



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO  
GAMBOA

Bogotá D.C. quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación: 76001-23-33-000-2013-00169-01 (50.045)**

**Actor: COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DE TULÚA S.A. E.S.P.**

**Demandado: MUNICIPIO DE TULÚA.**

**Proceso: Acción de controversias contractuales**

**Asunto: Recurso de apelación**

Contenido: Descriptor: Se declara de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión con fundamento en la causal del No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Restrictores: Competencia /Caducidad de la acción de controversias contractuales/ El servicio de alumbrado Público/ Régimen legal aplicable a los contratos celebrados para la prestación del servicio de alumbrado público/El principio de selección objetiva del contratista/La nulidad absoluta del contrato estatal por la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para su celebración/ El deber de terminación unilateral cuando se advierten ciertas causales de nulidad absoluta del contrato/La posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión suscrito/Las Restituciones mutuas

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en la audiencia que tuvo lugar el 7 de noviembre de 2013 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

## I.ANTECEDENTES.

### 1. Lo Pretendido.

1.1.- El 14 de febrero de 2013<sup>1</sup> la **Compañía de Electricidad de Tulúa S.A. E.S.P.**, ahora **CETSA S.A. E.S.P.** presentó demanda contra el **Municipio de Tuluá - Valle del Cauca** formulando las siguientes pretensiones:

1.2.-En primer y segundo lugar pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 0811 del 24 de agosto de 2010 y la No. 280-054.0294 del 11 de febrero de 2011, mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la terminación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997 celebrado entre éstas y se confirmó dicha decisión.

---

<sup>1</sup> Folios 3 a 106 del C. No. 1.

1.3.- En tercer y cuarto lugar pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 280-054.1642 del 20 de diciembre de 2011 y la No. 280-054-0556 del 22 de mayo de 2012 mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la liquidación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997 y se confirmó dicha decisión.

1.4.- En quinto lugar, solicitó que se le ordenara al demandado continuar con la ejecución y cumplimiento de las obligaciones objeto del contrato de concesión No. 002 de 1997 hasta el vencimiento del plazo inicialmente convenido.

1.5.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó que se condenara al demandado al reconocimiento y pago de la sumas equivalentes a \$98'200.221, a título de daño emergente por los valores que tuvo que cancelar para contratar la prestación de servicios de abogados y de expertos de análisis independiente como consecuencia de la expedición de las referidas Resoluciones y de \$17'562.520,016, a título de lucro cesante por los beneficios o utilidades que dejó de percibir por la no ejecución del contrato.

1.6.- Subsidiariamente a la pretensión quinta, pidió que se condenara al demandado al reconocimiento y pago de la totalidad de las sumas solicitadas por concepto de los perjuicios que le fueron causados por la no ejecución del contrato.

1.7.- Estima la cuantía total del proceso en la suma total equivalente \$17'562.520.016.

## **2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.**

2.1.- Mediante el Acuerdo No. 03 del 16 de enero de 1997 el Concejo Municipal de Tuluá Autorizó al Alcalde para contratar, por el sistema de concesión el suministro, instalación, mantenimiento, expansión y administración de la infraestructura para la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Tuluá.

2.2.- Dicho acuerdo fue modificado por el No. 08 de febrero de 1997, mediante el cual el Consejo Municipal autorizó al Alcalde para contratar la prestación del servicio de alumbrado público ***“por el sistema de concesión, o mediante cualquier otro contrato o convenio de los autorizados por las leyes 142 y 143 de 1994”***.

2.3.- El 10 de abril de 1997 se celebró entre la demandante y el Alcalde Municipal de Tuluá el contrato de concesión No. 002 de 1997, el cual tuvo por objeto el suministro, instalación, mantenimiento, expansión y administración de la infraestructura y todos los elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público en Tuluá; así como también la liquidación, facturación y cobro de las tarifas por la prestación de dicho servicio.

2.4.- A través de las Cláusulas Quinta, Sexta y décima del contrato y según el artículo 2º del Acuerdo No. 08 de febrero de 1997, las partes fijaron las tarifas a cobrar por la prestación del servicio de alumbrado público, su facturación y la remuneración del contrato.

2.5.- Como plazo de ejecución del contrato se fijó el término de treinta (30) años contados a partir del 1º de mayo de 1997.

2.6.- El 28 de junio de 2010 mediante el Oficio No. 200-033076-447 el Municipio de Tuluá le informó a la contratista que iniciaría una actuación administrativa con el objeto de ordenar la terminación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997 por haberse configurado la causal de nulidad absoluta prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 al no adelantarse el procedimiento de selección previsto en la Ley para su celebración.

2.7.- El 6 de julio de 2010 se llevó a cabo la primera audiencia en la que la accionante alegó la falta de competencia del Alcalde Municipal de Tuluá para ordenar la terminación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997, la que reiteró a través de la comunicación del 12 de julio de 2010.

2.8.- Mediante la Resolución No. 0811 del 24 de agosto de 2010 el Alcalde Municipal de Tuluá ordenó la terminación unilateral del contrato de concesión para prestación del servicio de alumbrado público No. 002 de 1997, argumentando que sobre éste se había configurado la causal de nulidad absoluta del No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 al no haberse adelantado el procedimiento de selección previsto en la ley para su celebración.

2.9.- Contra dicha Resolución la demandante interpuso el recurso de reposición alegando la falta de competencia de Alcalde Municipal de Tunja para ordenar la terminación unilateral del contrato No. 002 de 1997; la caducidad de la acción de controversias contractuales; la prescripción extraordinaria de la causal de nulidad absoluta y la vulneración de los principios de buena fe, confianza legítima y el de "*venire contra factum proprium non valet*"

2.10.-Dicho recurso fue resuelto mediante la Resolución No. 280-054-0294 del 11 de febrero de 2011 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

2.11.- A través de la Resolución No. 280-054-1642 del 20 de diciembre de 2011 el Alcalde Municipal de Tunja ordenó la liquidación unilateral del contrato No. 002 de 1997, decisión ésta contra la cual se instauró el recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 280-054-0556 del 22 de mayo de 2012 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

### **3. Cargos de nulidad.**

3.1.- Alega que con los actos administrativos se vulneraron los artículos 2º,6º, 13 y 90 de la Constitución Política; 1º,2º,87; 136 No. 10 del Código Contencioso Administrativo; 4º,5º,7º,44,45, entre otros, de la Ley 80 de 1993; 16 de la Ley 446 de 1998; las leyes 142 y 143 de 1994 y en general las disposiciones contenidas en los Decretos 28 y 29 de 1995; 1342 y 3087 de 1997; la Resolución No. 043 del 23 de octubre de 1995 de la CREG; y los Acuerdos Municipales Nos. 03 del 16 de enero de 1997 y el No. 08 del 10 de febrero de 1997.

3.2.- El contrato se sujetaba a lo dispuesto en Ley 143 de 1994, por lo que teniendo en cuenta que dicha Ley mediante su artículo 80 autorizó a las empresas de servicios públicos que se encontraran prestando el servicio de electricidad lo siguieran haciendo en los mismos términos y condiciones de los contratos previamente celebrados antes de la fecha de su entrada en vigencia, sin necesidad de que se tuviera que adelantar un nuevo procedimiento de selección, no se encontraba viciado de nulidad absoluta por omitir ese procedimiento.

3.3.- Afirma que no era necesario que se celebrara un nuevo contrato para la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Tuluá, sino que bastaba que se celebrara un único contrato *“para acomodar las relaciones preexistentes”* entre la accionante que ya estaba prestando ese servicio y el demandado.

3.4.- Si bien posteriormente a la celebración del contrato de concesión No. 002 de 1997 se expidieron otras regulaciones tales como el Decreto Reglamentario No. 2424 del 18 de julio de 2006, las disposiciones allí contenidas no deben aplicarse de forma retroactiva.

3.5.- Para ordenar la terminación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997 el demandado se fundó en un concepto emitido el 28 de noviembre de 2008 por la Auditoría Gubernamental, el cual no era de carácter vinculante y no se encontraba avalado por la Contraloría General de la Nación.

3.6.- Las Resoluciones impugnadas fueron expedidas con falsa motivación y desviación de poder, pues el Alcalde Municipal de Tuluá adoptó decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato de concesión No. 002 de 1997 con fundamento en la configuración de la causal del No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, cuando conforme a la jurisprudencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, pretermitir el procedimiento de selección previsto en la Ley para la celebración de los contratos configura la prevista en el No. 3º de esa norma, teniendo en cuenta que el numeral 8º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 no contiene una prohibición expresa.

3.7.- También fueron expedidas con falta de competencia, pues si al pretermitir el procedimiento de selección para la celebración de los contratos se configura la causal de nulidad absoluta del

No. 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, el Alcalde Municipal no tenía la competencia para ordenar la terminación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997 mediante acto administrativo, pues en los términos del artículo 45 de la Ley 80 dicha facultad sólo puede ejercerse ante la configuración de las causales de nulidad de los Nos. 1º, 2º y 4 del referido artículo 44.

3.8.- Manifiesta que teniendo en cuenta que en el presente asunto el contrato de concesión se celebró en 1997, que la administración sólo tenía 2 años contados a partir de su perfeccionamiento para demandar su nulidad y que la demanda se presentó en el año 2007, para esa fecha ya había operado la caducidad de la acción según el artículo 87 y el No. 10 del 136 del Código Contencioso Administrativo y no resultaba aplicable la Ley 1437 de 2011 que establece que se puede demandar la nulidad del contrato mientras éste se encuentre vigente.

3.9.- Agrega que una vez ha operado la caducidad de la acción interpuesta no se puede mantener la potestad de la administración para dar por terminado unilateralmente el contrato de forma indefinida.

3.10.- Por otro tanto, señala que la nulidad absoluta del contrato quedó saneada por prescripción extraordinaria, por haber transcurrido más de 10 años después de haberse perfeccionado.

3.11.- La decisión de dar por terminado unilateralmente el contrato vulnera los principios de buena fe y confianza legítima y aquellos que rigen la prestación del servicio público y el ejercicio de la función administrativa.

3.12.- Con argumentos similares a los ya expuestos, consideró que también debía declararse la nulidad de las Resoluciones mediante las cuales se ordenó a liquidación unilateral del contrato y se confirmó dicha decisión, por ser expedidas con ocasión de unos actos emitidos de forma ilegalmente.

#### **4. El trámite procesal.**

4.1.- Admitida que fue la demanda<sup>2</sup> y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el demandado Municipio de Tuluá le dio respuesta<sup>3</sup> oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo como excepciones las que denominó “*carencia de derecho sustancial*”, “*inexistencia de vicios o causales legales que invaliden la Resolución No. 0811 de 2010*” y “*la inominada*”.

---

<sup>2</sup> Folios 539 y 540 del C. No. 1.

<sup>3</sup> Folios 554 a 589 del C. No. 1.

4.2.- Por medio de escrito del 10 de julio de 2013<sup>4</sup> el apoderado de la parte demandante se pronunció sobre las excepciones propuestas, señalando que éstas resultaban improcedentes al encontrarse relacionadas con el asunto de fondo del litigio y reiteró algunos de los argumentos expuestos en la demanda.

4.3.- Fijada la fecha para llevar a cabo la audiencia inicial<sup>5</sup>, ésta tuvo lugar el 21 de agosto de 2013<sup>6</sup>, en el curso de la cual se fijó el litigio, se señalaron los hechos sobre los cuales las partes mostraron su acuerdo; se declaró fracasada la etapa conciliatoria; se decretaron las pruebas y se fijó como fecha para llevar a cabo su práctica el 9 de septiembre de 2013.

4.4.- Aplazada la fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas, esta tuvo lugar el 12 de septiembre de 2013<sup>7</sup>, en el curso de la cual se presentaron las pruebas cuya práctica se decretó en el curso de la audiencia inicial, se recibió el testimonio del señor Joaquín Eduardo Pérez Bedoya; se limitó la recepción de los demás testimonios y se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos y juzgamiento el 24 de octubre de 2013.

4.5.- Aplazada la fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas<sup>8</sup> el 31 de octubre de 2013, esta finalmente tuvo lugar el 7 de noviembre de 2013<sup>9</sup> en el curso de la cual tanto las partes como el Ministerio Público presentaron sus alegatos finales en los siguientes términos:

#### **4.6- Alegatos finales:**

#### **4.7.- Parte demandante:**

4.7.1.- Reitera la falta de competencia del demandado para ordenar la terminación unilateral y posterior liquidación del contrato de concesión No. 002 de 1997, con lo que también había incurrido en un incumplimiento de esa convención.

4.7.2.- El contrato era plenamente válido, pues para su celebración se aplicaron las disposiciones aplicables, que facultaban a la administración para que la firma que venía prestando el servicio de alumbrado público en el Municipio de Tuluá, continuara prestándolo en iguales condiciones sin necesidad de dar apertura a un nuevo procedimiento de selección.

4.7.3.-En el caso hipotético en el que no se hubiera celebrado el contrato cumpliendo las formalidades legales, la pretermisión en el proceso de selección para celebrarlo configura la causal de nulidad absoluta del contrato del No. 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en

---

<sup>4</sup> Folios 592 a 595 del C. No. 1.

<sup>5</sup> Folio 597 del C. No. 1.

<sup>6</sup> Folios 604 a 611 del C. No. 1.

<sup>7</sup> Folios 642 a 644 del C. No. 1.

<sup>8</sup> Folio 692 del C. No. 1.

<sup>9</sup> Folios 707 a 710 del C. No. 1.

concordancia con lo dispuesto en el No. 8º del artículo 24 de ese mismo Estatuto, causal con fundamento en la cual el demandado no podía proceder a ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo.

#### **4.8.- Parte demandada:**

4.8.1.-Teniendo en cuenta que el contrato se encontraba viciado de nulidad por haberse pretermitido el procedimiento legal para la entrega de la concesión, el demandado procedió a ordenar su terminación unilateral conforme a lo dispuesto en el No. 8º del artículo 24 y el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

4.8.2.-Contrario a lo que afirma la accionante, el régimen legal aplicable al contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público no es el contenido en la Ley 143 de 1994, sino el previsto en la Ley 80 de 1993, razón por la cual para su celebración debía adelantarse el procedimiento de licitación pública y no una contratación directa.

4.8.3.-Concluye señalando que en el presente asunto sí se configura la causal de nulidad absoluta del contrato del 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal y no la del No. 3º como equivocadamente afirma la accionante.

#### **4.9.- Ministerio Público:**

4.9.1.- No se pueden pretermitir los procedimientos de selección previstos en la Ley 80 de 1993, razón por la cual el contrato celebrado es nulo por haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal (No. 2º del artículo 44), contemplada en el numeral 8º del artículo 24, por lo que el demandado sí tenía la competencia para ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo en los términos del inciso 2º del artículo 45.

## **II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.**

5.- En la audiencia de juzgamiento que tuvo lugar el 7 de noviembre de 2013 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

5.1.- Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

5.2.- Luego de hacer referencia a la Resolución No. 043 de 1995 de la CREG que define el servicio de alumbrado público y al No. 14.25 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 que define el servicio público domiciliario de energía eléctrica, señala que teniendo en cuenta que los contratos celebrados para la prestación del servicio de alumbrado público tienen por objeto la iluminación de espacios públicos que no se encuentren a cargo de otra persona natural o jurídica diferente al Municipio donde se presta y los contratos celebrados para la prestación del servicio de energía eléctrica tienen por objeto el transporte de energía eléctrica al domicilio de los usuarios a través de las redes regionales de transmisión, el régimen aplicable a aquellos no era el previsto en la referida Ley 142 de 1994.

5.3.- Cita doctrina relativa a los contratos de prestación del servicio de alumbrado público para luego señalar que el régimen aplicable a éstos era el previsto en la Ley 143 de 1994; y que en lo no regulado por ella era aplicable la ley 80 de 1993, razón por la cual si bien mediante el artículo 57 de aquella ley se le otorgaba la competencia al Municipio de Tuluá para contratar la prestación, suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público mediante el sistema de concesión (artículos 55 a 65), para seleccionar al concesionario debía sujetarse a los procedimientos de selección fijados en la ley 80 de 1993.

5.4.-Trae a cuento una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 28 de junio de 2012 bajo el radicado No. 23.361 y otra proferida por la Corte Constitucional, T-1341 del 11 de diciembre de 2001, para luego concluir que conforme al inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la administración tenía la competencia para ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo únicamente ante la configuración de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º ,2º y 4º del artículo 44 de esa misma ley.

5.5.-Hace referencia a algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación relativas a la causal de nulidad absoluta del contrato del numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, para luego concluir que el Municipio de Tuluá al pretermitir el procedimiento de selección de la licitación pública para entregar la concesión para la prestación del servicio público de alumbrado público en dicho Municipio incurrió en la prohibición contenida en el No. 8º del artículo 24 de ese mismo Estatuto, configurándose de ésta forma dicha causal de nulidad.

5.6.- En lo relativo a las restituciones mutuas consideró que teniendo en cuenta que en vigencia del contrato la sociedad accionante había prestado el servicio de alumbrado público en el Municipio de Tuluá y recibió a cambio unas erogaciones, resultaba materialmente imposible exigirle al contratante restituir las cantidades del servicio prestado, las revisiones y reparaciones efectuadas a los dispositivos y las redes involucradas en éstos, las nuevas redes y transformadores instalados y restituir los valores recibidos mediante las tarifas.

5.7.- Concluye señalando que la Administración tenía la competencia para ordenar la terminación unilateral del contrato por haberse celebrado sin adelantar los procedimientos de selección objetiva previstos en la Ley 80 de 1993, configurándose así la causal del No. 2º del artículo 44 de dicha Ley, Estatuto aplicable ante el vacío normativo de la Ley 143 de 1994 y que teniendo en cuenta que el contrato celebrado era un contrato de tracto sucesivo y resultaba imposible deshacer lo entregado y recibido por las partes en su ejecución, resultaban improcedentes las restituciones mutuas.

#### **6.1.- Salvamento de voto.**

6.2.- Frente a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala el Magistrado Oscar Alonso Valero Nisimblat salvó su voto con fundamento en las siguientes razones:

6.3.- Dice que para la fecha en la que se celebró el contrato, esto es, 1997, la prestación del servicio de alumbrado público era considerado como una modalidad de servicio de energía eléctrica, regulado entonces por la Ley 143 de 1994 que mediante su artículo 80 permitía que las empresas que estuvieran prestando, pudieran continuar prestándolo en las mismas condiciones en las que lo hacían para la fecha de entrada en vigencia de esa ley, razón por la cual la accionante podía continuar prestando el servicio de alumbrado público en el Municipio de Tuluá, sin necesidad de que tuviera que dar apertura a una licitación pública.

6.4.-El motivo esgrimido en las Resoluciones impugnadas para ordenar la terminación unilateral del contrato de concesión resultan contrarias a la normatividad vigente para la fecha de su celebración.

6.5.- Para la fecha en la que se expidió la Resolución No. 0811 del 24 de agosto de 2010 ya había operado el fenómeno de caducidad para declarar la nulidad del contrato por haber transcurrido más de 5 años después de su perfeccionamiento en los términos del No. 10, literal e) del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, luego sí había caducado la acción para demandar la nulidad absoluta del contrato no podía tampoco preservarse la competencia de la administración para ordenar su terminación unilateral.

6.6.-Si la administración tuviera una competencia indefinida para ordenar la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta, sería irrazonable y desbordaría el ejercicio de las potestades exorbitantes.

6.7.- En los términos del artículo 1742 del Código Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la nulidad absoluta del contrato se encuentra saneada por prescripción.

6.8.- Considera que en el presente asunto no se configura una causal de nulidad del contrato de concesión celebrado, pero que de haberse configurado sería la prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y no la del No. 3º, teniendo en cuenta que el No. 8º del artículo 24 de dicho Estatuto establece una prohibición expresa de no celebrar contratos sin adelantar el procedimiento previsto en la ley.

6.9.-Concluye señalando que resulta innecesario pronunciarse sobre las restituciones mutuas, pues mediante los actos administrativos impugnados se ordenó la terminación unilateral del contrato, figura que si bien guardaba similitud con la figura de la nulidad absoluta, guardaban diferencias en cuanto a los efectos de su declaratoria.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN.**

7.- Contra lo así resuelto se alzó la parte demandante, la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P. al considerar que el Tribunal había incurrido en equivocación al interpretar el contenido y alcance de la causal de nulidad absoluta del contrato del No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, desconociendo la jurisprudencia proferida al respecto por ésta Corporación e incurriendo en un defecto sustantivo.

7.1.- Manifiesta que desde un principio advirtió la falta de claridad sobre la normatividad aplicable al contrato de concesión para la fecha de su celebración.

7.2.- Reitera que según la jurisprudencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación, el Numeral 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 no contiene una prohibición expresa o concreta que dé lugar a la configuración de la causal de nulidad absoluta del contrato del No. 2º del artículo 44 de dicho Estatuto, sino que ante la pretermisión del proceso de selección para celebrar el contrato se configura la causal del No. 3º de dicha norma, razón por la cual el demandado no tenía la competencia para ordenar la terminación unilateral del contrato, sino que debía demandar su nulidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual ya no era posible.

7.3.- Incurrió en equivocación el Tribunal al pronunciarse sobre las restituciones mutuas, pues éstas sólo resultan procedentes ante la declaratoria judicial de nulidad absoluta del contrato y lo pretendido en el presente asunto es la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la terminación unilateral del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público celebrado entre las partes y su posterior liquidación, tal como lo manifestó el Magistrado Oscar Alonso en su salvamento de voto.

7.4.- Reitera que las Resoluciones impugnadas se encuentran viciadas de nulidad por falsa motivación, pues para adoptar su decisión el demandado se fundamentó en jurisprudencia aplicable a los contratos celebrados en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 y en la causal del No. 2 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, cuando en realidad se configuraba la del numeral 3º de esa misma norma.

7.5.- También fueron expedidas con falta de competencia, pues si el pretermitir el procedimiento de selección para celebrar el contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público se configuraba la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el No. 3º de la Ley 80 de 1993, el demandado no tenía la competencia para ordenar la terminación unilateral del contrato en los términos del inciso 2º del artículo 45 de dicho Estatuto.

7.6.- Operó la caducidad de la acción y la nulidad absoluta del contrato se saneo por prescripción extraordinaria.

7.7.- Considera injusto que la contratista deba asumir los perjuicios por el error en el que incurrió la contratante al no adelantar el procedimiento de selección previsto en la Ley para celebrar el contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público y que las acciones disciplinarias en contra de los funcionarios que adelantaron el proceso de contratación se encuentren prescritas.

7.8.- La Entidad contratante tiene a su cargo la obligación de reconocer y pagar la totalidad de los perjuicios que le causó a la accionante con la decisión de terminar unilateralmente el contrato de concesión luego de casi 13 años después de que éste se hubiera ejecutado en condiciones normales.

7.9.- Teniendo en cuenta que ante la pretermisión del procedimiento de selección previsto en la ley para celebrar los contratos se configura la causal del No. 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 el demandado no podía ordenar la terminación unilateral del contrato, razón por la cual los actos administrativos expedidos en ese sentido eran ilegales por falsa motivación, vicio que se extendía a los demás actos administrativos que lo liquidaron unilateralmente.

7.10.- Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y que en su lugar se acojan las súplicas de la demanda.

#### **IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

8.- Luego de admitirse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 20 de marzo de 2014<sup>10</sup>, de haberse dado traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión<sup>11</sup> el señor agente del Ministerio Público en su concepto<sup>12</sup> opina que existe una nulidad absoluta por falta de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que al ser de carácter insaneable faculta al juez para declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado y que en caso de no ser considerado así, las súplicas de la demanda deben desestimarse.

8.1.- Al respecto expuso los siguientes argumentos:

8.2.- Inicia su argumentación la vista fiscal por precisar que la aplicación del principio de la no "*reformatio in pejus*" no era absoluta en aquellos eventos en los que se advierte la existencia de causales de nulidad absoluta, pues en virtud del principio de legalidad se habilita al funcionario superior para que ejerza sus competencias sin ninguna limitación.

8.3.- Dice que según los artículos 140 Nos. 1º y 2º y el último inciso del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, aplicables al presente asunto por remisión expresa del artículo 208 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la falta de jurisdicción o competencia funcional es una nulidad de carácter insaneable.

8.4.- Afirma que si bien bajo la anterior línea jurisprudencial los jueces arbitrales no tenían la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual, dicha postura se modificó a través de una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 10 de junio de 2009, bajo el radicado No. 36.252, en la que se señaló que los árbitros sí tenían competencia para pronunciarse "*sobre la validez*" de dichos actos, salvo los que la administración hubiera expedido en ejercicio de alguna de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

8.5.-Cita jurisprudencia relativa a las figuras de terminación del contrato y la de terminación unilateral como potestad excepcional de la administración, para luego señalar que teniendo en cuenta que los actos administrativos impugnados no habían sido expedidos en ejercicio de alguna de las potestades excepcionales previstas en el referido artículo 14, conforme a la cláusula compromisoria convenida por las partes la justicia arbitral era la competente para pronunciarse sobre su validez.

8.6.- En el evento en el cual no se declare de oficio la nulidad absoluta por falta de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo las súplicas de la demanda deben ser

---

<sup>10</sup> Folios 788 a 795 del C. Principal.

<sup>11</sup> Folio 797 del C. Principal.

<sup>12</sup> Folios 866 a 893 del C. Principal.

denegadas, pues las causales de nulidad alegadas, esto es, la falta de competencia y falsa motivación carecían de fundamento.

8.7.- Trae a cuento la Sentencia T- 1341 del 11 de diciembre de 2001 y otra proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 2 de mayo de 2007 bajo el radicado No. 15.599, para luego señalar que en el presente asunto el Municipio de Tuluá sí tenía competencia para ordenar la terminación unilateral del contrato por haber incurrido en una expresa prohibición constitucional o legal al pretermitir el procedimiento de selección previsto en la Ley para celebrar el contrato.

8.8.- El Municipio tampoco incurrió en falsa motivación al ordenar la terminación unilateral del contrato y su posterior liquidación, pues fundó su decisión en una vulneración directa de la Ley (el No. 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993); para celebrar el contrato debía adelantar el procedimiento de licitación pública y no lo hizo; y dicha omisión como causal de nulidad absoluta del contrato ya había sido alertada por la Contraloría General de la República.

8.9.- Concluye señalando que las pretensiones de la demanda debían ser denegadas teniendo en cuenta que los actos administrativos impugnados no se encontraban viciados de nulidad por los cargos alegados, siendo entonces procedente condenar en costas a la parte actora.

## **9. Actuaciones relevantes en segunda instancia.**

9.1. Por medio de escrito presentado el 14 de diciembre de 2015 el Consejero Guillermo Sánchez Luque presentó su impedimento para conocer del presente asunto con fundamento en el numeral 9º del artículo 141 del Código General del proceso, afirmando la existencia de una amistad íntima con el apoderado de la parte demandante, el Doctor Ramiro Saavedra Becerra<sup>13</sup>.

9.2. A través del auto proferido el 1º de febrero de 2016 ésta Corporación resolvió la solicitud de nulidad procesal por falta de competencia funcional elevada por el Procurador Primero Delegado ante ésta Corporación a través del concepto No. 122/2014 del 16 de junio de 2014, en el sentido de rechazarla<sup>14</sup>.

9.3.- Contra dicha providencia se instauró el recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio del auto del 11 de abril de 2016 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Fol. 965 del Cdo. Principal.

<sup>14</sup> Fols. 969 a 972 del Cuaderno. Principal.

<sup>15</sup> Fols. 1032 a 1036 del Cuaderno. Principal.

9.4.- En la audiencia de sorteo de conjuces que se llevó a cabo el 25 de julio de 2016, se designó conjuez dentro del presente asunto a la Doctora Aida Patricia Hernández Silva<sup>16</sup>.

9.5.- Mediante auto del 4 de agosto de 2016 se aceptó el impedimento manifestado por el Consejero Guillermo Sánchez Luque a través del escrito presentado el 14 de diciembre de 2015<sup>17</sup>.

## VII. CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Competencia; **2)** Caducidad de la acción de controversias contractuales; **3)** El servicio de alumbrado Público; **4)** Régimen legal aplicable a los contratos celebrados para la prestación del servicio de alumbrado público; **5)** El principio de selección objetiva del contratista; **6)** La nulidad absoluta del contrato estatal por la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para su celebración; **7)** El deber de terminación unilateral cuando se advierten ciertas causales de nulidad absoluta del contrato; **8)** La posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión suscrito; **9)** Las Restituciones mutuas; **10)** La solución del caso concreto; **11)** De la declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados; **12)** de la Posibilidad de declarar de oficio el contrato de concesión suscrito; **13)** La condena en costas.

### 1. Competencia.

1.1.- Manifiesta el Ministerio Público que en el presente asunto se configura una nulidad de carácter insaneable por falta de competencia de ésta jurisdicción conforme a lo dispuesto en los artículos 140 Nos. 1º y 2º y 144 del Código de Procedimiento Civil y a la cláusula décimo sexta del contrato de concesión No. 002 de 1997 a través de la cual las partes convinieron que cualquier controversia que se presentara con ocasión de la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del mismo sería resuelta por un Tribunal de arbitramento.

1.2.- Al respecto se reitera lo que ya en anteriores oportunidades había señalado ésta Subsección en lo relativo a la competencia de los jueces arbitrales para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos:

*“Ya en anteriores oportunidades se ha señalado que los particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia carecen de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las denominadas potestades*

---

<sup>16</sup> Fol. 1043 del Cuaderno. Principal.

<sup>17</sup> Fols. 1046 a 1047 del Cuaderno. Principal.

excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, la de interpretación unilateral; la de modificación unilateral; la de terminación unilateral; la de sometimiento a las leyes nacionales; la de caducidad administrativa; y la de reversión.

Así lo precisó no sólo la Corte Constitucional en sentencia C- 1436 de 2000<sup>18</sup> sino también la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de Sala Plena del 18 de abril de 2013, expediente: 17859, en la que expuso lo siguiente:

*“(…) la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 10 de junio de 2009<sup>19</sup>, se pronunció sobre el alcance de la sentencia C-1436 de 2000<sup>20</sup>, mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, “en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna”<sup>21</sup>.*

Así las cosas, para la Sala es claro que la competencia de los jueces arbitrales no solamente se encuentra limitada en un aspecto temporal, sino también en un aspecto material teniendo en cuenta el tipo de asuntos que pueden ser sometidos a su conocimiento, estudio y decisión.

No obstante lo anterior y tal como ahora expresamente lo establece el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012<sup>22</sup>, los jueces arbitrales sí ostentan la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de las referidas potestades excepcionales al derecho común.

Por otro tanto y con fundamento en el principio de legalidad al que se sujeta el arbitraje, los árbitros también ostentan la competencia para pronunciarse sobre la validez de los contratos estatales como si fuesen verdaderos jueces ordinarios<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup>“(…) cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado (original del fallo que se cita).

<sup>19</sup> Expediente 36252 (original del fallo que se cita).

<sup>20</sup> M.P. Alfredo Beltrán Sierra (original del fallo que se cita).

<sup>21</sup> Este planteamiento ha sido reiterado en decisiones anteriores de esta Corporación como por ejemplo en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 10 de junio de 2009, expediente 36.252 y más recientemente en sentencia de la Subsección B 8 de noviembre de 2012, expediente 36709 (original del fallo que se cita).

<sup>22</sup> “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones” (original del fallo que se cita).

<sup>23</sup> En este sentido, ver, entre otras: sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 4 de abril de 2002, expediente: 20356, Auto de 14 de agosto de 2003, expediente: 24344; Sentencia de 25 de

*De ésta forma, en ejercicio del principio de habilitación las partes a través de la cláusula arbitral tienen la potestad de habilitar a los árbitros para que éstos se pronuncien sobre la existencia y validez del contrato celebrado, de forma tal que cuando éstas convienen que todas las diferencias surgidas con ocasión del mismo serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, por virtud de la ley dicha competencia se extiende a las eventuales nulidades del negocio jurídico<sup>24</sup>.*

*Así las cosas, los tribunales de arbitramento tienen competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato, no sólo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demandado, sino también de manera oficiosa, conclusión a la que se llega con fundamento en las normas constitucionales y legales que invisten a los árbitros de la facultad de administrar justicia como verdaderos jueces para el caso concreto con los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces ordinarios<sup>25, 26</sup>.*

1.3.- Conforme a lo expuesto, para la Sala es claro que si bien los Tribunales de Arbitramento tienen la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no son competentes para pronunciarse sobre su validez.

1.4.- Ahora bien, afirma el Ministerio Público que los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la Terminación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997 por haberse configurado la causal de nulidad prevista en el No. 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993 no fueron expedidos en ejercicio de una potestad excepcional, por lo que el Tribunal de arbitramento sí ostentaba la competencia para pronunciarse sobre su validez.

1.5.- Al respecto considera la Sala que, si bien le asiste la razón a la vista fiscal cuando afirma que los actos administrativos impugnados no fueron expedidos en ejercicio de alguna de las potestades excepcionales previstas en los artículos 14, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993, es claro que el presente asunto litigioso se contrae en determinar si la administración desplegó un ejercicio adecuado o no de uno de los deberes a su cargo, que es ordenar la terminación unilateral de un contrato de concesión por haberse pretermitido el procedimiento de selección previsto en la Ley para su celebración, asunto éste que por regla general es de competencia de ésta Jurisdicción y no de la jurisdicción arbitral.

1.6.- Así las cosas, concluye la Sala que si bien las partes convinieron una cláusula compromisoria a través de la cual convinieron que cualquier controversia que se presentara con

---

noviembre de 2004, expediente 25560, Sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente 31354 (original del fallo que se cita).

<sup>24</sup> Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de agosto de 2006, expediente: 31354. “De acuerdo con estas normas, el juez arbitral en materia de estudio sobre la validez del contrato no está limitado a que el punto le haya sido asignado expresamente o propuesto en las pretensiones o en las excepciones formuladas por las partes, dado que el ordenamiento jurídico le otorga los poderes oficiosos necesarios para el efecto, como son los establecidos en los artículos 305 y 306 del C. P. Civil, el inciso 3º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998); el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2 de la Ley 50 de 1936” (original del fallo que se cita).

<sup>25</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995. “Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez...”.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Laudo arbitral proferido del 31 de octubre de 2016, Expediente: 57.422, Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. Contra Distrito Capital y UESP.

ocasión de la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del mismo sería resuelta por un Tribunal de arbitramento, el asunto litigioso en el presente asunto se escapa del objeto de dicha cláusula, porque, se reitera, la cuestión finalmente gira en éste caso, en torno al debido ejercicio de un deber legal, siendo entonces competente ésta jurisdicción para asumir su conocimiento.

1.7.- Pero además, para la fecha en la que se presentó la demanda, esto es, 14 de febrero de 2013, ya había entrado en vigencia la Ley 1563 de 2012, por lo que en virtud de lo dispuesto en su artículo 21, se entiende que las partes renunciaron a la cláusula compromisoria convenida en el contrato de concesión No. 002 de 1997.

## **2. Caducidad de la acción de controversias contractuales.**

2.1.- La parte demandante aduce que ha operado la caducidad de la acción puesto que el contrato de concesión No. 002 que dio lugar al presente litigio se perfeccionó en el año 1997, de forma tal que ya había transcurrido el término de 2 años previsto en la norma para que el Municipio de Tuluá pudiera demandar ante ésta jurisdicción la nulidad absoluta del contrato.

2.2.- Para desechar tan frágil argumentación es suficiente recordar que lo que aquí se pretende es la nulidad de las Resoluciones Nos. 0811 del 24 de agosto de 2010 y la No. 280-054.0294 del 11 de febrero de 2011, mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la terminación del contrato de concesión No. 002 de 1997 celebrado entre éstas y se confirmó dicha decisión y las Nos. 2280-054.1642 del 20 de diciembre de 2011 y la No. 280-054-0556 del 22 de mayo de 2012 mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la liquidación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997 celebrado entre éstas y se confirmó dicha decisión, más no la nulidad del contrato.

2.3.- Además el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 dispone que *“los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles... del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”*, entiéndase ahora CPACA.

## **3. El servicio de alumbrado público.**

3.1.- Si bien en un principio el alumbrado público no se encontraba definido legalmente como un servicio de dicha naturaleza, la Ley 97 del 24 de noviembre de 1913<sup>27</sup> a través de su artículo 1<sup>028</sup> literal d. y para propender por la adecuada atención de los servicios públicos municipales,

---

<sup>27</sup> *“Que da autorizaciones especiales a ciertos Consejos Municipales”*

<sup>28</sup> *“Artículo 1º.- El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental:*

le otorgó autorización al Consejo Municipal de Bogotá para crear el impuesto sobre el servicio de alumbrado público, organizar su cobro y darle la destinación que más juzgara conveniente.

3.2.- Posteriormente la Ley 84 de 1915<sup>29</sup> a través de su artículo 1<sup>o</sup><sup>30</sup>, extendió dicha autorización a todos los concejos municipales.

3.3.- Así las cosas, se entiende que fue dicha Ley (97 del 24 de noviembre de 1913) la que en un principio y de forma indirecta<sup>31</sup>, definió el alumbrado público como un servicio público, entendiéndose por tal toda actividad destinada 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”*<sup>32</sup> o *“toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”*<sup>33</sup>.

3.4.- Ahora, con independencia de que en un principio el alumbrado público no haya sido definido como servicio público, se encuadra dentro de las actividades consideradas a nivel legal como servicio público.

3.4.- Posteriormente, la Resolución No. 043 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, definió el alumbrado público como una actividad 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”*<sup>34</sup>.

3.5.- Por su parte el Decreto No. 2424 de 2006<sup>35</sup> definió el alumbrado Público como *“El servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la*

---

(...)

*d. Impuesto sobre el servicio de alumbrado público”.*

<sup>29</sup> *“Por la cual se reforman y adicionan las leyes 4 y 97 de 1913”.*

<sup>30</sup> **“ARTÍCULO 1.** *Los Concejos Municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4 de 1913.*

*a). Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1 de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las Asambleas Departamentales los hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas atribuciones.*

(...)”

<sup>31</sup> Gutiérrez Castro Armando en “El Alumbrado Público en Colombia, Marco Institucional y Régimen Jurídico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011, Págs 79 a 81.

<sup>32</sup> Artículo 2º numeral 3º de la Ley 80 de 1993.

<sup>33</sup> Artículo 1º Decreto 753 de 1956 *“Por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo de trabajo”.*

<sup>34</sup> Gutiérrez Castro Armando en “El Alumbrado Público en Colombia, Marco Institucional y Régimen Jurídico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011, Pág. 82.

<sup>35</sup> *“Por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público”*

*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”.*

3.6.- Con otras palabras, el alumbrado público es el servicio público no domiciliario destinado “a dar luz”<sup>36</sup> o “iluminar” las vías, áreas o espacios públicos de un determinado Municipio o Distrito, con el objeto de facilitar la circulación vehicular o peatonal.

3.7.- Es de anotar en éste punto que el artículo 2º del párrafo 1º del referido Decreto 2424 de 2006, excluye dentro de los servicios de alumbrado público i) La iluminación de zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos sometidos a su respectivo régimen de propiedad; y ii) la iluminación de vías que no estén a cargo del ente territorial<sup>37</sup>.

#### **4.- Régimen legal aplicable a los contratos celebrados para la prestación del servicio de alumbrado público.**

4.1.- Una vez precisada la noción de alumbrado como un servicio público no domiciliario de iluminación de las vías, áreas o en general el espacio público con la finalidad de facilitar la circulación o tránsito vehicular o peatonal y cuya contratación ya sea para su suministro, administración, operación, mantenimiento, modernización, reposición y expansión se encuentra a cargo de las respectivas entidades territoriales, entiéndase Municipio o Distrito, se pasará a definir el régimen jurídico legal aplicable a los contratos celebrados por éstas.

4.2.- En un principio y ante la ausencia de regulación normativa, las Autoridades Municipales y Distritales, para contratar la ejecución de las actividades propias del servicio de alumbrado público se sujetaron a lo dispuesto en las Leyes 142 de 1994<sup>38</sup> y 143 de 1994<sup>39</sup>.

4.3.- No obstante lo anterior, se empezaron a presentar discusiones al respecto, pues la Ley 142 de 1994 no resultaba aplicable a todos los servicios públicos en general, sino que

---

<sup>36</sup> Gutiérrez Castro Armando en “El Alumbrado Público en Colombia, Marco Institucional y Régimen Jurídico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011, Pág. 83.

<sup>37</sup> Algunos autores han considerado, por vía de interpretación que tanto el alumbrado navideño, entendido éste como “aquél que durante los períodos estacionales de navidad se coloca con fines decorativos urbanos”, como la iluminación de canchas o polideportivos, son actividades que también deben ser excluidas como servicios públicos de alumbrado público, por no encontrarse destinadas a facilitar la circulación vehicular o peatonal en los espacios públicos. *Ibidem* Págs. 99 a 103.

<sup>38</sup> “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

<sup>39</sup> “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio Nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”.

únicamente reguló la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible y telefonía móvil en el sector rural.

4.4.- Por su parte, la Ley 143 de 1994 se encontraba dirigida fundamentalmente a regular todas las actividades del servicio público domiciliario de energía eléctrica, el cual difiere sustancialmente del servicio de alumbrado público, pues éste no es domiciliario y se concreta fundamentalmente en la iluminación de vías o espacios públicos y para facilitar el tránsito vehicular o peatonal.

4.5.- Para esa época las Entidades contratantes también se sujetaban a lo dispuesto tanto en la Resolución No. 043 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que además de definir el servicio de alumbrado público, mediante su artículo 2º le atribuyó a los Municipios la Responsabilidad para prestarlo tanto en el perímetro urbano como en el área rural, incluyendo las actividades de mantenimiento y expansión del mismo<sup>40</sup>, así como la Resolución No. 81132 de 1996 del Ministerio de Minas y Energía que reguló el otorgamiento de los contratos de concesión para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público<sup>41</sup> y

---

<sup>40</sup> Exposición de motivos proyecto de Ley No. 023 de 2005 Cámara de Representantes “Por medio de la cual se modifican la Ley 93 de 1913 y la Ley 84 de 1915 y se dictan otras disposiciones”, al respecto ver [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=023&p\\_consec=11415](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=023&p_consec=11415)

<sup>41</sup> “RESOLUCIÓN 81132 DE 1996

(Junio 3)

“Por la cual se reglamenta el otorgamiento de los contratos de concesión para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público”.

**El Ministerio de Minas y Energía**, en uso de sus facultades legales y en especial las contenidas en el artículo 4º numeral 4º del Decreto 2119 de 1992, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución 43 del 23 de octubre de 1995, la comisión de regulación de energía y gas, reguló de manera general el suministro y el cobro que efectúen las empresas de servicios públicos domiciliarios a los municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público;

Que por virtud del artículo 8º de la Resolución 43 emanada de la CREG, se dispuso que los municipios podrán celebrar convenios o contratos con uno o varios contratistas para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público, señalando los aspectos mínimos que deberán contener los acuerdos;

Que según el párrafo del artículo sexto de la Resolución 43 de 1995, el municipio está obligado al pago oportuno del suministro de energía eléctrica por concepto de alumbrado público; sin embargo la norma faculta a los municipios para acordar modalidades de pago con la respectiva empresa distribuidora o comercializadora con sujeción a las disposiciones legales vigentes;

Que para dar cumplimiento a la reglamentación señalada por la CREG y en el evento que los municipios celebren contratos de concesión para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público es necesario establecer mecanismos administrativos de operación por parte del Ministerio de Minas y Energía;

Que es función del Ministerio de Minas y Energía dictar los reglamentos relacionados con la actividades propias de la prestación del servicio público de electricidad, a que deberán sujetarse los titulares de los contratos de concesión, de conformidad con el numeral 4º del artículo 4º del Decreto 2119 de 1992, en concordancia con el inciso 4º del artículo 55 de la Ley 143 de 1994, el cual dispone que el concesionario deberá reunir las condiciones que requiera el respectivo servicio, de acuerdo con los reglamentos que expide el Ministerio de Minas y Energía;

Que dentro de las funciones señaladas a los ministerios en el artículo 67 numeral 67.3 de la Ley 142 de 1994, respecto a la prestación de los servicios públicos, el numeral 3º prevé como una de ellas “identificar fuentes de financiamiento para el servicio público respectivo, y colaborar en las negociaciones del caso y procurar que las empresas del sector puedan competir en forma adecuada por esos recursos”;

Que de conformidad con el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, 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;

la Directiva del 2 de septiembre de 1996, documento SGE-26-96 expedida por el Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas (INEA) del Ministerio de Minas y Energía, mediante la cual se estableció una guía sobre el procedimiento técnico, administrativo y financiero, que debían tener en cuenta las Entidades Territoriales para desarrollar la prestación del servicio de alumbrado público mediante la vinculación de un particular por el sistema de concesión<sup>42</sup>.

4.6.- Ahora si bien existían regulaciones aisladas frente a los contratos destinados a la ejecución de las actividades propias del servicio de alumbrado público, es claro que la celebración de dichos contratos en sus diversas modalidades, ya sea de prestación del servicio, de gestión, de arrendamiento, de concesión, los contratos BOT (Build-Operate-Transfer) y los Contratos BOO (Build-Operate-Own)<sup>43</sup>, se sujetaban y ahora se sujetan por regla general al régimen contenido en la Ley 80 de 1993.

4.7.- Y ello es así porque la actividad contractual de las Entidades Territoriales que tienen a su cargo la prestación del servicio de alumbrado público se sujeta a lo dispuesto en la referida Ley 80 de 1993; el servicio de alumbrado público no es domiciliario, razón por la cual los contratos celebrados para su prestación no pueden sujetarse a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994; y el servicio de alumbrado público difiere sustancialmente del servicio público domiciliario de energía eléctrica, por lo que los contratos celebrados para su prestación tampoco pueden sujetarse a lo dispuesto en la Ley 143 de 1994.

4.8.- Siendo así las cosas, hoy por hoy resulta claro que el régimen legal aplicable a los contratos por medio de los cuales la Entidad Territorial entrega la prestación del servicio de alumbrado público, se sujetan por regla general a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y de forma específica a lo que ahora dispone la Ley 1150 de 2007, que mediante su artículo 29 regula de

---

Que de acuerdo con el artículo 57 ibídem, la competencia para otorgar contratos de concesión fue asignada al municipio en lo atinente a la distribución de electricidad;

Que según el artículo 313 de la Constitución Política corresponde a los concejos, autorizar al alcalde para celebrar contratos,

RESUELVE:

ART. 1º—Los municipios podrán, previa autorización de los concejos otorgar contratos de concesión para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público.

ART. 2º—Serán obligaciones del concesionario entre otras las siguientes:

— Cumplir con los códigos de distribución y operación del sistema eléctrico nacional.

— Comprometerse a cumplir un programa de cobertura, el cual se incluirá en el respectivo contrato de concesión.

— Elaborar y ejecutar un plan de expansión de cobertura por medio de circuitos nuevos y un plan de modernización y mejoramiento de la eficiencia energética de los circuitos existentes que serán presentados y aprobados por el Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas, INEA. Para este efecto se fijará un plazo dentro del contrato para cumplir con esta obligación.

ART. 3º—El concesionario podrá acceder a una línea de crédito blando y de largo plazo que la Financiera Energética Nacional, FEN, establecerá para ejecutar los planes de modernización de circuitos existentes y de instalación de nuevos circuitos, siempre y cuando el plan sea aprobado por el INEA y el manejo de los recursos se realice a través de un contrato de fiducia con el fin de garantizar el cumplimiento del objetivo propuesto.

ART. 4º—La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., 3 de junio de 1996”.

<sup>42</sup> Gutiérrez Castro Armando en “El Alumbrado Público en Colombia, Marco Institucional y Régimen Jurídico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011, Pág. 257.

<sup>43</sup> Ibidem. Págs. 261 a 263.

forma especial los contratos de adquisición de energía eléctrica para la prestación del servicio de alumbrado público.

4.9.- Teniendo en cuenta que el contrato de concesión No. 002 del 10 de abril 1997 que tuvo por objeto el suministro, instalación, mantenimiento, expansión y administración de la infraestructura y todos los elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público en Tuluá y que dio lugar al presente litigio, le eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, incluyendo los procedimientos de selección allí previstos para su celebración, es evidente que para celebrarlo el Municipio demandado debía adelantar el procedimiento de licitación pública y no el de contratación directa como equivocadamente lo hizo.

## **5.-El principio de selección objetiva del contratista.**

5.1.-La selección objetiva prevista en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993 y hoy en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007<sup>44</sup>, alude a aquel principio conforme al cual la entidad deberá seleccionar el ofrecimiento que resulte más favorable a la Entidad y las finalidades que ésta busca en ejercicio de la actividad contractual, sin tener en cuenta ningún factor, interés o cualquier tipo de motivación subjetiva y conforme a las reglas, criterios o parámetros y reglas previamente establecidos tanto en la Ley, cómo en el pliego de condiciones.

5.2.- La disposición a la que se alude también dispone que el *“ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis*

---

<sup>44</sup> Modificado parcialmente por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*

**Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar.** Modifíquese el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:

*“2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

*En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:*

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o*
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.*

**Parágrafo.** Adiciónese un parágrafo 6º en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 del siguiente tenor:

*“El Gobierno Nacional podrá establecer procedimientos diferentes al interior de las diversas causales de selección abreviada, de manera que los mismos se acomoden a las particularidades de los objetos a contratar, sin perjuicio de la posibilidad de establecer procedimientos comunes. Lo propio podrá hacer en relación con el concurso de méritos”.*

*previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”*

5.3.- De ésta forma, se entiende que la favorabilidad en la propuesta no sólo hace referencia a que la administración adopte su decisión de adjudicación desprovista de todo tipo de afecto, interés o motivación subjetiva, sino también a que esa propuesta sea la más favorable a sus intereses, teniendo en cuenta tanto los factores de escogencia que ella misma ha establecido previamente en los respectivos pliegos de condiciones, como las reglas de procedimiento consagrado en la Ley para la tipología del contrato que se pretende celebrar.

5.4.- Así las cosas, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración de tipo subjetivo.

5.5.- Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la selección de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar, previamente, reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.

5.6.- Por otro tanto, el principio de selección objetiva guarda una estrecha relación con el principio de transparencia, que implica, entre otras cosas, la garantía de que la administración al seleccionar el contratista seguirá el procedimiento o modalidad de selección previsto en la Ley para la tipología del contrato que pretende celebrar, que actuará de forma imparcial y objetiva, sujetándose a las reglas, criterios, factores y objetivos previamente establecidos en la norma y en los pliegos de condiciones y no procederá de forma oculta, arbitraria o movida por intereses, factores o motivaciones subjetivas<sup>45</sup>.

5.7.- Y es que si no se sigue el procedimiento previsto en la ley para la tipología de contrato que se pretende celebrar se vulnera el principio de selección objetiva, pues se estaría dejando a la

---

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp: 17.783.

voluntad exclusiva de la administración tanto el procedimiento a seguir para cada contrato que pretenda celebrar, como la selección del contratista.

5.8.- Aún más cuando no se adelanta el procedimiento de selección previsto en la Ley para cada tipología de contrato, no solamente se vulnera el principio de selección objetiva, sino también la prohibición expresa contenida en el No. 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

## **6.- La nulidad absoluta del contrato estatal por la pretermisión del procedimiento previsto en la ley para su celebración.**

6.1.- Al respecto, ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había señalado al respecto que:

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional<sup>46</sup> o con abuso o desviación de poder.<sup>47</sup>*

*Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita,<sup>48</sup> razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra.*

*En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso.*

*En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato.*

*Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder (...)<sup>49</sup> (Subrayado fuera de texto)*

**6.2.- Sin embargo, a pesar de la claridad de lo expuesto, ha venido surgiendo la discusión relacionada con la causal de nulidad que se configura cuando la administración pretermite el procedimiento de selección previsto en la Ley, según el tipo contractual, pues hay quienes argumentan, con fundamento en lo que se acaba de citar, que en tal evento se configuraría siempre la causal 3ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que pretermite el**

<sup>46</sup> Numeral 2º. (Este pie de página corresponde al texto citado.)

<sup>47</sup> Numeral 3º. (original del fallo que se cita)

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324. (Original del fallo que se cita)

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Expediente: 24510.

procedimiento legalmente previsto, implica faltar al deber de selección objetiva y por ende actuar con abuso o desviación de poder.

6.3.- Pues bien, teniendo en cuenta que sobre este punto se han suscitado diversos entendimientos, sea ésta la oportunidad para precisar el asunto, habida cuenta de que su definición tiene una gran repercusión jurídica, lo cual se corrobora si se tiene en cuenta que la causal 3ª del artículo 44 de la ley 80 de 1993, si se advierte su configuración, no habilita a la administración para dar por terminado unilateralmente el contrato.

6.4.- Recuérdese que de tiempo atrás<sup>50</sup> esta corporación ha expresado que para que se configure la causal de nulidad prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional, es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una norma imperativa conduce a estructurar esta precisa causal, aunque, por supuesto, habrá de configurar otra, por la elemental razón de que las normas imperativas no son solamente las que expresamente prohíben, sino también las que mandan.

6.5.- En consecuencia, por regla general, si se desacata una norma que manda, es decir una que contiene una prohibición genérica o implícita del estatuto contractual, o, lo que es lo mismo, una norma que imperativamente ordena aunque no prohíbe expresamente, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero, la causal no será la enlistada en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, sino una diferente según el caso.

6.6.- Así las cosas, teniendo en cuenta que el No. 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 contiene la prohibición expresa de eludir los procedimientos previstos en la Ley para seleccionar al contratista, es evidente que, por regla general, la elusión o cambio de tales procedimientos debe ser fulminado con la nulidad absoluta del contrato, con fundamento en la causal prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, más no la prevista en el No. 3º, como equivocadamente se ha pretendido sostener en algunas oportunidades, puesto que tal comportamiento es sencillamente la celebración del contrato contra expresa prohibición legal.

6.7.- Ahora, no se pierda de vista que el deber de selección objetiva se infringe, no solamente cuando se eluden los procedimientos que la ley establece para la escogencia del contratista, sino también cuando, a guisa de ejemplo, en la selección se involucran los intereses personales del funcionario, o hay extralimitación u omisión de su parte en el proceso selectivo.

---

<sup>50</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, Sentencia del 28 de marzo de 2012, Expediente: 22.471, Sentencia del 8 de mayo de 2013, Expediente: 24.510, entre otras.

6.8.- Luego, en cada caso habrá que determinarse si el comportamiento de la administración, por conducto del funcionario, implicó la violación de una norma imperativa que expresamente prohibía o de una que mandaba sin prohibir de manera expresa, para de allí deducir si el contrato se celebró contra expresa prohibición legal o constitucional, en el primer caso, o con abuso o desviación de poder, en el segundo.

6.9.- Pero además, debe tenerse presente que es factible que la elusión de los procedimientos selectivos sea el resultado de la decidida intención del respectivo funcionario, lo cual debe aparecer debidamente demostrado, caso en el cual, como está involucrada una cuestión subjetiva que no es otra que la intención desviada o abusiva de la administración, la causal es la 3ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual debe ser el juez quien determine esa intencionalidad que contamina de nulidad absoluta el contrato, ya que como el dolo no se presume, mal podría dejarse en manos de la administración semejante valoración y es por esto que en tal caso la administración no puede dar por terminado unilateralmente el contrato.

6.10.- Con otras palabras, aún en los casos en que se omiten los procedimientos de selección del contratista, para efectos de determinar cuál causal de nulidad absoluta se configura, si la 2ª o la 3ª del artículo 44 de la ley 80 de 1993, habrá que indagar si aparece algún asomo de prueba que indique la intencionalidad de la omisión, pues en este caso, por estar envuelta esta situación subjetiva, es el juez quien debe constatarla, calificarla y establecer las consecuencias, y por esta razón la administración no puede terminar unilateralmente el contrato argumentando que advierte ese hecho como causal de nulidad absoluta, pues si pudiera hacerlo estaría asumiendo una función jurisdiccional que no tiene, razones todas estas que explican el por qué en tal hipótesis se configura la causal 3ª y no 2ª.

6.11.- En síntesis, la causal 2ª se configura cuando se omiten los procedimientos que la ley establece para la selección del contratista y además no aparece indicio de la intencionalidad del funcionario dirigida a pretermitirlos.<sup>51</sup>

## **7. El deber de terminación unilateral cuando se advierten ciertas causales de nulidad absoluta del contrato.**

7.1.-Según lo dispone el inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, cuando se configuren las causales de nulidad absoluta del contrato estatal de los Nos. 1º, 2º y 4º del artículo 44, esto es,

---

<sup>51</sup> Resulta pertinente en éste punto hacer referencia a la sentencia aprobada en la audiencia que tuvo lugar el día 23 de octubre de 2017 bajo el radicado No. 53.477, en la que se señaló que se configuraba la causal de nulidad absoluta del contrato prevista en el No. 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues en ese asunto de las pruebas arrimadas se logró evidenciar la intencionalidad de las partes para pretermitir el procedimiento de selección, teniendo en cuenta que la administración y el contratista se avinieron previamente a celebrar el contrato sin adelantar el procedimiento de selección y decidieron denominarlo como un contrato arrendamiento, cuando por sus elementos esenciales estructuraba un contrato de concesión, que conforme a los dictados de la Ley 80 de 1993, requería para su suscripción que se adelantara un procedimiento de licitación pública, lo cual no ocurrió.

cuando el contrato se celebre con personas incursoas en alguna inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución o en la Ley; contra expresa prohibición Constitucional o Legal; o cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten, el jefe o representante legal de la Entidad respectiva **deberá** ordenar la terminación unilateral del contrato mediante un acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el Estado en el que se encuentre.

7.2.-De ésta forma, se entiende que la administración se encuentra **obligada** por la Ley para ordenar la terminación unilateral del contrato mediante un acto administrativo debidamente motivado, únicamente en aquellos eventos en los que sobre éste se configure alguna de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del referido artículo 44 de la ley 80 de 1993.

7.3.- Así que la terminación unilateral por esta razón, si bien no es una potestad excepcional de aquellas enlistadas en los artículos 14, 17, 18 de la Ley 80 de 1993, sino un imperativo legal a cargo de la administración, la validez de los actos administrativos que la ordenan en el presente asunto litigioso sólo pueden ser juzgados por la jurisdicción contencioso administrativo y no por los árbitros , pues tal cómo se precisó en líneas precedentes, éste **se contrae en determinar si la administración desplegó un ejercicio adecuado o no de una de las potestades unilaterales, que no excepcionales, que es la de ordenar la terminación unilateral de un contrato de concesión por haberse pretermitido el procedimiento de selección previsto en la Ley para su celebración, asunto éste que por regla general es de competencia de ésta Jurisdicción y no de la jurisdicción arbitral.**

**7.4.- Y ello es así, porque tal cómo se ha precisado en diferentes oportunidades, los Tribunales de arbitramento no pueden pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos, menos sobre la validez de actos que se expiden en ejercicio de una potestad unilateral, sino únicamente sobre sus efectos económicos.**

**7-5- Pero además, si el asunto litigioso que ahora se somete a determinar si la administración realizó un ejercicio adecuado de las funciones a su cargo al dar por terminado unilateralmente el contrato de concesión suscrito para la prestación del servicio de alumbrado público, ese aspecto escapa del objeto de la cláusula compromisoria convenida y por ende de la competencia de los jueces arbitrales, siendo entonces competente ésta jurisdicción para pronunciarse sobre la validez de esos actos.**

**7.6.- Hay que aclarar que la terminación unilateral por advertirse causal de nulidad no es una potestad excepcional aunque sí es un imperativo legal, luego si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado se configura la causal de nulidad absoluta prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es, que el contrato se celebre contra expresa prohibición constitucional o legal por no haberse adelantado el**

procedimiento de selección previsto en la Ley en los términos del No. 8º del artículo 24 de dicho Estatuto, es evidente que en ésta hipótesis la administración sí se encuentra facultada para ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo.

## **8. La posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión suscrito.**

8.1.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparezca plenamente demostrada y no es susceptible de ser ratificada por las partes.<sup>52</sup>

8.2.-La posibilidad de decretar oficiosamente la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

8.3.- La nulidad absoluta no puede sanearse por ratificación de las partes, dice el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

8.4.-El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana *“en todo caso”* por prescripción extraordinaria.

8.5.- Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria ya no podrá ella pedirse ni decretarse, no porque el solo transcurso del tiempo torne lícito lo ilícito, sino porque el orden jurídico, en aras de la paz social y la seguridad jurídica, estima que es conveniente poner un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos.

8.6.- Es de precisar en éste punto que el término de prescripción extraordinaria era de 20 años porque así lo disponía el artículo 2532 del C. C., en la redacción que le había dado el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, sin embargo, éste se redujo a 10 años en virtud de la Ley 791 de 2002, que entró a regir el 27 de diciembre de 2002.

8.7.- No obstante, el artículo 94 del Código General del Proceso<sup>53</sup> establece que *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la*

---

<sup>52</sup> Artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

<sup>53</sup> Código General del Proceso. Ley 1563 de 2012. **“Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.** *La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”.*

*notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (...)*”.

8.8.- Así las cosas, la Sala observa que, por la época en que se celebró el contrato de concesión No. 002, esto es, el 10 de abril de 1997 todavía no eran aplicables las disposiciones previstas en la Ley 791 de 2002, que redujo el término de prescripción extraordinaria en 10 años, por lo que el término de prescripción era el de 20 años, término que se vio interrumpido el 14 de febrero de 2013<sup>54</sup> con la presentación de la demanda, que se admitió el 18 de febrero de 2013<sup>55</sup> y su respectiva notificación al demandado se surtió el 13 de marzo de 2013<sup>56</sup>, esto es, dentro del año siguiente a la notificación al demandado, requisito determinado por la ley para interrumpir el término de prescripción con la presentación de la demanda, siguiéndose, al día de hoy que la administración ostenta la potestad para decretar de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 002 de 1997.

## **9.- Restituciones mutuas.**

9.1.1.- En lo relativo a los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, debe preverse que conforme a la ley ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (C.C., art. 1625) y de retrotraer la situación de las partes al estado en que se encontrarían, como si el contrato no hubiera existido.

9.1.2.- Al efecto, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo, en el siguiente sentido:

*“Artículo 48º.- De los Efectos de la Nulidad La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.*

*Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.*

*Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”*

9.1.3.- Ahora bien, dentro del régimen de derecho común, como regla general, el artículo 1746 del Código Civil establece que la nulidad del contrato declarada mediante sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada *“da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se*

---

<sup>54</sup> Folios 3 a 106 del C. No. 1.

<sup>55</sup> Folios 539 a 540 del C. No. 1.

<sup>56</sup> Folios 546 y 547 del C. No. 1.

*hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita”*

9.1.4.- Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del Derecho privado la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas<sup>57</sup>; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

9.1.5.- Sin embargo, debe reiterarse, que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final.

## **10. La solución del caso concreto.**

10.1. En el asunto que ahora se resuelve por la vía de la apelación se encuentra demostrado que el 10 de abril de 1997 se celebró entre la demandante y el demandado el contrato de concesión No. 002 de 1997, el cual tuvo por objeto el suministro, instalación, mantenimiento, expansión y administración de la infraestructura y todos los elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público en Tuluá; así como también la liquidación, facturación y cobro de las tarifas por la prestación de dicho servicio (Fols. 119 a 125 del C. No. 1)

---

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 3 de junio de 2015, Exp. 37.566: “Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada (“repetirse”), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio.

*En efecto, el antecedente romano se encuentra en la conditio ob turpem vel injustam causam que se elaboró en relación con los contratos formales, negocios estos en los que por ser abstractos la ilicitud de la causa no los viciaba, para que el deudor, dependiendo de si la obligación había sido ejecutada o no, solicitara la nulidad o repitiera lo dado o pagado, si en ellos se presentaban circunstancias de inmoralidad o ilicitud frente al acreedor.*

*Pero si las circunstancias de inmoralidad o ilicitud también podían predicarse del deudor se prohibió la posibilidad de repetir para que finalmente ninguno pudiera prevalerse de una inmoralidad o ilicitud que le eran predicables, prohibición esta que se condensó en el aforismo in pari causa turpitudinem cessat repetitio.*

*Las leyes de partida contemplaron este evento al señalar que “sabidor seyendo algún home de aquel pleito sobre que hiciera a otro promisión era torpe, et que habie derecho por si para defenderse de non cumplirlo, si sobre esto feciese después la paga, decimos que non la puede demandar, et si la demandase, non serie el otro tenuto de gela tornar”<sup>57</sup>*

*Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y por consiguiente ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminaría produciendo todos los efectos como si fuese válido.*

*Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso haga un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo in pari causa turpitudinem cessat repetitio” y, de otro lado, si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido.”*

10.2.-Que mediante la Resolución No. 0811 del 24 de agosto de 2010 el Alcalde Municipal de Tuluá ordenó la terminación