 de 2006²⁰, vigente para la época de los hechos, el cual estableció la prestación del servicio de alumbrado público así:

“Artículo 2°.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.

“(…).

“Artículo 4°.Prestación del Servicio. Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público.

²⁰ Publicado en el Diario Oficial 46334 de julio 19 de 2006.

“Parágrafo. Los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos por impuesto de alumbrado público en caso de que se establezca como mecanismo de financiación”.

(...).

“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”.

Se puede concluir con claridad que la ley permitió el contrato de concesión del servicio de alumbrado público y aceptó que las partes acordaran como fuente de la retribución para el concesionario los recaudos provenientes de las tasas o precios que paguen los usuarios directamente al concesionario.

4. Precisión acerca del impuesto de alumbrado público

El artículo 338 de la Constitución Política consagra la potestad de los Concejos Municipales para fijar las tarifas de los impuestos que sean de su competencia²¹.

²¹ “Artículo 338 C.P. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

“La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

“Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

La Ley 97 de 1913 creó el impuesto de alumbrado público y la Ley 84 de 1915 fijó en los Concejos Municipales la competencia para establecer los elementos del impuesto.

Ergo, para la época de los hechos en este proceso, el Concejo Municipal tenía facultades para desarrollar la autorización legal en materia del impuesto de alumbrado público²².

5. Vigencias Futuras

Entiende la Sala que el demandante ubicó la *causa petendi* – y la apelación- en la nulidad del acto de adjudicación y del contrato de concesión, con fundamento en la supuesta violación de la ley, por ausencia de los requisitos exigidos en los artículos 23 y 24 del Decreto 111 de 1996, para comprometer los recursos de los presupuestos municipales de vigencias futuras.

²² Corte Constitucional, sentencia C-504 de 3 de julio de 2002, referencia: expediente D-3842, demandante: Juan Carlos Madriñán Pradilla, Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería; “1. Decláranse EXEQUIBLES los literales d) e i) del artículo 1 de la ley 97 de 1913 por los cargos estudiados, salvo la expresión ‘y análogas’, que se declara INEXEQUIBLE”. La potestad de los municipios fue reconocida en aplicación de la sentencia C-504/02, entre otras, en las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, sentencia de 9 de julio de 2009, radicación número: 17001-23-31-000-2006-00404-02 (16544); Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Barcenás, sentencia de 26 de febrero de 2015, radicación número: 47001-23-31-000-2011-00006-02 (19173), actor: Ricardo Jesús Anaya Visbal, demandado: municipio Zona Bananera – Magdalena.

La Ley 1551 de 2012 – expedida con posterioridad a los hechos materia de este proceso- por la cual se dictaron normas para modernizar el funcionamiento de los municipios, estableció en su artículo 18 las facultades específicas del Concejo Municipal para establecer impuestos de conformidad con la ley y para autorizar las vigencias futuras: Por otra parte, a partir de la Ley 1753 de 2015 el artículo 191 dispuso que: “En todo caso, el pago por el suministro de la energía, la facturación y el recaudo se podrán realizar mediante apropiación sin situación de fondos por parte de la entidad respectiva y a favor del comercializador de energía eléctrica”.

“6. Establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, de conformidad con la ley.

“Parágrafo 4°. De conformidad con el numeral 3° del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos: 1. Contratación de empréstitos. 2. Contratos que comprometan vigencias futuras. 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles. 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 5. Concesiones. 6. Las demás que determine la Ley”.

El Decreto 111 de 1996, contentivo del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, dispuso la posibilidad de establecer compromisos que afecten presupuestos de vigencias futuras, en los artículos 23 y 24, así:

“Artículo 23. La dirección general del presupuesto nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar la asunción de obligaciones, que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas.

“Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dirección general del presupuesto nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

“Las entidades territoriales podrán adquirir esta clase de compromisos con la autorización previa del concejo municipal, asamblea departamental y los consejos territoriales indígenas, o quien haga sus veces, siempre que estén consignados en el plan de desarrollo respectivo y que sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad, no excedan su capacidad de endeudamiento.

“Esta disposición se aplicará a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas. El gobierno reglamentará la materia.

“El gobierno presentará en el proyecto de presupuesto anual, un articulado sobre la asunción de compromisos para vigencias futuras (L. 179/94, art. 9º).

“Artículo 24. El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. La secretaría ejecutiva enviará a las comisiones económicas del Congreso una relación de las autorizaciones aprobadas por el consejo, para estos casos.

“Los contratos de empréstito y las contrapartidas que en éstos se estipulen no requerirán de la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, para la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras. Estos contratos se regirán por las normas que regulan las operaciones de crédito público”. (La negrilla no es del texto, se destaca para el propósito del análisis).

Desde la perspectiva del Estatuto de Presupuesto General de la Nación, de acuerdo con las normas que se acaban de transcribir, las vigencias futuras son autorizaciones para comprometer gastos con cargo a apropiaciones de años fiscales subsiguientes a aquel para el que se aprueba el presupuesto.

De conformidad con las citadas normas, tal como fueron modificadas por los artículos 10 y 11 de Ley 819 de 2003, se entiende por vigencias futuras *ordinarias* aquellas cuya *“ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas”*. A su turno, se consideran vigencias futuras *excepcionales* aquellos compromisos *“sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización”*.

Como antecedente del artículo 24 del Decreto 111 de 1996, se tiene en cuenta que ese Estatuto compiló, entre otras, la Ley 225 de 1995, la cual, en su artículo 3o, sometió a la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, la posibilidad de establecer vigencias futuras excepcionales en el Presupuesto General de la Nación para las obras allí mencionadas y para la garantía de las concesiones.

La Ley 819 de 2003 modificó el artículo 3º de la Ley 225 de 1995, en cuanto al reporte trimestral del CONFIS acerca de las autorizaciones, y aclaró la redacción del artículo en relación con la exclusión de la exigencia, consistente en la autorización del CONFIS, para asumir obligaciones propias de los contratos de empréstito. La disposición correspondiente –incorporada en el artículo 24 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación-, quedó así:

“Artículo 11. Vigencias futuras excepcionales. El artículo 3º de la Ley 225 de 1995 quedará así: El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las

*concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo del que trata el artículo 1º de esta ley. La secretaría ejecutiva del Confis **enviará trimestralmente** a las comisiones económicas del Congreso una relación de las autorizaciones aprobadas por el Consejo, para estos casos. **Para asumir obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras**, los contratos de empréstito y las contrapartidas que en estos se estipulen no requieren la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis. Estos contratos se regirán por las normas que regulan las operaciones de crédito público”. (En negrilla las modificaciones)*

Ahora bien, es importante observar que las entidades territoriales tienen facultades para expedir sus propios estatutos de presupuesto, no obstante, se entiende que en ello no pueden apartarse de los aspectos que les apliquen por virtud de la Ley de Presupuesto General de la Nación²³:

Siguiendo la jurisprudencia reiterada de la Sección Primera del Consejo de Estado²⁴, se advierte que, en vigencia de la Ley 819 de 2003, el legislador no autorizó a las entidades territoriales para disponer compromisos con cargo al presupuesto departamental o municipal, *bajo la modalidad de vigencias futuras excepcionales*, esto es, sin apropiación en el presupuesto de la anualidad en que se concede la autorización.

Ello es así, por cuanto la Ley 819 de 2003 -que reiteró lo previsto en el Decreto 111 de 1996- solo reiteró la viabilidad de las vigencias futuras *ordinarias* para los entes territoriales, según los requisitos especiales que allí les fijó en forma expresa.

²³ Decreto 111 de 1996. “Artículo 109. Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente”.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Ref.: 2009-00032-02, sentencia de 14 de julio de 2011, Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, Actor: Efrén Antonio Hernández Díaz; En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, auto de 26 de julio de 2012, radicación número: 13001-23-31-000-2011-00543-01, actor: Contraloría General de la Republica, demandado: Departamento de Bolívar; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González, sentencia de 26 de septiembre de 2013, radicación número: 47001-23-31-000-2010-00288-01, actor: Víctor Rangel López, demandado: Concejo Municipal de El Banco (Magdalena), referencia: apelación sentencia – acción de nulidad

Encontrándose la norma de las vigencias futuras excepcionales dentro de un estatuto, en principio, aplicable a las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación, se observa que no cobijó a las entidades territoriales en la previsión normativa acerca de la posibilidad de las aludidas vigencias excepcionales.

De acuerdo con las normas del Estatuto de Presupuesto General de la Nación que se acaban de referir, la jurisprudencia sobre el particular ha considerado que las entidades territoriales no se encontraban facultadas para autorizar contrataciones con cargo a vigencias futuras excepcionales puesto que el principio general del presupuesto público es el de la anualidad. Se considera que si el legislador hubiera querido habilitar una excepción, en el artículo 11 de la Ley 819 de 2003, habría fijado las condiciones para dichos compromisos, como lo hizo con las vigencias ordinarias de los entes territoriales, previstas en el artículo 10 de la citada ley²⁵.

En torno del carácter excepcional de las autorizaciones mediante las cuales se comprometen vigencias futuras, la Sala acoge las consideraciones de la Sección Primera del Consejo de Estado:

“Como se examinará en detalle, más adelante, la Ley 819 de 2003 ‘por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones’, denomina vigencias futuras, a los instrumentos de financiación de proyectos a nivel nacional y local. Las clasifica en vigencias futuras ordinarias y vigencias futuras excepcionales.

Dichas vigencias constituyen una excepción a la ejecución presupuestal anual, y, por tanto, deben tratarse con rigor y con un carácter extraordinario para cierta clase de proyectos de mediano y largo plazo, so pena de inducir en desorden la ejecución presupuestal y comprometer los programas de las administraciones futuras. (...)”²⁶.

6. Los requisitos presupuestales en el contrato estatal

²⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencia de 12 de agosto de 2014, radicación: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565), actor: Darío Piedrahita Giraldo, demandado: municipio El Retiro, referencia: acción de controversias contractuales.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Ref.: 2009-00032-02, Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, sentencia de 14 de julio de 2011, actor: Efrén Antonio Hernández Díaz. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, auto de 26 de julio de 2012, radicación número: 13001-23-31-000-2011-00543-01, actor: Contraloría General de la Republica, demandado: Departamento de Bolívar; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González, sentencia de 26 de septiembre de 2013, radicación número: 47001-23-31-000-2010-00288-01, actor: Victor Rangel López, demandado: Concejo Municipal de El Banco (Magdalena), referencia: apelación sentencia – acción de nulidad.

Es importante precisar que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 se refiere a los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal, en orden a requerir el acuerdo escrito acerca del “objeto y contraprestación”, a la vez que establece la existencia de disponibilidades presupuestales, como requisito de ejecución del contrato, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación en los últimos años, una vez que se rectificó la postura inicial sobre el registro presupuestal²⁷.

Con fundamento en el análisis del precitado artículo, se ha determinado que, como regla general, el desconocimiento de las normas presupuestales establecidas para la disponibilidad de los recursos requeridos para el pago del contrato estatal, no constituye causa de nulidad absoluta del mismo. Lo anterior se entiende con independencia de que la transgresión de los requisitos pueda configurar actos disciplinables y sancionables para aquellos que los ejecutan, con eventuales efectos presupuestales adversos para el ente territorial²⁸, amén de que podría configurarse la responsabilidad frente al contratista, si la transgresión a las normas presupuestales desemboca en el incumplimiento del contrato, en forma imputable al Estado contratante.

Se establece aquella como regla general, por cuanto cabría enunciar el supuesto en que la violación de la ley de presupuesto fuera de tal naturaleza que conllevara una contratación con objeto o contraprestación prohibida, de donde se configuraría una causal de nulidad absoluta por razón de la celebración del contrato en violación de una ley imperativa.

En este punto, la Sala reitera la jurisprudencia de la Subsección acerca de la naturaleza del requisito de la disponibilidad presupuestal:

“En conclusión, la Sala observa que la exigencia de la disponibilidad presupuestal se encuentra establecida por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993²⁹ en forma previa a la celebración del contrato, pero disposición alguna erige la mencionada disponibilidad como elemento esencial a la

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia de 28 de septiembre de 2006, radicación número: 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307), actor: Sergio David Martínez Sánchez, demandado: municipio de Coyaima -Tolima-, referencia: apelación sentencia contrato. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, radicado: 66001-23-31-000-1998-00261-01(17860), sentencia de 23 de junio de 2010, actor: departamento de Risaralda, demandado: Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social -FIS-.

²⁸ Ley 617 de 2000, Artículo 80. Restricción al apoyo financiero de la Nación.

²⁹ “Artículo 25º.- Del Principio de Economía.

“(…).

“13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios”.

existencia jurídica del contrato estatal, ni requisito de validez del objeto contractual en los términos de la Ley 80.

“Así las cosas, la falta de la disponibilidad presupuestal afecta la viabilidad y legalidad del pago, puede comprometer la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios por el daño que cause con ocasión de la violación de las disposiciones presupuestales y contractuales antes citadas, mas no da lugar a la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal.”³⁰

Finalmente, en torno a las autorizaciones de gasto público, también es importante distinguir un supuesto no invocado en este proceso: la causal de nulidad del contrato basada, a su vez, en la declaratoria de nulidad de los actos en que se funda el respectivo contrato, de acuerdo con lo establecido en el ordinal 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Como consecuencia de dicha causal, si el acto de autorizaciones es anulado por ser violatorio de la ley y dicha autorización incide en los requisitos esenciales del contrato, como, por ejemplo, tipifica la imposibilidad legal de la modalidad de contraprestación prevista, se podría abrir paso la acción de nulidad absoluta del contrato³¹, con fundamento en la del acto de autorización.

Empero, se explicará adelante que el supuesto en el caso *sub lite* es diferente.

7. El caso concreto

La Sala procede plantear el problema jurídico en el caso concreto, en los siguientes términos: **i)** ¿Con la celebración del Contrato de Concesión del Alumbrado Público 001-2006 se comprometieron gastos del presupuesto municipal en la modalidad de vigencias futuras? y, en caso de definir afirmativamente la cuestión anterior, se resolverá acerca de lo siguiente: **ii)** ¿La violación de la ley de presupuesto en materia de vigencias futuras conlleva, en este caso, la nulidad absoluta del contrato?

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (e), radicación 73001233100020030066701, expediente: 34324, sentencia de 12 de noviembre de 2014, demandante: Fábrica de Licores del Tolima, demandada: Nidia Patricia Narváez Gómez, acción contractual.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (e), radicación 660001233100220040109801, expediente 33832, sentencia de 29 de mayo de 2014, demandante: Personero Municipal de Pereira y otro, demandado: Municipio de Pereira y otros. En ese caso la Personería del Municipio obtuvo en proceso previo la declaratoria de nulidad del acto de autorizaciones.

El planteamiento de los citados problemas jurídicos tiene como supuesto que la violación de la ley imperativa es causal de nulidad absoluta del contrato estatal, siguiendo los dictados del ordinal 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

“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”.

7.1. En primer lugar, se establece que en este proceso se demandó la nulidad de la Resolución 210 de agosto 28 de 2006, mediante la cual se adjudicó el Contrato de Concesión 001-2006, aunque de conformidad con el escrito en el cual se subsanó la demanda, el municipio indicó que pretendió hacer uso de la acción controversias contractuales para obtener la nulidad del contrato, ocurrida por la ausencia de autorizaciones previas.

Se deduce de lo anterior que no se controvierte la adjudicación del contrato, sino la legalidad del mismo, amén de que para la fecha en la que se presentó la demanda -9 de octubre de 2009-, ya había caducado la acción contra los actos previos, para la cual el actor tenía un plazo de 30 días a partir de la comunicación del respectivo acto, de conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

7.2. Por otra parte, se hace notar que el municipio no demandó el Acuerdo No. 006 de marzo 25 de 2006, mediante el cual se crearon las tarifas del tributo de alumbrado público y se otorgaron las facultades *“para conceder en concesión hasta por 20 años, la operación, mantenimiento y expansión del alumbrado público”*³². En igual forma, para la fecha en que se presentó la demanda había operado la caducidad de la acción para impugnar dicho acto, como previo, o como acto autónomo a través de la acción de

³² Folios 11 y 12, cuaderno 2.

nulidad y restablecimiento del derecho³³ o, incluso, mediante la acción de lesividad prevista en el ordinal 7º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo³⁴, cuyo término se encontraba, igualmente, caducado.

7.3. La pretensión de nulidad del contrato de concesión referida a su celebración en ausencia de un requisito legal debe estudiarse, entonces, desde el punto de vista del contenido obligatorio definido en el Pliego de Condiciones y en el Contrato de Concesión 001-2006, sobre lo cual la Sala aprecia lo siguiente:

7.3.1. En el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública se indicó:

“Los costos de re-potenciación, expansión, ampliación y reposición solicitada, operación y mantenimiento, se pagarán exclusivamente con la cesión de los derechos de facturación y recaudo por concepto del impuesto del servicio de Alumbrado Público.”

7.3.2. Según se pactó en la cláusula quinta, el valor del contrato se acordó en forma indeterminada, pero determinable de conformidad con la propuesta³⁵. En la oferta presentada por la demandada, la Unión Temporal indicó los precios de las luminarias y determinó con base en ellos el “valor de la inversión propuesta”, de acuerdo con las cantidades y especificaciones requeridas en el pliego de condiciones.

Con fundamento en los documentos contenidos en la propuesta, el esquema financiero que ofreció la Unión Temporal consistió en obtener un crédito con el Banco de

³³ “Artículo 136 C.C.A. Caducidad de las acciones. (...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.

³⁴ “7. Cuando una persona de derecho público demande su propio acto la caducidad será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de su expedición”.

³⁵ Folio 31, cuaderno 3.

Colombia para adelantar en un período de doce meses el programa de reposición de las luminarias, por el valor correspondiente a la inversión ofrecida³⁶.

7.3.3. De acuerdo con la cláusula tercera del Contrato de Concesión 001 de 2006, contentiva de las obligaciones, el municipio se obligó a *“ceder la totalidad de los recaudos, por concepto de impuesto de Alumbrado Público”*³⁷, a mantener vigentes los convenios de suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público, facturación y recaudo del impuesto, a efectuar el cobro coactivo por concepto del impuesto y a entregar a la concesionaria los recaudos provenientes de la cartera morosa del referido impuesto.

7.3.4. En cuanto al plazo del contrato, se observa que en la cláusula cuarta se fijó un término máximo de doce meses para adelantar el programa de reposición de luminarias y, en la misma cláusula, de conformidad con el Pliego de Condiciones, se dispuso fijar el término de duración del contrato en un total de 20 años.

Se aprecia lo anterior como una modalidad de valoración del contrato, determinada por el monto de la inversión inicial, que habría de realizarse en los primeros doce meses con recursos del concesionario, y que se recuperaría en el plazo de 20 años contados a partir del acta de iniciación.

7.3.5. De acuerdo con los considerandos del Contrato de Concesión 001 de 2006, siguiendo las previsiones del Pliego de Condiciones, se advierten las distintas actividades a cargo de la concesionaria: la administración de todos los recursos siendo de su cargo establecer el esquema financiero para darle operatividad a la concesión; la operación del servicio de alumbrado público; el mantenimiento de las redes, la expansión de la infraestructura y la modernización, incluyendo la sustitución de luminarias de mercurio por luminarias de sodio.

³⁶ Folio 200, cuaderno 1.

³⁷ Folios 43 y 44, cuaderno 3.

7.3.6. De la observación sistemática de las antedichas condiciones de celebración, se concluye que la celebración del Contrato de Concesión 001-2006 no requería compromiso de vigencias futuras, toda vez que los gastos atinentes a la inversión y a la prestación del servicio estaban a cargo de la concesionaria, al paso que la fuente de la contraprestación se debía realizar con las sumas recaudadas a través de la empresa de energía, provenientes de los usuarios del servicio objeto de concesión.

Como consecuencia, en este caso particular, el instrumento de financiación del proyecto o de la inversión, no era el compromiso de vigencias futuras, sino la propia estructuración financiera de la concesionaria, la cual asumió el riesgo financiero de la inversión y de la prestación del servicio.

Según aprecia la Sala, mediante el Contrato de Concesión 001-2006 se habilitó a la concesionaria para prestar el servicio y administrar los recaudos provenientes de los pagos de los usuarios, los cuales, a su vez, servían como fuente de contraprestación a las obligaciones de reposición, administración, operación y mantenimiento.

7.3.7. En relación con la cesión de los recaudos por pago del impuesto, el contrato no permite concluir una transferencia de la potestad impositiva, ni la cesión del derecho a cobrar el tributo que haría parte de los ingresos del presupuesto público, como tampoco se encontró la configuración de una garantía basada en el impuesto, constituida a favor de la concesionaria.

Según se puede inferir del pliego de condiciones y de las cláusulas contractuales, en el Contrato de Concesión 001-2006 no se estructuró una garantía de ingreso mínimo, ni compromiso de gastos futuros con cargo al presupuesto del municipio.

Lo antes dicho –bueno es aclararlo- no constituye una apreciación para validar la ausencia de reportes y registros en la contabilidad del presupuesto del ente territorial,

los cuales debían realizarse de conformidad con las normas e instrucciones vigentes³⁸. Incluso, tales normas acerca de los reportes podían tener aplicación sobre los particulares que administraban los recursos públicos.

7.4. Conclusión

Desde la perspectiva que otorga el acervo probatorio en este plenario debe concederse la razón a la demandada en cuanto que la celebración del contrato no estaba sometida a la exigencia de autorización del CONFIS municipal, o de órgano equivalente.

En este orden de ideas, en relación con la supuesta transgresión de los artículos 23 y 24 del Decreto 111 de 1996, con fundamento en lo que se probó en el plenario, se concluye que la celebración del Contrato de Concesión 001-2006 no se realizó con violación de las normas imperativas sobre las vigencias futuras que invocó el municipio.

Como se demostró, el contenido obligacional del Contrato de Concesión 001 de 2006, situó el Contrato de Concesión por fuera del supuesto legal de las vigencias futuras ordinarias y de las excepcionales.

Como consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

8. Costas

Habida cuenta de que para el presente proceso aplica el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 el cual indica que solo hay lugar a la imposición de costas de acuerdo con la conducta de las partes y que en este caso se estima que ninguna actuó

³⁸ Resolución 5544 de 2003, Contraloría General de la República, derogada en algunas de sus normas por la Resolución Reglamentaria Orgánica Reg-Org-0001-2014, "Por la cual se reglamenta el capítulo III del título I de la Ley 42 de 1993 sobre la contabilidad presupuestaria, registro de la deuda, certificaciones, auditaje e informes y las atribuciones conferidas por la Ley 617 de 2000 y la Ley 1530 de 2012, entre otras normas concordantes y complementarias, y se establecen otras disposiciones sobre la materia".

temerariamente, la Sala resuelve que 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 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 21 de septiembre de 2011.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA