



3-RD-756-2014

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

Consejero ponente (e): HERNAN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de 2014

RADICACIÓN: 66001233100020040109801
EXPEDIENTE: 33832
ACTOR: PERSONERO MUNICIPAL DE PEREIRA Y OTRO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE PEREIRA Y OTRO
REFERENCIA: ACCIÓN CONTRACTUAL

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006), mediante la cual se dispuso:

“1. Se declara la nulidad absoluta del contrato de concesión número 01 de 1999, celebrado entre el municipio de Pereira y la firma Energía y Alumbrado de Pereira S.A. E.S.P. (Enelar Pereira S.A. E.S.P.), el 17 de septiembre de 1999.

2. Se declara la nulidad absoluta de los otrosí[es] o modificaciones efectuadas al contrato de concesión número 01 de 1999, así:

Otrosí número 1 del 14 de octubre de 1999.

Otrosí número 2 sin fecha.

Otrosí número 3 del 1º de septiembre de 2000.

Otrosí número 4 del 17 de junio de 2003.

Otrosí número 5 del 12 de septiembre de 2003.

Otrosí número 6 del 27 de agosto de 2004.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

3. *En consecuencia se ordena al municipio de Pereira que liquide el contrato de concesión número 01 de 1999 en el estado en que se encuentre.*
4. *Por Secretaría procédase a la devolución del remanente de la cuota de gastos a que haya lugar.*
5. *Expídanse copias auténticas de la presente providencia con destino a los interesados.*
6. *Una vez ejecutoriada esta sentencia archívese el expediente.”*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 16 de septiembre de 2004, el señor Personero Municipal de Pereira, obrando como agente del Ministerio Público según lo preceptuado por el artículo 118 de la Constitución Política¹, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el Municipio de Pereira y la sociedad comercial Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., E.S.P.

“En defensa del orden jurídico declárese la Nulidad Absoluta del Contrato de Concesión suscrito el 17 de septiembre de 1999, celebrado por el Municipio de Pereira y la firma Energía y Alumbrado de Pereira S.A. E.S.P. (ENELAR PEREIRA S.A., E.S.P.) integrado por los siguientes documentos:

¹ Artículo 118 CP. “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

- 1.-Otrosí No. 1 fechado 14 de octubre de 1999.
- 2.-Otrosí No. 2 sin fecha.
- 3.-Otrosí No. 3 fechado el 1º de septiembre de 2000.
- 4.-Otrosí No. 4 fechado el 17 de junio de 2003.
- 5.-Otrosí No. 5 fechado el 12 de septiembre de 2003.
- 6.-Otrosí número 6 del 27 de agosto de 2004.”

2. Los hechos.

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

2.1. Mediante Acuerdo No. 125 de diciembre 20 de 1998 expedido por el Concejo Municipal de Pereira, se estableció el monto a cobrar por concepto de prestación del Servicio de Alumbrado Público en el Municipio de Pereira y se otorgó facultad al Alcalde Municipal para proceder a la contratación de la prestación del servicio correspondiente, en los términos exigidos por la Ley, con base en las previsiones financieras incorporadas en el citado Acuerdo.

2.2. El Contrato de Concesión No. 01 de 17 de septiembre de 1999 fue suscrito entre el Municipio de Pereira y la sociedad Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., E.S.P., con fundamento en el Acuerdo No. 125 de 1998.

2.3. El Concejo Municipal de Pereira expidió el Acuerdo No. 032 el 12 de julio de 2000, mediante el cual derogó el Acuerdo No. 125 de 1998, estableció el impuesto de Alumbrado Público y otorgó facultades al Alcalde para contratar la prestación del servicio de alumbrado público en los términos de Ley.

2.4. El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia proferida el 14 de diciembre de 2001, decretó la nulidad del Acuerdo No. 125 de 1998.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

2.5. Ninguno de los Otrosíes del Contrato de Concesión No. 01 suscritos con posterioridad a las expedición del Acuerdo No. 032 hizo referencia a facultades expresas otorgadas al señor Alcalde en virtud de dicho Acuerdo, por lo cual, a juicio del demandante, la Administración Municipal no hizo uso de las facultades conferidas en el Acuerdo No. 032.

3. Concepto de Violación.

El demandante consideró que procede la declaración judicial de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 01 de 1999, de conformidad con la causal establecida en el artículo 44, numeral 4, de la Ley 80 expedida en 1993, en virtud del cual tiene lugar la nulidad absoluta del contrato estatal cuando “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”, lo cual ocurrió en este caso, según afirmó el demandante, con ocasión de la sentencia que declaró la nulidad del Acuerdo No. 125 de 1998, por el hecho de que el Contrato de Concesión No. 01 se fundamentó en el referido acto administrativo.

Para soportar su argumento, el demandante invocó la sentencia T - 1341 de 2001 de la Corte Constitucional, de acuerdo con la cual en presencia de la causal de nulidad absoluta, la Administración debió decretar la terminación del contrato estatal con observancia del debido proceso para la terminación unilateral, en lugar de acudir subrepticamente a las modificaciones contractuales que se realizaron con la misma sociedad concesionaria.

Advirtió que la Ley 80 expedida en 1993 en sus artículos 46 y 49 sólo permite el saneamiento de las nulidades del contrato estatal, en el caso de otros vicios distintos a los que se constituyen en presencia de las causales de nulidad absoluta.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

4. Actuación procesal.

4.1. Radicado 2004-01098

4.1.1. El Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda por auto de 12 de octubre de 2004 (folio 34, cuaderno 1), en el cual ordenó librar oficio al Municipio de Pereira para que adjuntara los antecedentes administrativos del Contrato de Concesión No. 01.

4.1.2. Mediante auto de 11 de noviembre de 2004, el Tribunal Administrativo de Risaralda aceptó el impedimento presentado por el señor Procurador Judicial No. 38, quien manifestó haber presentado demanda sobre los mismos hechos y con las mismas pretensiones, radicada ante el mencionado Tribunal Administrativo bajo el No. 2004 - 01099.

4.1.3. El Tribunal Administrativo de Risaralda ordenó tener como pruebas las documentales aportadas por las partes, mediante auto de 28 de septiembre de 2005 (folio 188, cuaderno 1).

4.1.4. La audiencia de conciliación citada por el Tribunal Administrativo de Risaralda se llevó a cabo el 7 de marzo de 2006, habiéndose declarado fallida por inasistencia de la sociedad Empresa de Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E. S.P., ENELAR PEREIRA S.A.

4.1.5. Contestación de la demanda.

El Municipio de Pereira aceptó los hechos y las pretensiones, manifestó que se allanaba a la demanda con facultad expresa otorgada por la Alcaldesa



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Municipal (E), según hizo constar en el respectivo poder. Aclaró que la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda acerca de la nulidad del Acuerdo 125 de 1998 fue proferida el 14 de diciembre de 2001 y que mediante el Acuerdo No. 032 de 2000 el Municipio de Pereira corrigió las irregularidades legales en que incurrió el Acuerdo No. 125 de 1998 y con ello fijó los parámetros para que se adelantara nuevamente el procedimiento de contratación, *“lo cual no se cumplió, y el contrato 01 – 99 siguió produciendo efectos jurídicos”*.

Por su parte, la sociedad Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

El Municipio de Pereira adelantó el procedimiento administrativo de Licitación Pública para la *“prestación del servicio de alumbrado eléctrico”*, el cual culminó con el acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 818 de 17 de junio de 1999, a favor de Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., por haber presentado la mejor propuesta en los términos y condiciones de la referida Licitación Pública; manifestó que no ocurrió violación del numeral 4, del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que el mencionado acto de adjudicación constituyó el fundamento verdadero y real del Contrato No. 01 de 1999, el cual no fue objeto de impugnación alguna, por manera que no procede la declaratoria de nulidad absoluta invocada en la demanda.

Observó que el Contrato de Concesión No. 01 de 1999 se suscribió el 17 de septiembre de 1999, encontrándose vigentes las facultades que fueron conferidas al Alcalde Municipal por el término de un año, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. 125.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Hizo notar que mediante el Acuerdo No. 032 de 12 de julio de 2000 el Concejo Municipal de Pereira “estableció el Impuesto de alumbrado público” y derogó todas las disposiciones contrarias, en especial el Acuerdo No. 125 de 1998, el cual sólo fue declarado nulo el 14 de diciembre de 2001, fecha para la cual el referido Acuerdo No. 125 ya había sido derogado. En este punto destacó que el Acuerdo No. 032 nunca fue demandado y jamás recayó sobre él sentencia de nulidad alguna.

Por último, la sociedad Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., advirtió que la sentencia de nulidad del acto administrativo en materia de servicios públicos no puede afectar situaciones jurídicas consolidadas, para lo cual invocó la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado² y de la Corte Constitucional.³

4.1.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia, ambas partes presentaron sus alegatos de conclusión.

El señor Personero Municipal de Pereira reiteró los argumentos de la demanda y adicionalmente citó la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para pronunciarse ante la demanda de nulidad que se presenta contra un acto

² Sección Cuarta, sentencia de 25 de agosto de 1995, expediente 717 Magistrado Ponente. Julio Enrique Correa Restrepo; Sección Primera, acerca de los efectos de la anulación de un acto administrativo relacionado con servicios públicos, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 142 de 1994.

³ Sentencia C-066 de 1997, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, acerca de los efectos de la nulidad sobre actos y contratos relativos a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, mediante la cual se estableció la exequibilidad del artículo 38 de la Ley 142 de 1994, entre otros.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

administrativo derogado, la cual procede en atención a las situaciones jurídicas particulares que ameriten la reparación del daño o la restauración del derecho.

Alegó que el acto de adjudicación no es el único fundamento del contrato estatal, por cuanto la autorización para contratar que debe otorgar el Concejo Municipal al Alcalde constituye un requisito para celebrar el contrato de acuerdo con el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política y en este orden de ideas, resulta ostensible que al declararse nulo el acto administrativo mediante el cual se dio la potestad al Alcalde para contratar, los actos que se allí se deriven pierden su piso jurídico.

El Municipio de Pereira presentó su alegato haciendo constar que en los términos del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo se allanó a la demanda, con facultad expresa conferida por la Alcaldesa Municipal.

Por su parte, la sociedad Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., codemandada en el proceso, presentó su alegato con fundamento en la legalidad del procedimiento de licitación pública surtido en su oportunidad, argumentó que mediante el Acuerdo No. 125 de 1998 el Concejo Municipal otorgó facultades *pro – tempore* al Alcalde Municipal, por el término de un año, “*para proceder a la contratación de la prestación del Servicio de Alumbrado Público para la ciudad de Pereira*”, acerca de lo cual alegó que una vez ejecutado el Acuerdo No. 125 las facultades concedidas al Alcalde perdieron vigencia y sólo 17 meses después fue anulado por sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda. Recordó que de conformidad con el numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 expedida en 1993, el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad estatal y al adjudicatario.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Finalmente solicitó respetar el principio de la seguridad jurídica desarrollado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual se reconoce que la sentencia de nulidad sobre los actos relacionados con los servicios públicos tiene efectos *ex nunc*, es decir solamente hacia el futuro y advirtió que en este caso no resulta procedente afectar situaciones cumplidas que se encontraban consolidadas para la fecha de la sentencia que decretó la nulidad del Acuerdo No. 125.

4.1.7. Acumulación Procesal

Mediante auto de 19 de octubre de 2006, el Magistrado Ponente resolvió la acumulación del proceso No. 66001-23-31-002-2004-01099-00 iniciado por demanda del Procurador Judicial No. 38, con el proceso No. 66001-23-31-001-2004-01098-00 iniciado por la demanda del Personero Municipal de Pereira, en ambos casos contra idénticos demandantes, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones, habiendo encontrado cumplidos los requisitos del artículo 157 del C.P.C., aplicado por virtud del artículo 145 del C.C.A.

4.2. Radicado 2004 – 01099

4.2.1. El Procurador Judicial No. 38 presentó demanda el 16 de septiembre de 2004, en uso de la acción de nulidad prevista en el artículo 87 C.C.A., mediante la cual solicitó la nulidad del Contrato de Concesión No. 01 de 1999 y de sus modificaciones, la declaración de terminación del mismo, así como deprecó que se ordene su liquidación (folios 88 a 85, cuaderno 5).

4.2.2. El Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda por auto de 2 de noviembre de 2004 (folio 97, cuaderno 5).



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

4.2.3. Mediante auto de 1º de diciembre de 2005, el Tribunal Administrativo de Risaralda ordenó tener como pruebas las documentales aportadas por la demandante, dispuso allegar la sentencia proferida en el proceso acumulado Nos 1999 - 00331 y 2000 – 00349, en relación con la nulidad del Acuerdo No. 125 de 1998 y oficiar al Municipio de Pereira para obtener las copias del Acuerdo No. 032 de 2000.

4.2.4. En este proceso el Tribunal Administrativo de Risaralda estimó improcedente la audiencia de conciliación por tratarse de una controversia acerca de la legalidad del Contrato de Concesión No. 01, según indicó en auto de 12 de junio de 2006, en el cual consideró que no existían diferencias de carácter patrimonial que pudieran ser materia de conciliación.

4.2.5. Contestación de la demanda.

El Municipio de Pereira aceptó los hechos y las pretensiones. manifestó que se allanaba a la demanda, con facultad expresa del Alcalde Municipal, la cual fue otorgada en el poder correspondiente.

Por su parte, la sociedad Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en argumentos similares a los ya expuestos, contenidos en la contestación del proceso distinguido con el número 2004 – 01098 ahora acumulado.

4.2.6. Alegatos de conclusión

En la primera instancia, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, así.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

El señor Procurador Judicial en Asuntos Administrativos, presentó sus alegatos con fundamento en el acaecimiento de la causal de nulidad absoluta establecida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 expedida en 1993, para lo cual puntualizó que el Acuerdo No. 125 de 1998 fue fundamento indiscutible del Contrato de Concesión No. 01, tratándose de un Acuerdo del Concejo Municipal que incurrió en varias irregularidades y advirtió que dicho Acuerdo violó los requisitos del artículo 338 de la Constitución Política por falencias en la identificación del sujeto activo y pasivo del impuesto, los hechos imponderables y la base gravable del mismo.

La sociedad Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., presentó su alegato de conclusión en términos similares al escrito radicado en el expediente 2004 - 01098 ahora acumulado, en el cual invocó la validez del acto administrativo de adjudicación que constituye el verdadero fundamento del Contrato de Concesión No. 01 y advirtió que la ejecución de las facultades conferidas en el Acuerdo No. 125 de 1999 tuvo lugar 17 meses antes de que se decretara su nulidad. En relación con los efectos de la nulidad del referido acto administrativo invocó que deben establecerse solamente hacia el futuro de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de servicios públicos.

El Municipio de Pereira reiteró su allanamiento a la demanda en esa oportunidad.

4.2.7. Acumulación Procesal

Mediante auto de 17 de octubre de 2006, se ordenó remitir el expediente al Magistrado Ponente del proceso No. 66001-23-31-001-2004-01098-00 iniciado por demanda del Personero Municipal de Pereira, teniendo en cuenta la



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

identidad de los demandados, hechos y pretensiones, para resolver sobre la acumulación, sobre lo cual se decidió en forma positiva.

4.3. La sentencia impugnada.

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 30 de noviembre de 2006, mediante la cual declaró la nulidad del Contrato de Concesión No. 01 de 1999 y de sus modificaciones, decretó la terminación y ordenó la consecuente liquidación.

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

*“Habiéndose dejado clara la posibilidad de revisar la legalidad de los **efectos jurídicos** de los actos administrativos derogados, en este caso del contrato de concesión número 01 de 1999 a raíz de la declaratoria de nulidad del Acuerdo 125 de 1998, se entrará a determinar si éste último se entiende como fundamento del negocio jurídico antes mencionado.*

Establece el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 respecto del servidor habilitado para representar la voluntad de la entidad pública en materia contractual:

(...)

*De la norma anteriormente transcrita resulta clara la facultad que en materia de contratación tiene el alcalde municipal, pero eso no implica que pueda desconocerse que la misma Ley 80 está sujetando esa competencia de ordenar y dirigir las licitaciones o concursos y de **celebrar contratos** a las **NORMAS QUE REGULEN LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE DICHAS ENTIDADES**, es así como nuestra norma de normas, la Constitución Política de Colombia en el “TÍTULO IX... DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL...CAPITULO III” establece las normas constitucionales que se refieren al Régimen Municipal, disponiendo en el artículo 313:*

(...)



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

La autorización del Concejo Municipal es la que habilita al alcalde para que proceda a ejercer la facultad de que trata el literal b) del numeral 2 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, según lo dispone esa norma, y eso fue lo que hizo la corporación municipal de elección popular de Pereira a través del Acuerdo No. 125 de 1998, pues facultó al Alcalde por un año para celebrar el contrato de prestación del servicio de alumbrado público en el municipio, invocando precisamente el Concejo las facultades contenidas en el artículo 313 numerales 1 y 3 de la Constitución Nacional para proferir el mencionado acuerdo. Además nótese que en la parte inicial del contrato de concesión número 01 de 1999, se hace mención a que el alcalde se encuentra debidamente autorizado por el Concejo Municipal para contratar (...).

Sin esa autorización de rango constitucional no se podía contratar válidamente, era requisito sine qua non para que el jefe del ejecutivo municipal pudiera adelantar el proceso licitatorio (...).

Acoge la Sala lo expuesto por la parte demandante dentro del expediente 2004-1098, al manifestar en sus alegatos de conclusión que si no se hubiese expedido el Acuerdo 125 de 1998 de ninguna manera hubiera existido posibilidad jurídica para la celebración del referido contrato de concesión, pues precisamente de dicho acto administrativo es que nació la competencia para que el alcalde municipal pudiera en los términos del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 contraer obligaciones en nombre de la entidad territorial.

(...)

Los efectos de la sentencia de nulidad (...) son ex tunc (...).

*No acierta Enelar Pereira S.A., E.S.P., al referir el artículo 38 de la Ley 142 de 1998 (sic) pues ese artículo entiende el Tribunal debe estar restringido por unidad de materia al ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1998 (sic), definido en el artículo 1º de la misma en el cual dispone: (...) pues entraña una restricción a los **servicios públicos domiciliarios** en ella indicados, motivo por el cual los efectos ex nunc de que trata el artículo 38 de la Ley 142 de 1998 (sic) no son pertinentes en la causa de marras, pues el Acuerdo 125 de 1998 no era un acto administrativo relacionado con servicios públicos domiciliarios de que trata dicha ley.*



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

(...)

En este estado de la sentencia es necesario precisar que los vicios de nulidad de que adolece un acto administrativo no pueden subsanarse por la Administración con la expedición de otro, como parece haber sucedido en el presente caso, (...) Sin embargo no se recabará más en este punto pues como ya se dijo anteriormente, el fundamento del contrato de concesión demandado fue el Acuerdo 125 y no el 032 y tampoco es fundamento de los otrosíes.”

Finalmente el Tribunal *a quo* se remitió a los efectos de la nulidad con fundamento en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, por lo cual consideró que “*lo procedente luego de la nulidad, es ordenar la liquidación del contrato en el estado en que se encuentra.*”

4.4. El recurso de apelación.

La sociedad Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P. ENELAR PEREIRA S.A., impugnó la sentencia de primera instancia y sustentó su recurso dentro de los términos procesales previstos para el efecto, con base en los siguientes argumentos:

“Si el acto de adjudicación es declarado nulo no hay duda de que se estructura la causal del numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (...). Por el contrario pretender que se decrete la nulidad de un contrato, simplemente porque se declaró nulo el acto administrativo que facultó al Alcalde para contratar el servicio de alumbrado público carece de fundamento jurídico. El precitado acto administrativo, vale decir el Acuerdo del Concejo Municipal no es el que sirve de fuente al contrato: se trata solamente de un acto preparatorio, en virtud del cual se otorgan al señor Alcalde facultades pro tempore, que en el presente caso fueron ejercidas antes de la declaratoria de nulidad.”



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

La sociedad demandada presentó un análisis del procedimiento de licitación pública que se surtió en su oportunidad y detalló los distintos actos administrativos que se expidieron en el mismo a saber: el Acuerdo No. 125 de 1998 mediante la cual se autorizó al Alcalde para contratar, la Resolución No. 106 de 1999 en la cual se adoptó el pliego de condiciones y se ordenó la apertura de la licitación y la Resolución No. 818 de 17 de junio de 1999 mediante el cual se adjudicó el contrato de concesión.

En el traslado para alegar, la sociedad demandada reiteró los argumentos presentados en la primera instancia.

El Municipio de Pereira y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver en sede de la segunda instancia la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** legitimación activa; **3)** pruebas aportadas al proceso; **4)** marco constitucional y legal de la autorización para contratar emanada del Concejo Municipal; **5)** nulidad absoluta del contrato estatal por razón de la anulación del Acuerdo del Concejo Municipal contentivo de la autorización para contratar; **6)** actos previos en la contratación estatal; **7)** el caso concreto y **8)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto.

1.1. Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión de nulidad contractual se estimó en la suma de \$5.806'110.000, la cual corresponde al



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

valor inicial del Contrato de Concesión No. 01 de 1999, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$118'230.000)⁴, exigida en la Ley 954 promulgada el 28 de abril de 2005⁵ para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

1.2. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del litigio entablado en relación con el Contrato de Concesión No. 01 suscrito el 17 de septiembre de 1999 entre el Municipio de Pereira y la sociedad comercial Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 expedida en de 1993,⁶ contentiva del Régimen de Contratación Estatal, el cual estableció las reglas y principios de los contratos estatales y definió cuáles se han de tener como entidades estatales para efectos de la citada Ley, definición en cuyo contenido se encuentran cobijado el Municipio de Pereira, por disposición de la letra a) del numeral 1º del artículo 2 de la citada Ley⁷.

⁴ De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 1999, toda vez que la demanda se presentó el 24 de noviembre de 1999 y el recurso de apelación se interpuso el 11 de diciembre de 2006, en vigencia de la Ley 954 de 2005 (folio 383, cuaderno 4).

⁵ Diario Oficial 45.983

⁶ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

⁷ “Artículos 2º. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

Se denominan entidades estatales:

Según este artículo, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

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

Sobre la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias originadas en contratos celebrados por entidades estatales se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, así:⁸

“Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, puesto que según las normas legales vigentes, por cuya virtud se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, hay lugar a concluir que deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*“De este modo, **son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’**, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.”⁹ (Negrilla fuera del texto).*

las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...).” (La subraya no es del texto).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 850012331000200001980, expediente 20.968, demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, demandado Caja Nacional de Previsión.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

“De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que en el marco del ordenamiento vigente la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado.”

Así pues, adquiere relevancia en este punto la naturaleza de cada entidad, por lo cual si se considera que determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.”¹⁰

No sobra mencionar que el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 expedida en 1993 se refirió en forma específica a los contratos de concesión que celebren las entidades estatales para la “prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público”, como una de las modalidades contractuales que se rige por el Régimen de la Contratación Estatal previsto en la Ley 80.

1.3. Caducidad de la acción.

En primer lugar se observa que la acción impetrada está consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, el cual dispuso acerca de la acción de controversias contractuales:

"Artículo 87. De las controversias contractuales.

(...)

⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández. Esta posición ha sido expuesta en otros fallos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Expediente 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Expediente. 2675.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicado 8500123310002000001980, expediente 20.968, Demandante: Luis Carlos Pérez Barrera, Demandado Caja Nacional de Previsión.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El Juez Administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.” (La negrilla no es del texto)

Por otra parte, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en relación con la caducidad de las acciones y en lo pertinente a la acción que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, dispuso:

"Artículo 136. Caducidad de las acciones.

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

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 vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento¹¹.”
(La negrilla no es del texto).

¹¹ 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.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

En el caso concreto se observa que el Contrato de Concesión No. 01 de 1999 suscrito con el objeto de garantizar la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Pereira se perfeccionó el día 17 de septiembre de 1999 y, teniendo en cuenta que en el mismo se acordó la vigencia por el término de veinte (20) años contado a partir del acta de iniciación¹², se concluye que el término de caducidad de la acción, previsto en la letra e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, venció el 17 de septiembre de 2004, al paso que las demandas acumuladas en este proceso fueron presentadas por el Personero Municipal y por el Procurador Judicial No. 38 en Asuntos Administrativos, en ambos litigios el día 16 de septiembre de 2004 (folio 32, cuaderno 1 y folio 95, cuaderno 5), es decir, dentro del plazo establecido en la citada letra e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, las demandas ahora acumuladas se presentaron oportunamente por los representantes del Ministerio Público, por lo cual no tuvo lugar la caducidad de la acción contractual y en esta forma le asiste a la Sala competencia para conocer del asunto *sub lite*.

2. Legitimación Activa.

Según ha observado reiteradamente la jurisprudencia nacional, la participación del Ministerio Público en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo reviste dos modalidades: o bien se despliega en calidad de demandante y en este evento sin lugar a dudas constituye una parte procesal, como sucede específicamente en el caso de la acción o medio de

¹² De acuerdo con lo previsto en la cláusula trigésima del mencionado Contrato de Concesión (folio 22, cuaderno 1),



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

control que el Ministerio Público instaura para obtener la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal de conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, o bien el Ministerio Público interviene en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, respecto de las cuales se le reconoce una “*facultad-deber*” de intervención en los procesos contenciosos, como representante de la sociedad y del Estado, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, de los derechos y garantías de las personas (art. 277 numeral 7º C.P.), en cuyo caso se trata de un sujeto procesal especial¹³ que no reviste el carácter de parte en sentido estricto.

Bajo este entendido, en el caso concreto no hay lugar a discusión sobre la legitimación en la causa por activa que asiste al señor Personero Municipal de Pereira y al Procurador Delegado para Asuntos Administrativos para impetrar las demandas ahora acumuladas, mediante las cuales se pretende la declaración judicial de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 01 de 1999 y de sus modificaciones.

3. Las pruebas aportadas al proceso.

Las siguientes pruebas documentales fueron debidamente aportadas al proceso, algunas en copia simple y otras con sello y firma de la Secretaria Jurídica del Municipio de Pereira, en las cuales se indicó: “*este documento es fiel copia tomada de su original*” y, por lo tanto, se valorarán para los propósitos de esta decisión, de acuerdo con la jurisprudencia vigente¹⁴:

¹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C 479 de 1995 y C 568 de 1997.

¹⁴ Al respecto se tiene que si bien con anterioridad de manera reiterada esta Corporación había sostenido que las copias simples no constituían medios de convicción que pudieran tener la virtualidad de hacer constar o de demostrar los hechos que con tales documentos se



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

3.1. Exposición de motivos presentada por el Alcalde del Municipio de Pereira al Concejo Municipal para la adopción del Acuerdo No. 125 de 1998, en la cual informó sobre la Resolución No. 043 de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Energía, puso de presente que se asignó a los Municipios la responsabilidad de la prestación del servicio de alumbrado público y la necesidad de modernización del referido servicio que requería cuantiosas inversiones, con todo lo cual el Alcalde soportó la necesidad de adecuar los cobros por concepto del servicio de alumbrado público y manifestó que: “se

pretendían hacer valer ante la Jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impedía su valoración probatoria, de conformidad con lo normado en los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, lo cierto es que la postura de la Sala fue modificada a partir de la Sentencia de Unificación proferida por la Sección Tercera el 28 de agosto de 2013.

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

Como fundamento principal para llegar a la anterior conclusión, la Sala señaló que a partir de la expedición de las Leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011 se constata una nueva visión respecto del derecho procesal en cuanto éste hace énfasis especial acerca de los principios de buena fe y lealtad que deben asumir las partes en el proceso, lo cual determina un cambio en el modelo establecido por las normas procesales, circunstancias que “*permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio*”; lo que en últimas se traduce en la posibilidad de que el operador judicial pueda tomar en cuenta aquellos documentos que obran el expediente en copia simple y respecto de los cuales las partes no han cuestionado su veracidad.

Por lo tanto, según la nueva postura jurisprudencial de la Sala, los documentos aportados en copia simple por la parte actora con la presentación de la demanda también serán tomados en cuenta en esta sentencia, al igual que aquellos que se presentaron en original o en copia auténtica.

Por otra parte, según sostuvo la Sala en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013:

“Con la expedición de la ley 1564 de 2012 -nuevo código general del proceso- corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A. (...) al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.”



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

hace igualmente necesario que se me otorguen las facultades para proceder a la contratación de la prestación del servicio.” (Folios 45 y 46, cuaderno 5).

3.2. Acuerdo No. 125 de 20 de diciembre de 1998, expedido por el Concejo Municipal de Pereira, *“por medio del cual se establece el monto a cobrar por concepto de prestación de Servicio de Alumbrado Público y se otorgan unas facultades al Alcalde”* (folios 88 y 89, cuaderno 1 y folios 42 a 44, cuaderno 5).

El artículo primero del Acuerdo No. 125 fijó los valores a cobrar por concepto de Servicio de Alumbrado Público para el año de 1999, con base en una tabla incorporada en el texto del artículo correspondiente, discriminada por tipo de servicio y estrato económico.

El artículo segundo estableció el mecanismo de actualización anual de las cifras adoptadas para 1999 por concepto de cobro de servicio de alumbrado público, con base en el Índice de Precios al Productor (IPP).

Acerca de las facultades para la contratación, se lee en el artículo 3 de este Acuerdo, lo siguiente:

“Artículo Tercero.- Facultar al Alcalde Municipal, por un año, para proceder a la contratación de la prestación del Servicio de Alumbrado Público para la ciudad de Pereira, de manera eficiente y en los términos exigidos por la Ley, de acuerdo con las previsiones financieras aquí incorporadas, garantizando adecuadamente su recaudo. Para ello se autoriza a reglamentar y expedir los actos administrativos que se requieran.”

3.3. Resolución No. 106 del 26 de febrero de 1999, expedida por la Alcaldía de Pereira, mediante la cual se adoptó el Pliego de Condiciones y se ordenó la apertura de la Licitación Pública SG 002/99, cuyo objeto fue recibir propuestas



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

para la contratación por el sistema de concesión para el manejo de alumbrado público del Municipio de Pereira, *“debiendo observarse como premisa principal la reposición total de las luminarias de mercurio e incandescentes a sodio, por un término de veinte (20) años.”*

3.4. Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 1999 del Municipio de Pereira para la contratación del servicio de alumbrado público mediante el *“esquema de un contrato de Concesión definido en el artículo 32 del estatuto general de la contratación administrativa pública (Ley 80 de 1993) y conforme a las leyes 142 y 143 de 1994.”* (folio 114, cuaderno 1, numeral 1.2. *Pliego de condiciones*).

3.5. Resolución No. 609 del 7 de mayo de 1999, expedida por la Alcaldía del Municipio de Pereira por medio de la cual se nombró el Comité Técnico y Económico para la evaluación de las propuestas presentadas en la Licitación Pública SG.002-99 (folios 108 y 109, cuaderno 5).

3.6. Resolución No. 622 del 10 de mayo de 1999 expedida por la Alcaldía del Municipio de Pereira por medio de la cual se amplió el plazo para la presentación de propuestas en la Licitación Pública SG 002- 1999 (folios 108 y 109 cuaderno 5).

3.7. Acta de cierre de la Licitación Pública distinguida con el No. SG 002 de 1999 (folio 186, cuaderno 1), en la cual se dio cuenta de la presentación de tres (3) propuestas.

3.8. Contrato de Concesión No. 01 *“para la prestación del servicio de alumbrado público de Pereira”* (folio 1 a 22, cuaderno 1), suscrito el 17 de septiembre de 1999 entre el Municipio de Pereira, en calidad de concedente y



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

la sociedad Energía y Alumbrado de Pereira S.A., E.S.P., ENELAR PEREIRA S.A., en calidad de concesionaria, con el siguiente objeto y alcance:

“CLÁUSULA PRIMERA – OBJETO Y ALCANCE. El objeto del presente contrato es: Garantizar mediante el sistema de concesión la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Pereira de acuerdo con las previsiones de los pliegos de condiciones y de la oferta aceptada por el concedente.

PARÁGRAFO PRIMERO: ALCANCE. En virtud del presente contrato y en desarrollo de su objeto, el concesionario tendrá a su cargo, la prestación del Servicio de Alumbrado Público que comprende: La operación y mantenimiento de la infraestructura del servicio de alumbrado público del Municipio de PEREIRA, incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios eléctricos, por el término de veinte (20) años contados a partir del acta de iniciación del presente contrato, de conformidad con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos de la licitación pública número 02 de 1999 y la propuesta presentada por el concesionario. Consiste además en la prestación del servicio de alumbrado público en el área territorial del Municipio de PEREIRA definido este servicio por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante Resolución número 043 de 1995, art. 1º, como la iluminación de las vías, parques y demás espacios públicos de libre circulación, que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica, de derecho privado o público, diferente al Municipio, con el propósito de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades vehiculares y peatonales.”

3.9. Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión No. 01, suscrito el 14 de octubre de 1999, en el cual se hizo constar la modificación a la cláusula vigésima octava acerca de las previsiones de pago al interventor del contrato (folio 23, cuaderno 1).

3.10. Otrosí No. 2 al Contrato de Concesión No. 01, sin fecha, mediante el cual las partes modificaron la cláusula vigésima octava acerca del pago por cuenta de la Concesión a favor del Interventor (folio 34, cuaderno 1).



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

3.11. Acuerdo No. 032 aprobado por el Concejo Municipal de Pereira el 12 de julio de 2000, por medio del cual se estableció el impuesto de alumbrado público, se otorgaron unas facultades al Alcalde y se derogó con fecha efectiva a partir del 1º de agosto de 2000, el Acuerdo 125 de 1998. En el Acuerdo No. 032 se introdujeron nuevas disposiciones acerca de los elementos del impuesto (artículo 2º), el objeto del impuesto (artículo 3º), la causación del mismo de acuerdo con la base gravable establecida por tipo de servicio, estratificación socioeconómica, tipo de consumo y el rango de consumo de energía eléctrica en kilovatios-hora (artículo 4º); se autorizó realizar el cobro a través de la factura de venta de servicios públicos domiciliarios y/o de la factura del impuesto predial, según determinara la Administración Municipal.

En el artículo 7º se dispuso:

“Facultar al Alcalde Municipal para que en el caso de requerirse, proceda a contratar la prestación del servicio de alumbrado público de manera eficiente y en los términos de Ley, garantizando adecuadamente su prestación. Se autoriza al Alcalde para reglamentar y expedir los actos administrativos que se requieran.”

3.12. Exposición de motivos presentada por el Alcalde Municipal para la adopción del Acuerdo No. 032 de 2000 (folio 96 y 97, cuaderno 5), en la cual el Alcalde de Pereira manifestó lo siguiente:

“Como bien es sabido por todos Ustedes en el inventario del parque lumínico que apenas hoy pudo conciliarse entre las distintas partes de la comisión que trabajó en su elaboración, se han hallado sensibles inconsistencias con relación al inicial inventario que sirvió de base al proceso licitatorio de la concesión (...) el inventario de luminarias tiene una incidencia de mayor importancia en la estructura tarifaria del impuesto de alumbrado



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

público, por cuanto es factor determinante de los costos por consumo de energía eléctrica, repuestos y repotenciación del sistema, principalmente. Es esta la razón por la cual hoy estoy presentando un nuevo proyecto de Acuerdo que contempla una disminución del 30.43% en la tarifa de alumbrado público para todos los estratos, con base en el estudio que una comisión de técnicos calificados de la Empresa de Energía de Pereira ha llevado a cabo por encargo del señor Alcalde.”

3.13. Extracto de la Gaceta Extraordinaria No. 7.4 de julio 26 de 2000 en el cual se publicó el Acuerdo No. 032 (folios 54, 55 y 56, cuaderno 5).

3.14. Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión No. 01, suscrito el 1º de septiembre de 2000 (folios 25 a 33, cuaderno 5), en cuyas consideraciones las partes se refirieron a la suscripción de un acta de 25 de agosto de 2000 que contiene la “sustentación de la adopción de la ALTERNATIVA V y de las modificaciones” correspondientes y manifestaron lo siguiente:

“Concedente y concesionario, conscientes de la variación significativa del inventario del parque lumínico existente en el Municipio de Pereira, de mutuo acuerdo, además acuerdan (sic) modificar el contenido del contrato de concesión No. 01 de 1999 para la prestación del servicio de alumbrado público del municipio de Pereira, de la siguiente manera:

*“La Cláusula Primera del contrato quedará así: OBJETO Y ALCANCE. El objeto del presente contrato es: Garantizar mediante el sistema de concesión la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Pereira de acuerdo con las previsiones de los pliegos de condiciones, de la oferta aceptada por el concedente **y de las posteriores modificaciones que al presente se introduzcan como consecuencia de la revisión de los supuestos o hipótesis que se tuvieron en cuenta conforme a la ley para unos y otros, los cuales fueron determinantes de las condiciones técnicas, económicas y financieras inicialmente establecidas y que ahora generan postulados diferentes por virtud de la variación del parque lumínico existente en el Municipio de Pereira.**” (Se destaca en*



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

negrilla la parte adicionada en esta modificación).

Igualmente el Otrosí No. 3 contiene las modificaciones a la cláusula segunda, referida a las obligaciones del concesionario, con el objeto de regular la elaboración del acta de inventario y sus posibles modificaciones, el número de camionetas y cuadrillas requeridas para las labores del contrato; la modificación de la cláusula tercera del contrato acerca del sistema de facturación y recaudo; la modificación de la cláusula cuarta acerca del número y especificaciones de luminarias del programa de expansión y de repotenciación, el plazo máximo de 36 meses para las labores correspondientes a la inversión, el estimado de crecimiento vegetativo, los costos del alumbrado navideño y el reajuste del valor de recaudo que sería certificado año a año por la sociedad fiduciaria contratada para el manejo de lo recaudado.

3.15. Otrosí No. 4 al Contrato de Concesión No. 01, suscrito el 17 de junio de 2003, el cual se refirió a un acta de conciliación sobre los aspectos objeto de modificación del Contrato de Concesión No. 01 de 1999 con base en la cual se formalizaron las modificaciones a las obligaciones de las partes, el nuevo plazo para el programa de expansión, repotenciación y reposición de luminarias, las reformas referentes al personal técnico y camionetas requeridas, el estimado de crecimiento vegetativo a partir de 1º de septiembre de 2004, los costos del alumbrado navideño, la modificación de la interventoría técnica y de las pruebas de inspección de elementos.

3.16. Otrosí No. 5 al Contrato de Concesión No. 01, suscrito el 12 de septiembre de 2003, contentivo de la modificación que dispuso adelantar el inventario del parque lumínico cada tres (3) años.

3.17. Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 01, suscrito el 27 de agosto de



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

2004, en el cual se acordó suspender el plazo de ejecución de las actividades de inversión entre el 27 de agosto y el 30 de septiembre de 2004.

3.18. Sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda de 14 de diciembre de 2001 (folios 58 a 72), proferida en el proceso No. 1999 -331, acumulado con el No. 2000 349, actor Carlos Alfredo Croswaite Ferro, en cuyo fallo se dispuso:

“Se decreta la nulidad del Acuerdo 125 de 20 de diciembre de 1998, proferido por el c[C]oncejo municipal de Pereira.”

Según se lee en la sentencia referida, el fundamento de la decisión judicial se encontró en la violación del artículo 79 del Acuerdo No. 50 de 1995, contentivo del Reglamento Interno del Concejo Municipal de Pereira, así:

“(...) el primer debate se dio el 17 de diciembre y el segundo el 20 de diciembre siguiente, del mismo año 1988, la conclusión es que el Concejo procedió irregularmente, pues la última decisión se da cuando aún estaba transcurriendo el tercer día. Así, entonces, la razón está de parte de la demanda[n]te y habrá de accederse a sus súplicas, pues aparecen desconocidos los preceptos superiores referidos.”

3.19. Auto de 16 de mayo de 2002 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Risaralda resolvió revocar la providencia que concedió el recurso de apelación contra la sentencia de 14 de diciembre de 2001 (folios 150 y 151, cuaderno 5).

4. Marco constitucional y legal de la autorización para contratar emanada del Concejo Municipal.

Con el fin de adelantar el estudio del caso *sub lite*, la Sala procede a fijar el marco normativo bajo el cual tuvo lugar la celebración del Contrato de



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Concesión No. 01 de 1999 suscrito por el Alcalde de Pereira en representación del referido Municipio:

4.1. Constitución Política de Colombia

La Constitución Política adoptada en 1991 distribuyó las competencias en materia de la contratación estatal entre el poder legislativo y el ejecutivo, puesto que por una parte radicó en el Congreso de la República la competencia para expedir el estatuto general de contratación y por otra parte, en tratándose de los servicios públicos asignó a las entidades territoriales el deber de prestar los servicios públicos en su territorio, otorgó a los Concejos Municipales la atribución para reglamentarlos en orden a la eficiente prestación de los mismos, además de que consagró la autonomía a los entes territoriales para definir los planes y programas de desarrollo de dichas entidades y finalmente, pero no por ello menos relevante, la Constitución Política asignó competencia al Alcalde Municipal para la contratación estatal correspondiente a la prestación de los servicios públicos en el Municipio a su cargo.

Por otra parte, la Carta Constitucional radicó en cabeza del Alcalde Municipal la labor de dirección, ejecución y aseguramiento de la prestación de los servicios públicos, amén de que le atribuyó la facultad de obrar en calidad de representante legal de la entidad territorial.

Las disposiciones constitucionales que consagran la anterior distribución de funciones públicas, son las siguientes:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

“Artículo 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.”

“Artículo 313. Corresponde a los concejos:

1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio.

3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.

(...)”

“Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:

(...)

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

Para concluir la referencia al marco constitucional del servicio público, vale la pena destacar el alcance de artículo 365 de la Constitución Política del cual se desprenden las modalidades de contratación a través de las cuales el Estado



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

puede dar cumplimiento a la prestación eficiente de los servicios públicos, acerca de lo cual ha observado el Consejo de Estado:

“Así pues, la autorización consagrada en el aludido artículo 365 de la Constitución Política de 1991 significó una reforma trascendental en cuanto a la participación de los particulares y las comunidades organizadas en la prestación de los servicios públicos en Colombia, toda vez que el punto de partida -para la ley y la regulación aplicables a partir la Constitución de 1991- lo constituye el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente del servicio, bien sea que se ejecute por el mismo Estado o por particulares o por comunidades organizadas.

(...)

Cabe distinguir que al amparo de la mencionada disposición constitucional, la prestación de los servicios públicos puede ejecutarse: i) por el Estado, bien de manera directa –como por ejemplo a través de las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta- o indirecta, como sería a través de concesiones mediante las cuales las entidades estatales competentes otorgan a los concesionarios la prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público, caso en el cual, tal como ha observado la Sección Tercera del Consejo de Estado, el contrato estatal de concesión no puede constituirse en límite o renuncia para el ejercicio de dichas competencias legal y constitucionalmente atribuidas al Estado¹⁵; ii) por particulares y iii) por comunidades organizadas.¹⁶

4.2. El Estatuto General de la Contratación.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; radicación número: 110010326000199503074 01; expediente número: 13074.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de marzo de 2014, expediente 30289, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; radicación 25000232600020030075101, demandante: Galaxy de Colombia Ltda., demandado Comisión Nacional de Televisión.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Ley 80 expedida en 1993 referenció una definición de los servicios públicos para efectos de la aplicación del régimen de contratación estatal, reiteró la competencia del Alcalde Municipal para contratar en nombre y representación del Municipio e invocó la disposición del artículo 313 de la Constitución Política, acerca de la autorización para contratar, sobre lo cual precisó que debe ser expedida en los términos de las normas que rigen la organización y funcionamiento de la respectiva entidad contratante, así:

“Artículo 2.

(...)

3o. Se denominan servicios públicos:

Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines. (...).”

“Artículo 11. De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2 (...)

3o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva

(...)

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

(...).”



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

“Artículo 25. Del Principio de Economía. En virtud de este principio:

(...)

*11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia **no intervendrán en los procesos de contratación**, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.*

*De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9o. y **313, numeral 3o.** de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y **los Concejos Municipales autorizarán** a los gobernadores, y alcaldes respectivamente, **para la celebración de contratos.**” (La negrilla no es del texto)*

4.3. La Ley de Municipios

Ley 136 de 1994, por la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, consagró la atribución de los Concejos Municipales para reglamentar la función de autorización en la contratación por parte del Alcalde Municipal y en su artículo 32 se dispuso que los Concejos Municipales deben señalar los casos en que la autorización se requiere en forma previa a la celebración del contrato estatal, así:

*“**Artículo 32. Atribuciones.** Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la Ley, son atribuciones de los concejos las siguientes:*

(...)

*3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, **señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo.**”*

4.4. Las disposiciones de la Ley Eléctrica y la regulación del servicio de alumbrado público.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

La ley 143 de 1994, por la cual se estableció el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, contempló concretamente la competencia de las entidades municipales para celebrar los contratos de concesión, bajo los siguientes parámetros:

“CAPITULO XI

Del contrato de concesión

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

(...)

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

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

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



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Artículo 57. La competencia para otorgar contratos de concesión se asigna en la siguiente forma: a la Nación, los relacionados con la generación, interconexión y redes de transmisión entre regiones; a los departamentos, lo concerniente a las redes regionales de transmisión; y al municipio, lo atinente a la distribución de electricidad. Corresponderá a la Comisión de Regulación de Energía y Gas precisar el alcance de las competencias señaladas.”

Por su parte, la Resolución 043 de 1995¹⁷ expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREC- que fue creada por la ley 143 de 1994, reglamentó el suministro y cobro del servicio de energía eléctrica que se destina al servicio de alumbrado público. En la citada Resolución se definió el servicio de alumbrado público así:

“Servicio de alumbrado público. Es el servicio público consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.”¹⁸

¹⁷ Derogada por la Resolución No. 123 de 8 de septiembre de 2011.

¹⁸ “La anterior definición se acotó posteriormente mediante el Decreto 2024 de 2006, así: “Artículo segundo. Definición Servicio de Alumbrado Público: Es el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un Municipio o Distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público. Parágrafo: La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

En lo que importa para el presente recuento normativo, la Resolución No. 043 de la CREG reiteró la competencia y responsabilidad de los Municipios en la prestación del servicio de alumbrado público dentro de su territorio y de igual manera estableció la posibilidad de contratación para la prestación del referido servicio, así:

“Artículo 2.

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

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

(...)

También le corresponde al municipio desarrollar la expansión de su sistema de alumbrado público, sin perjuicio de las obligaciones que señalen las normas urbanísticas o de planeación municipal a quienes acometan proyectos de desarrollo urbano.

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

El municipio podrá realizar el mantenimiento y la expansión por su propia cuenta o mediante convenio o contrato celebrado con la misma empresa de servicios públicos que le suministre la energía eléctrica o con cualquier otra persona natural o jurídica que acredite

servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del Municipio o Distrito.”



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

idoneidad y experiencia en la realización de dichas labores. En todo caso, dichas actividades se cumplirán con sujeción a la normalización técnica aplicable.” (La negrilla no es del texto).

Debe advertirse que en el caso *sub lite* la Sala no encuentra pertinente entrar a detallar las disposiciones de la Ley 142 de 1994, mediante la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios¹⁹, en cuanto la legislación aplicable en el contrato sub iudice era la ya citada Ley 143 de 1994 por razón del objeto del contrato, aspecto que también observó el Tribunal a quo en la sentencia de primera instancia, toda vez que el servicio de alumbrado público que fue objeto del Contrato No. 01 de 1999 constituyó un servicio *no domiciliario*, teniendo en cuenta el alcance del mencionado contrato.

4.6. El impuesto de alumbrado público.

Resulta útil distinguir entre el marco constitucional y legal del *servicio* de alumbrado público, el cual ha sido descrito con anterioridad (punto 4.1.) y el correspondiente al *impuesto* de alumbrado público, teniendo en cuenta que en el primero se enmarca la actividad contractual del Municipio en orden a hacer efectiva la prestación del servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución Política y en el segundo se ubica la potestad impositiva del Municipio para reglamentar un impuesto creado por la Ley, de acuerdo con el artículo 338 de la Constitución Política.

El impuesto se rige por el principio de legalidad, en los términos del citado artículo 338 de la Constitución Política, uno de cuyos aspectos establece que “*en tiempo de paz*”, solamente las corporaciones de elección popular -el

¹⁹ Artículo 14 Ley 142 de 1994 (...) 14.25. Servicio público *domiciliario* de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales - pueden imponer los tributos.

El recaudo del impuesto de alumbrado público genera para el Municipio un ingreso de carácter tributario el cual, según disponga el Concejo Municipal con relación a dicho impuesto, puede resultar -o no- vinculado contractualmente a la remuneración del contrato mediante el cual se hace efectiva la prestación del servicio público de alumbrado, bajo la modalidad que se adopte.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procede a presentar una referencia acerca del impuesto de alumbrado público y de la competencia del Concejo Municipal en cuanto hace relación a la reglamentación del mencionado impuesto, para lo cual se remite a la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el tópic del impuesto de alumbrado público²⁰, así:

“El impuesto de alumbrado público tuvo origen legal en la Ley 97 de 1913, en virtud de la cual el legislador, en ejercicio de su facultad constitucional, autorizó al Distrito Capital de Bogotá para establecer un impuesto “sobre el servicio de alumbrado público”, organizar su cobro y darle el destino más conveniente para atender los servicios municipales, (...).

La facultad conferida al Concejo de Bogotá por la Ley 97 de 1913, fue extendida por la Ley 84 de 1915 a las demás entidades territoriales del nivel municipal.

El literal d) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 fue objeto de revisión constitucional mediante la sentencia C-504 de 2002, declarándose exequible la referida norma, al considerar que corresponde a los concejos municipales determinar los elementos de los tributos cuya creación autorizó la citada ley.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E), 30 de mayo de 2013, referencia: 440012331000200800072 01, radicado: 19071, actor: Clara María González Zabala, Demandado: Municipio de Urumita.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

(...)

En ese sentido, si bien el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 no fijó de manera expresa el hecho generador, sí lo delimitó al establecer el objeto imponible del tributo, esto es, el servicio de alumbrado público. Y, es a partir de esa regulación, y de las resoluciones que sobre esa materia ha proferido el Ministerio de Minas y Energía, y la CREG, que se ha venido decantado que el hecho generador del tributo consiste en ser usuario potencial del servicio de alumbrado público.

(...)

Desde esta perspectiva, no resulta procedente aceptar la inaplicación del literal d) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, y el artículo 1º de la Ley 84 de 1915 pues, como se observó, esta normativa constituye el marco de la facultad impositiva de los municipios para establecer el impuesto de alumbrado público, la cual determinó los sujetos activos, algunos sujetos pasivos y los hechos gravables, dejando a los concejos municipales la determinación de los demás elementos del tributo, facultad que se encuentra conforme con los artículos 313-4 y 338 de la Constitución Política, según el estudio de constitucionalidad al que fue sometido la norma, y que para el presente caso hace tránsito a cosa juzgada.

Así, y en virtud de los principios de autonomía y descentralización territorial, el criterio actual de la Sala en materia de facultad impositiva territorial reconoce la autonomía fiscal de los municipios para regular directamente los elementos de los tributos que la ley les haya autorizado.”

Vale la pena destacar que de acuerdo con las normas constitucionales citadas, la autonomía en materia de la regulación impositiva en el ámbito municipal, corresponde exclusivamente al Concejo Municipal dentro del marco de la Ley de creación del impuesto.

5. nulidad absoluta del contrato estatal por razón de la anulación del Acuerdo del Concejo Municipal contentivo de la autorización para contratar.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

En primer lugar, la Sala se remite a la línea jurisprudencial que ha construido la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto que las causales de nulidad absoluta del contrato estatal son de origen legal y, bajo esta premisa, para su declaración judicial se requiere constatar la configuración taxativa contenida en la Ley, según sea el caso.

En este sentido se reitera el presupuesto de análisis contenido en la sentencia del 18 de marzo de 2010²¹, a cuyo tenor:

“A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas”²².

Ahora bien, la causal invocada en este caso concreto, dispone:

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

(...)

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

²¹ Expediente 14390.

²² Ver también, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de dos mil siete (2007), Expediente: 15324.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

En consecuencia, la norma legal antes citada se aplicará al caso sub judice, única y exclusivamente bajo el supuesto de hecho previsto en la respectiva disposición, es decir que el problema jurídico en el sub lite radica en esclarecer -primero en forma general y luego en el caso concreto- si el Acuerdo Municipal que contiene la autorización para contratar constituye un acto administrativo en el cual se fundamentó el contrato estatal.

Con el propósito de definir la cuestión, la Sala encuentra pertinente citar los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, a saber:

➤ La sentencia de la Corte Constitucional C-086 de 1995, mediante la cual se declaró inexecutable el primer inciso del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que disponía: *"Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según el caso"*. En esa providencia la Corte Constitucional decretó la inexecutable de la aludida disposición con fundamento en que la Constitución Política no consagró la reserva de las asambleas departamentales ni de los concejos municipales en la autorización de todos los contratos que se celebren en el nivel territorial.

Señaló la Corte:

*"Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior "contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones."²⁰ En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la ley 80 de 1993, permite **que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que***



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley...Adicionalmente se observa que no se puede convertir en regla general las autorizaciones expresas contenidas en los artículos 150-9, 300-9 y 313-3 de la Carta Política, como pretende hacerlo la norma acusada respecto del contrato de fiducia." (La negrilla no es del texto)

➤ La Sentencia C-738 de 2001 mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, acerca de las atribuciones del Concejo Municipal para definir los casos en que se requiere la autorización previa para contratar. En esa providencia la Corte Constitucional se apoyó en la disposición del numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política, que atribuye al Concejo Municipal la competencia para autorizar la contratación, sin perjuicio de la obligación que se le impone en el ejercicio de dicha competencia a efectos de respetar el Régimen de Contratación Estatal contenido en la Ley.

Señaló la Corte Constitucional en esa oportunidad:

“Si los Concejos pueden reglamentar el ejercicio de sus propias funciones, y una de sus funciones es la de autorizar al alcalde para contratar, se concluye lógicamente que tales corporaciones cuentan con la competencia constitucional para reglamentar el ejercicio de tal atribución, y que no es necesario que el legislador haya trazado, con anterioridad, una regulación detallada del tema. Así, en criterio de esta Corporación, este último precepto constitucional es un fundamento suficiente para que el Legislador haya confirmado que las Corporaciones municipales de elección popular tienen la posibilidad de reglamentar una de sus funciones constitucionales propias, cual es la de otorgar al correspondiente jefe de la administración municipal autorizaciones para contratar.

(...)



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

*No podrán los Concejos, so pretexto de reglamentar el tema de las autorizaciones, extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual propiamente dicha; dirección que corresponde al alcalde, en tanto jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315-3 de la Carta. Asimismo, deberán tener en cuenta los concejos municipales que, en tanto función administrativa, la atribución debe ser ejercida en forma razonable y proporcionada, respetando lo dispuesto en el artículo 209 constitucional; y que **no se puede interpretar dicha norma en forma tal que se obligue al alcalde a solicitar autorizaciones del concejo en todos los casos en que vaya a contratar, sino únicamente en los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Carta Política.***

(...)

*Debe resaltarse, por último que, contrario a lo que presupone la argumentación del actor, lejos de ser un límite a la autonomía municipal, **el régimen previsto por la Ley 80 de 1993 está construido sobre la base de la autonomía de las entidades estatales en materia contractual, tanto que otorga a ciertas entidades y dependencias que no cuentan con personería jurídica, una capacidad especial de contratación y puedan gestionar mejor los aspectos que a ellas atañen. Para la Corte, igual sucede con la norma bajo estudio, ya que al reafirmar la competencia reglamentaria constitucional de los concejos municipales, no sólo presupone, sino que desarrolla su autonomía real.** Así, a través de regímenes reglamentarios que no lesionen lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas legales aplicables, **los concejos podrán decidir cómo ha de surtirse el proceso de autorización, en los casos en que sea necesario de conformidad con los intereses locales.** En otras palabras, la norma acusada fomenta el ejercicio autónomo de las competencias municipales, así como su adecuación a las necesidades particulares del ente respectivo, **sin que por ello pueda generar un estímulo para la existencia de diversos Códigos Fiscales Municipales, puesto que siempre habrá de respetarse lo dispuesto por el legislador en la Ley 80 de 1993 y demás legislación aplicable.***

(...)



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

*Resta aclarar que cuando la norma habla de una función de "autorización", **se está refiriendo a un acto previo a aquél que es objeto de dicho beneplácito.*** (La negrilla no es del texto).

Siguiendo las consideraciones de la Corte Constitucional se llega a concluir que en ejercicio de las competencias constitucionales puede tener lugar un acto administrativo de autorización para contratar emanado del Concejo Municipal, que se constituya en un acto previo requerido para fundamentar el contrato estatal. En ese supuesto, la declaración judicial de nulidad del acto de autorización para contratar dará lugar a la nulidad absoluta del contrato autorizado, toda vez que se configura exactamente la causal contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80.

La anterior conclusión coincide -en lo que se refiere al alcance del requisito de autorización- con los conceptos de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, según se observa a continuación:

➤ En el concepto No. 1371 de 2001, emitido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, dicha Sala consideró que el acto contentivo de la autorización conferida al Alcalde Municipal para celebrar el contrato constituye un requisito de orden constitucional y legal y en tal sentido la falta de tal autorización implica la ocurrencia de una causal de nulidad absoluta del contrato estatal en los términos del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, asunto en el cual la Sala de Consulta acudió a la invocación del derecho común establecida en esa norma, concretamente al artículo 1741 del Código Civil, así:

“Pero no podrá el alcalde celebrar contratos sin la autorización correspondiente de la corporación, puesto que ello da lugar a la nulidad absoluta de los contratos, según el artículo 44 de la ley 80 de 1993, que remite en su primer inciso a los casos previstos en el derecho común.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

*Así, serían aplicables los artículos 1.740 y, en particular, el 1.741 del Código Civil. Este último dispone: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y **la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos**, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas". (Se resalta)²³.*

➤ La Sala de Consulta del Consejo de Estado se detuvo en oportunidad posterior en el contexto de las disposiciones que distribuyen las competencias constitucionales y en las normas legales acerca de los presupuestos públicos, ocasión en la cual conceptuó que siendo el Alcalde el Representante Legal del Municipio y el director de la contratación del ente territorial, la autorización previa y expresa del Concejo Municipal es excepcional y en todo caso debe ser regulada con arreglo a la Ley, según se expresó en el concepto No. 1889, en la siguiente forma:

"En ese mismo contexto debe entenderse el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, que al referirse a la capacidad de los representantes legales y jefes de las entidades del Estado para contratar y ejecutar el presupuesto, señala expresamente que dichas facultades se ejercerán "teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes", entre las cuales se encuentran, como ya se vio, los artículos 313-3 de la Constitución y 32-3 de la Ley 136 de 1994, que exigen una reglamentación del concejo municipal de la autorización para contratar por parte de los alcaldes.²⁴

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, 15 de noviembre de 2001, radicación número: 1371

²⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina, 5 de junio de 2008, radicación No. 1.889,1001-03-06-000-2008-0022-00



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

En ese mismo concepto se advirtió que las exigencias de la autorización pueden definirse en el Reglamento del Concejo Municipal, no obstante lo cual dicho reglamento no puede tener el alcance de modificar los aspectos fijados en la Ley de Contratación:

“Para ello debe mediar un reglamento en el que esas corporaciones establezcan las hipótesis en que ello debe ocurrir, junto con el procedimiento para su operatividad, sin modificar los aspectos ya regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sin interferir en el normal funcionamiento de la gestión contratación, como lo ordena la Ley 80 de 1993.”²⁵

De conformidad con los anteriores conceptos, se puede afirmar que la autorización para contratar emanada del Concejo Municipal es un requisito determinante del contrato estatal en aquellos casos en la Ley o el Reglamento del Concejo Municipal hayan dispuesto tal requerimiento y éste último sólo lo puede establecer con arreglo a la Ley.

Sobre el particular se trae a colación la modificación de alcance que introdujo la Ley 80 de 1993 en relación con los estatutos de contratación a nivel municipal, puesto que en el régimen de contratación anterior, el artículo 5° de la Ley 19 de 1982 otorgaba a los departamentos y municipios la facultad de regular, a través de sus normas fiscales, lo pertinente a la *“formación y adjudicación de los contratos que celebren y las cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio”* y en desarrollo de la citada Ley 19 se expidió el estatuto de contratación contenido en el Decreto-ley 222 de 1983, en cuyo

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina, 5 de Junio de 2008, radicación No. 1.889,1001-03-06-000-2008-0022-00



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

artículo 1º, inciso final, se dispuso que sus normas únicamente serían aplicables en los departamentos y municipios en lo relacionado con las siguientes materias: *“tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV”*-esto es en relación con las cláusulas de modificación, interpretación y terminación unilaterales- y por ello, teniendo en cuenta que los Municipios se encontraban sujetos al régimen del Decreto-ley 1333 de 1986²⁶, en vigencia del Régimen de Contratación anterior a la Ley 80 los respectivos Códigos Fiscales de carácter municipal podían establecer requisitos de formación y adjudicación de los contratos, aplicables en los procedimientos de selección del contratista, para efectos de la contratación en el respectivo Municipio.

Mediante la Ley 80 de 1993 se expidió un Estatuto General de Contratación, con alcance sobre las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la normativa, en el cual se incluyeron expresamente las entidades territoriales. En este contexto se colige que los Concejos Municipales carecen de competencia para crear requisitos de formación y adjudicación de los contratos estatales.

No obstante, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política y con el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 - Ley de Municipios- resulta viable para el Concejo Municipal, disponer el requisito de la autorización previa para contratar, la cual se debe producir en los términos del Reglamento de esa

²⁶ Artículo 273º.- Los contratos que celebren los Municipios y sus establecimientos públicos se someten a la ley en lo que tiene que ver con su clasificación, definición, inhabilidades, cláusulas obligatorias, principios sobre interpretación, modificación y terminación unilaterales, efectos, responsabilidades de los funcionarios y contratistas. En lo atinente a los requisitos para su formación, adjudicación y celebración, a las disposiciones fiscales que expidan los Concejos y demás autoridades locales competentes.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Corporación y, según ha observado la Sala de Consulta del Consejo de Estado, el antedicho Acuerdo se debe referir entonces a los aspectos reglamentarios o administrativos de la decisión correspondiente.

Se observa igualmente que el artículo 11 de la Ley 80 siguió con claridad la regla de atribuciones conferida al Alcalde Municipal en el artículo 315 de la Constitución Política, toda vez que la Carta Constitucional reviste al Alcalde de la calidad de director de la función administrativa del Municipio y Representante Legal del mismo. En consecuencia, el artículo 11 de la Ley 80 estableció una reiteración de la norma constitucional citada, puesto que dispuso que el Alcalde es el funcionario competente a nivel de la entidad territorial para adelantar la celebración del contrato, a la vez que precisó que deberá proceder *“en los términos y condiciones que reglen las normas legales que regulen la organización y funcionamiento de tales entidades.”* (Subraya y negrilla no son del texto).

Para el caso de los Municipios el legislador estableció en la Ley 136 de 1994, la potestad de cada Concejo Municipal para reglamentar los eventos en que el Alcalde debe contar con la autorización previa para contratar, a partir de lo cual se puede observar que la autorización puede ser establecida en forma general o especial, la primera de ellas por ejemplo, en el momento de aprobar el presupuesto municipal, el plan o proyecto respectivo, según disponga el Acuerdo del Concejo Municipal.

La misma Ley 80 de 1993 establece en el artículo 25, en materia del principio de economía, que las corporaciones de elección popular *“no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación”*, norma en la cual se dispuso igualmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 313 de la



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Constitución Política, que los Concejos Municipales “*autorizarán a los Alcaldes para la celebración de los contratos*”.

Igualmente, el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80, estableció que las autorizaciones y aprobaciones “*se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato según el caso*”.

A juicio de la Sala la lectura correcta con el propósito de que todas las disposiciones antedichas puedan tener un efecto legal útil es la siguiente: la regla general para la celebración del contrato estatal es la no intervención del Concejo Municipal en el procedimiento de contratación y por lo tanto las autorizaciones o aprobaciones que le competen a esa Corporación solo pueden requerirse de acuerdo con la Ley o con el reglamento del respectivo Concejo Municipal, antes de iniciar el procedimiento respectivo.

Ahora bien, el carácter de acto *fundamental* para la contratación, que se exige para los efectos de la causal contenida en el numeral 4 del artículo 44 de la ley 80, se refiere a aquellos eventos en que constituya una condición *sine qua non* para el contrato, lo cual sin duda sucede cuando la propia Ley establece la competencia del Concejo Municipal con respecto al acto de autorización, pero también puede tener lugar cuando el reglamento del Concejo Municipal fijado con arreglo a la Ley, así lo dispone.

Una herramienta de análisis para determinar el carácter fundamental de la autorización para efectos de la contratación en el contexto de aquellos contratos de que se encuentran tipificados en la ley es, sin lugar a dudas, el criterio de fondo sobre el contenido de la autorización en cuanto la aprobación se refiera a un elemento *esencial* del contrato, caso en el cual resulta obvio que



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

la autorización se torna en fundamental para el contrato, toda vez que si de acuerdo con la Ley le corresponde al Concejo Municipal definir un elemento esencial del contrato que se autoriza celebrar, sin tal elemento y por lo tanto sin el acto previo de autorización impartido por el Concejo Municipal, el contrato no puede producir efecto o degenera en otro. Para este propósito se recuerda que los elementos esenciales del contrato definidos en el artículo 1501 del código civil, son aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro diferente.

6. Actos previos en la actividad contractual.

No sobra mencionar que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, tiene por establecido que aquellos actos producidos con ocasión de la actividad contractual del Estado, antes de la celebración del contrato, en la etapa de formación de la relación contractual, conocidos como actos previos, constituyen verdaderos actos administrativos que son pasibles de las acciones previstas en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma y oportunidad que allí se contempla²⁷.

En este orden de ideas, se recuerda que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para las acciones impetradas a partir del 8 de julio de 1998²⁸ y hasta el 2 de

²⁷ Véase la sentencia de noviembre 13 de 2013, expediente 25.646, demandante: Ciarquelet Ltda., demandados: Distrito Capital – Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y Consorcio Comunidad y Construcción, radicado 2500023260019990219701, Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, en la cual se realizó un recuento de las muchas providencias del Consejo de Estado sobre la procedencia de la acción contractual contra los actos proferidos antes de la celebración del contrato.

²⁸ Fecha de publicación de la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 164 se dispuso:

“En los procesos iniciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren empezado a correr, los incidentes en curso, y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se registrarán por



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

julio de 2011²⁹, introdujo una modificación acerca de los actos previos, separables y no separables del contrato, para efectos de su impugnación judicial y fijó un plazo especial para la caducidad de las acciones judiciales entabladas por las partes o los terceros interesados³⁰, contra los actos proferidos con anterioridad a la celebración del contrato estatal, con ocasión de la actividad contractual.

En relación con la modificación del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado ha observado que el acto demandable debe ser de carácter definitivo y no preparatorio o de trámite, según se advierte en la siguiente sentencia:

“La reforma que realmente hizo el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, en el punto del control judicial de la actividad precontractual, fue otra. Consistió en ampliar el catálogo de actos precontractuales susceptibles de control judicial autónomo, así como la vía procesal para su enjuiciamiento, cuando permitió que los actos que se producen durante la actividad precontractual, por supuesto aquellos definitivos o que impiden continuar el procedimiento de selección, sean controlables judicialmente a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, con lo cual se modificó el artículo 77 de la ley 80, para adicionarlo, permitiendo el control judicial de otros actos que se producen en la actividad precontractual, diferentes al de adjudicación, por una vía procesal diferente a la acción relativa a controversias contractuales, reservada a las partes del contrato.

(...)

la ley vigente cuando se interpuso el se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principio a surtirse la notificación”.

²⁹ Fecha en la cual empezó a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011, el cual no aplica a las actuaciones administrativas, demandas y procesos en curso, de acuerdo con su artículo 308.

³⁰ La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1048 de 2001 declaró la exequibilidad de la disposición legal mencionada.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

*En otras palabras el artículo 32 de la Ley 446 de 1998 en tanto introdujo un segundo inciso al artículo 87 del C.C.A., no autoriza el simple ataque de la legalidad, frente a todos los actos que se expiden por la administración en la etapa previa a la celebración del contrato, **será la naturaleza del acto a enjuiciar, esto es su carácter principal o definitivo y la ausencia de efectos vulnerantes frente a un sujeto concreto de un derecho amparado en una norma, lo que determinará la procedencia del contencioso objetivo de anulación***

(...)

*El control judicial de los actos administrativos está circunscrito a los que tengan el carácter de definitivos, actos éstos que corresponden a aquellos a través de los cuales se ha puesto fin a una actuación administrativa **o a aquellos que constituyendo una actuación en principio de trámite, se erigen en definitivos en la medida en que impiden la culminación normal del procedimiento a través de una decisión contenida en el acto principal**, según lo tiene establecido el inciso final del artículo 50 del C. C.A. ³¹.*

Frente al inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en reconocer como actos precontractuales demandables -cuya declaratoria de nulidad da lugar a la causal del numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80- el contenido del pliego de condiciones o términos de referencia, la resolución de adjudicación del contrato, el acto mediante el cual se declara desierto el procedimiento de contratación y aquél en el que se niega la adjudicación del contrato, todos los cuales tienen lugar dentro del procedimiento de contratación estatal.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 13 de Junio de 2011, radicación número: 54001233100019981333 01 (19936), Actor: Cámara de Comercio de Cúcuta y Personería Municipal de Cúcuta, demandado: Municipio de Cúcuta, asunto: acción pública de nulidad



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

En relación con el acto administrativo contentivo de la autorización previa para contratar -el cual se requiere antes de iniciar el procedimiento de contratación siguiendo los dictados del numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80- la Sala establece que la autorización del Concejo Municipal, también constituye un acto previo o precontractual susceptible de ser demandado ante el contencioso de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuanto dicho acto produce un efecto jurídico concreto cual es el de dotar al Alcalde de capacidad jurídica para la contratación municipal, entendida tal capacidad en los términos del artículo 1502 del Código Civil³².

7. El Caso Concreto.

7.1. Alcance de la Cosa Juzgada.

En presente caso se parte de la siguiente consideración preliminar:

El Acuerdo No. 125 de 1998 que reglamentó las tarifas del impuesto de alumbrado público y dispuso autorizar al Alcalde para contratar la prestación del servicio respectivo, fue demandado y declarado nulo mediante una decisión judicial que hizo tránsito a cosa juzgada, razón por la cual se encuentra fuera de toda controversia que el referido Acuerdo fue ilegalmente expedido y por ello anulado mediante sentencia que tiene carácter *erga omnes*, en los términos del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo.

Esa decisión judicial por lo tanto es un supuesto intangible e inamovible en el presente proceso y no puede ser materia de discusión.

³² “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Teniendo en cuenta que la respectiva decisión judicial adquirió firmeza, la Sala no entrará en consideraciones acerca de los argumentos relacionados con la circunstancia de que el Acuerdo 125 de 1998 fue anulado 17 meses después de que la autorización pro tempore ejecutada por el Alcalde Municipal, ni tampoco se dará paso a controvertir si tal declaración judicial podía producirse teniendo en cuenta que el citado Acuerdo fue derogado por el Acuerdo No. 032 de 2000.

En el mismo orden de ideas, la Sala considera como un hecho cierto que el Acuerdo No. 125 de 1998 fue expedido en violación del Reglamento del Concejo Municipal de Pereira y que ello dio lugar a la nulidad decretada por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

7.2. Ocurrencia de la causal de nulidad consagrada en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 expedida en 1993.

Se dilucida ahora si el Acuerdo No. 125 de 1998 tenía la condición o naturaleza de un acto administrativo previo de carácter fundamental para la celebración del Contrato de Concesión No. 01 de 1999, con el propósito de establecer la ocurrencia de la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

El demandante afirmó que el Acuerdo No. 125 era fundamento del Contrato de Concesión No. 01 toda vez que fue invocado expresamente en él; por su parte, la sociedad concesionaria codemandada en este proceso, argumentó que el Acuerdo No. 125 no constituyó fundamento para la celebración del Contrato de Concesión No.01 puesto que tal calidad la tenía “*verdaderamente*” el acto administrativo de adjudicación el cual no fue objeto de demandada alguna.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

El Tribunal a quo acogió la afirmación del demandante con el siguiente razonamiento: *“si no se hubiera expedido el Acuerdo No. 125 de ninguna manera hubiera existido posibilidad jurídica para la celebración del referido contrato de concesión, pues precisamente de dicho acto administrativo es que nació la competencia para que el alcalde municipal pudiera en los términos del artículo 11 de la Ley 80 de 1993 contraer obligaciones a nombre de la entidad territorial”*.

La Sala comparte la conclusión final del Tribunal a quo, sin dejar de advertir que la argumentación se aprecia insuficiente toda vez que se basa en la invocación del artículo 11 de la Ley 80, sin análisis del contenido del Acuerdo No. 125 que constituía en un acto fundamental en la respectiva contratación, de manera que resulta imperativo ahondar en ese aspecto para confirmar adecuadamente la conclusión del Tribunal a quo.

Por lo anterior, en las consideraciones que se expondrán a continuación se soportará la confirmación de la sentencia de primera instancia, partiendo del análisis del contenido del Acuerdo No. 125 y de su naturaleza como acto de competencia del Concejo Municipal, el cual, de acuerdo con lo probado en este proceso, constituyó un acto administrativo previo de carácter básico, esencial y fundamental en la celebración del Contrato de Concesión No. 01. De lo anterior se desprenderá que con fundamento en la declaración judicial de nulidad del Acuerdo No. 125 se configuró la causal de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 01 de 1999, impetrada por el Ministerio Público de conformidad con el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80.

7.2.1. Alcance del Acuerdo No. 125 sobre los elementos esenciales del Contrato de Concesión.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

El Contrato de Concesión No.01 suscrito en 1999 cumplió con los elementos esenciales de objeto y remuneración que se establecen para este tipo de contrato estatal³³ de acuerdo con los lineamientos que se desprenden del No. 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual contiene la consagración legal del Contrato de Concesión que se encontraba vigente para la fecha de celebración del respectivo contrato, a saber:

“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.”

En cuanto al **objeto** del Contrato de Concesión No. 01 de 1999, de acuerdo con la cláusula primera, se observa que el Municipio de Pereira contrató la prestación del servicio de alumbrado público en la cual contempló las actividades de administración, operación, mantenimiento, expansión de la infraestructura y modernización de la operación. La mencionada modernización incluyó la obligación de sustituir la totalidad de las luminarias incandescentes y

³³ Acerca de la identificación de los elementos esenciales del contrato de concesión que se mencionan en esta providencia, la Sala se fundamenta en las notas características del objeto y de la remuneración que han sido identificadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual también ha sido reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia C-300/12.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

de mercurio por las luminarias de sodio, para lo cual se acordó la realización del inventario de luminarias existentes, que sería objeto de sustitución.

En relación con la **remuneración** característica del contrato de concesión, se encuentra que la contraprestación se estableció con base en la tarifa del impuesto de alumbrado público, mediante invocación expresa del Acuerdo No. 125 de 1999, según se indica a continuación: el Contrato de Concesión No. 01 de 1999 incorporó el Acuerdo No. 125 de 1999 en la relación de los “*documentos base*” del contrato (cláusula trigésima segunda) y a su vez, en relación con la remuneración prevista para la sociedad concesionaria se estableció que “*se costeará exclusivamente con las tasas que por concepto del impuesto de alumbrado público paguen los usuarios del mismo*” (numeral 5.5. del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 1999).

La Sala advierte igualmente que para la celebración del Contrato de Concesión No. 01 de 1999 era un presupuesto necesario y previo la decisión del Concejo Municipal acerca de la regulación de impuesto de alumbrado público y especialmente lo atinente a la autorización que implicaba el compromiso o afectación del recaudo del impuesto para garantizar la prestación sostenida y continua del servicio público respectivo, lo cual se decidió y adoptó con base en las proyecciones financieras que fueron objeto de análisis y que se invocaron específicamente como parte de la aprobación para contratar conferida en el Acuerdo No. 125 de 1988, según se lee en el artículo 3 del Acuerdo No. 125, tantas veces citado.

Adicionalmente, con fundamento en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 002 de 1999 se probó en este proceso que la remuneración de la sociedad concesionaria se determinó con base en el recaudo del impuesto definido y aprobado en el Acuerdo No. 125 de 1998, el cual se constituyó como



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

fuelle del retorno de la inversión en las luminarias que debía realizar la sociedad concesionaria, calificada por el Alcalde como “*premisap principal*” de la contratación³⁴ y además en el sustento financiero del flujo de caja requerido para atender los costos de operación y mantenimiento, incluido el costo del suministro de energía, por manera que el Acuerdo No. 125 estableció el núcleo de la estructuración de la remuneración, la cual constituía un elemento esencial de la contratación, amén de que precisamente así se tituló la referida información en el Pliego de Condiciones numeral 1.3., contentivo de la “*descripción e información básica para licitar*”.

Por otra parte, de conformidad con la exposición de motivos que precedió a la adopción del Acuerdo No. 125 de 1998 y con lo que indica su contenido, se tiene probado que en la expedición del referido Acuerdo el Concejo Municipal de Pereira desplegó tanto las competencias referentes a la regulación en materia del impuesto de alumbrado público establecidas en el artículo 338 de la Constitución Política que eran de su órbita exclusiva, como las relacionadas con la autorización para contratar, consagradas en el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política, en la Ley 136 de 1994, en el Reglamento Interno del Concejo Municipal y se evidencia también que con la autorización contenida en el artículo 3 del referido Acuerdo el Alcalde pretendió obtener la aprobación requerida para la contratación por virtud de los artículos 11 y 25 de la Ley 80 de 1993, requisito que a la postre no logró cumplir debido a la adopción viciada del Acuerdo.

Desde esta perspectiva existen elementos de juicio suficientes para concluir que el contenido del Acuerdo No. 125 y la autorización incluida en el mismo constituyeron un acto administrativo respecto del cual se puede afirmar –ahora

³⁴ Resolución No. 106 del 26 de febrero de 1999.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

sí- sin lugar a hesitación, que resultó *básico, esencial o fundamental*, para la celebración del Contrato de Concesión No. 01 de 1999.

7.2.3. Efectos de la declaración de nulidad del Acuerdo No. 125 de 1998.

La Sala reitera la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto a los efectos *ex tunc* de la sentencia de nulidad, es decir que se deben reconocer los efectos de la nulidad decretada judicialmente desde el momento en que se expidió el acto anulado y que tratándose del contencioso de nulidad los efectos de la sentencia respectiva tienen carácter *erga omnes*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo³⁵.

En este sentido la Sala acoge la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, recopilada y reiterada en los siguientes apartes de la sentencia de 8 de marzo de 2007 (expediente 15.052), en cuanto a se refiere a los efectos de la nulidad de un acto administrativo en el escenario de una acción contractual:

“Al respecto, el Código Contencioso Administrativo señala en el artículo 175, que “...la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes...”, lo cual significa que produce efecto general contra todos. Si bien los efectos temporales de dicha declaratoria no tienen señalamiento legal³⁶, la jurisprudencia ha entendido que se parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado

³⁵ “La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *“erga omnes”*”:

³⁶ Como sí los señaló la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (artículo 45), para las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

anterior a su vigencia, siempre que no esté consolidada la situación que del mismo se desprende.

Sobre el punto en comento esta Corporación en Sentencia de 19 de abril de 1991, manifestó:

“Respecto a los efectos de las sentencias de nulidad proferidas por la jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido reiterada esta Corporación, en el sentido de que ellas producen efectos ex tunc (“desde entonces”), esto es, desde el momento en que se expidió el acto anulado, sin que afecte ese hecho el que dicha declaratoria tenga como fundamento la atribución constitucional de esta jurisdicción de defensa de la Carta Fundamental en los términos del artículo 216 C. N.

“Como consecuencia de lo anterior, las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de expedición del acto y la sentencia anulatoria son afectadas por la decisión tomada en esta última.

“Se diferencia así de las sentencias de inexecutableidad pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia, las cuales, como lo ha sostenido la misma Corte producen efectos hacia el futuro, esto es, ex nunc (“desde ahora”), desde el momento de su pronunciamiento, asimilándose por tanto a aquellos que produce la derogatoria de una norma.

“En este orden de ideas, es preciso entender que si se expide un acto administrativo de carácter particular con base en un acto de carácter general que se presume válido al momento de la expedición del primero, y el acto que le sirve de fundamento es anulado, y por lo tanto se considera que no ha existido jamás, con mayor razón debe anularse el acto particular, pues el acto que le sirvió de base desapareció del mundo jurídico desde el momento mismo de su creación, y es lógico que el acto particular, al carecer de fundamento, también debe ser eliminado del ámbito jurídico desde el instante mismo de su expedición, es decir, debe ser anulado también, pues solo con dicha medida “se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la derogación, pues estas modalidades de



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente”, tal como lo sostuvo la Corporación en sentencia del 13 de marzo de 1979, con ponencia del Doctor Carlos Galindo Pinilla.”³⁷

De igual forma, en providencia de 6 de mayo de 1999, expresó:

“Respecto de los efectos temporales de la nulidad declarada, para la Sala está suficientemente decantada y consolidada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, la posición conforme a la cual la sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo sea general o particular, tiene efectos hacia atrás, hasta el momento en que el acto anulado nació a la vida jurídica, de allí que se considere como regla general que, en tal caso, las cosas vuelven a su estado inicial, como si el acto no hubiera existido, excepto en relación con las situaciones ya consolidadas, es decir, aquellas particulares cuyos respectivos actos ya no son susceptibles de impugnación jurisdiccional, ora por caducidad de la acción, ora por tratarse de cosa juzgada”.³⁸

En esta oportunidad la Sala reitera los pronunciamientos transcritos, esto es, que la sentencia de nulidad de un acto administrativo tiene efectos retroactivos, es decir, a partir del momento en que se expidió el acto anulado, lo cual responde a la teoría clásica de la nulidad declarada que considera sin validez el acto desde su nacimiento.”³⁹

Vale la pena reiterar que la sentencia mediante el cual se declaró la nulidad del Acuerdo No. 125 de 1998 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, generó efectos *erga omnes* y por lo tanto el mencionado acto administrativo fue

³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de 19 de abril de 1991, Exp. 3151. C. P. Guillermo Chahín Lizcano.

³⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de 6 de mayo de 1999, Exp. 5260, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 8 de marzo de 2007, radicado: 20001-23-31-000-2999-01 (15.052), actor: Carbones de los Andes S.A. “Carboandes” demandado: Empresa Colombiana de Carbón Ltda. “Ecocarbón”, referencia: apelación sentencia asuntos contractuales.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

expulsado del mundo jurídico desde el momento mismo en que se adoptó en ilegal forma, es decir que para este evento los efectos de la nulidad que fue declarada judicialmente se retrotraen a la fecha de expedición del anulado Acuerdo 125 de 1998, lo cual lleva a concluir necesariamente que el Contrato No. 01 de 1999 se vio afectado por la nulidad del mencionado Acuerdo 125, desde el momento mismo de su celebración.

Resulta importante destacar que en este caso particular no puede predicarse la excepción a la regla general de los efectos *ex tunc* de la sentencia de nulidad del acto administrativo, por razón de supuestas situaciones jurídicas ya consolidadas- que de ningún modo se pueden invocar- en la medida en que las consecuencias jurídicas del acto de autorización contenido en el Acuerdo No. 125 de 1998 continuaron surtiendo su efecto como acto previo y aprobatorio del contrato, aun habiéndose tratado de unas facultades *pro tempore*, efecto que tampoco desapareció por la derogatoria del Acuerdo, en tanto que fue al amparo del antedicho Acuerdo que se celebró el Contrato de Concesión No. 01 de 1999 por el término de 20 años, lapso que todavía se encuentra en curso, por manera que el contrato pierde piso jurídico ante la declaratoria de nulidad de la autorización, en la misma forma y con los mismos efectos que el acto – anulado- en que se fundamentó.

Con el propósito de demostrar la improcedencia del argumento acerca de la situación jurídica consolidada, la Sala acude aquí a la técnica de hermenéutica consistente en la *reducción al absurdo* de tal tesis, puesto que de ninguna manera la celebración del contrato por parte del Alcalde Municipal se puede invocar como una situación jurídica que llegue a erradicar la ilegalidad del acto de autorización para contratar, toda vez que ello resultaría a todas luces contrario a derecho, precisamente porque implicaría la consolidación de la ilegalidad y la violación de las disposiciones constitucionales y legales que



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

exigen la autorización para contratar. Por el contrario, la consecuencia legalmente establecida por la causal del numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80, en el caso de la ilegalidad del acto de autorización emanado del Concejo Municipal, no es otra que la nulidad del contrato celebrado con fundamento en un acto administrativo declarado nulo.

Por otra parte, teniendo en cuenta que los otrosíes mediante los cuales se modificaron algunas de las cláusulas del Contrato de Concesión No. 01 son accesorios al contrato principal, la decisión de decretar la nulidad del referido contrato conlleva la declaratoria de nulidad de las modificaciones contractuales las cuales igualmente fueron impugnadas en este proceso, toda vez que los acuerdos modificatorios no pueden subsistir con independencia del contrato que será anulado.

Es preciso observar que el Acuerdo No. 032 de 2000 otorgó una facultad nueva e independiente al Alcalde, en caso que requiriera contratar (nuevamente) la prestación del servicio de alumbrado público, según se lee en el artículo 7º del referido Acuerdo y, por lo tanto, no se puede interpretar el contenido de esa autorización como un acto de ratificación o convalidación de la aprobación anterior. En apoyo de esta apreciación, se observa que los efectos del Acuerdo se dispusieron -así debía ser- *“a partir del periodo siguiente al de su publicación”* (folio 56 cuaderno 5), decisión que guardaba plena conformidad con el requisito del numeral 7 del artículo 25 de la Ley 80, según el cual las aprobaciones y autorizaciones requeridas para el contrato, debe obtenerse en forma previa a la iniciación del proceso de contratación.

El carácter de orden público de las normas que regulan la nulidad absoluta del contrato estatal impide aceptar una interpretación acerca de la ratificación o



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

convalidación de la autorización del Concejo Municipal, como que ello significaría modificar *contra legem* el efecto legal definido frente al contrato en el supuesto de la nulidad del acto de autorización, siendo como se demostró anteriormente un acto previo, de carácter fundamental y esencial para la celebración del contrato estatal.

Para reiterar lo antedicho la Sala invoca los lineamientos de la Corte Constitucional acerca de las normas que regulan la nulidad absoluta del contrato estatal:

“Las nulidades absolutas constituyen vicios e imperfecciones en las que puede incurrir el proceso de formación de los contratos, de tal gravedad, que impiden que éstos se celebren o se continúen ejecutando. Su declaración pretende proteger el interés jurídico que rodea a la materia contractual, dando lugar a normas imperativas o de orden público que no pueden ser desconocidas ni discutidas por las partes. Por ello, las nulidades absolutas pueden ser demandadas por las partes, el ministerio público y cualquier persona. Además, atendiendo a la afectación que producen en el orden jurídico no son susceptibles de reparación, enmienda o saneamiento por las partes; por el contrario, imponen la terminación de forma inmediata del contrato que las contiene.”⁴⁰

No sobra agregar que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, el Alcalde de Pereira expuso al Concejo Municipal las razones por las cuales propuso adoptar el Acuerdo No. 032 de 2000 y derogar el Acuerdo No. 125, habiendo encontrado que las estimaciones del inventario de luminarias contabilizado en la Empresa de Energía de Pereira -que sirvió de base al Acuerdo No. 125 de 1996 y a la contratación de la Concesión No. 01 de 1999- presentaba “*sensibles inconsistencias*”, ante lo cual solicitó una “*minuciosa investigación para establecer las responsabilidades a que haya lugar*” además

⁴⁰ T-1341 de 2001, oportunidad en la cual al Corte Constitucional se pronunció sobre la improcedencia de la tutela como medio para resolver las controversias contractuales acerca de la nulidad y terminación del contrato estatal.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

de que advirtió que tal inventario era un “*factor determinante*” de los costos que se tuvieron en cuenta para fijar la tarifa del impuesto (exposición de motivos, folio 34, cuaderno 3). El Alcalde de Pereira expuso en esa oportunidad que con la expedición del Acuerdo No. 032 se reducirían los costos y por lo tanto la tarifa del impuesto de alumbrado público en un 30.43% con relación a lo que se había aprobado en el Acuerdo No. 125, que –bueno es reiterarlo- fue utilizado como documento base de la Licitación Pública No. 02 de 1999 y del Contrato de Concesión No. 01 de 1999. Por lo tanto, el Acuerdo No. 032 de 2000 introdujo modificaciones de importancia a la “premisas básica” de la cual partió el Acuerdo No. 125, por manera que resulta equivocado pretender que la decisión del Concejo Municipal constituyó un acto de saneamiento de los vicios de en que incurrió la Corporación cuando adoptó el Acuerdo No. 125, ni se puede afirmar que la nueva autorización de esa Corporación solamente tuvo por objeto corregir aspectos formales en relación con la adopción de la autorización conferida al Alcalde Municipal.

Por último, habiendo procedido la declaratoria de nulidad absoluta del acto administrativo de autorización, se impone confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso además de la nulidad del contrato y sus actos modificatorios, la terminación y la consecuente liquidación del contrato, de conformidad con el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

7.3. Restituciones mutuas y cláusula de reversión

Aunque procederá la confirmación de la sentencia de primera instancia mediante la cual se declara la nulidad del Contrato de Concesión No. 01 de 1998 y de sus modificaciones, no se pronuncia la Sala sobre las eventuales restituciones mutuas que en otros casos podrían proceder, teniendo en cuenta que en este evento se aprecia la imposibilidad fáctica que se presenta en



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

contratos de tracto sucesivo, como el que ahora se examina, para ordenar que se devuelvan las cosas al estado anterior a su celebración.

Sin embargo, se advierte que la nulidad absoluta del contrato de ejecución sucesiva no impide el reconocimiento y pago de prestaciones ejecutadas, en el entendido de que, aun declarada la nulidad del Contrato de Concesión No. 01 de 1999, es viable el pago de las prestaciones cumplidas que hubieren servido a la entidad contratante para satisfacer un interés público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 expedida en 1993⁴¹, lo cual se aplica sin duda alguna al presente caso, toda vez que las prestaciones pactadas en el citado contrato lo fueron con el fin de garantizar la prestación efectiva del servicio de alumbrado público en el Municipio.

Por otra parte, la Sala considera pertinente advertir que por disposición legal en este caso debe tener lugar la aplicación la cláusula de reversión, la cual resulta obligatoria por razón de la terminación del contrato de concesión, siguiendo lo dispuesto en el inciso primero del artículo 65 de la ley 143 de 1994⁴².

8. Costas

⁴¹ "Artículo 48.- De los efectos de la nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

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

⁴² ARTÍCULO 65. A la terminación de la concesión deben revertir a la entidad concedente todos los bienes señalados en el contrato para tal fin, mediante el reconocimiento y pago al concesionario del valor de salvamento de las instalaciones para los casos contemplados en los contratos respectivos, determinados por peritos designados, uno por cada una de las partes y un tercero de común acuerdo entre los dos anteriores.



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006).

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

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



Expediente: 33832
Actor: Personero Municipal de
Pereira y Otro
Demandado: Municipio de Pereira y Otro
Referencia: 660012331000200401098 01

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA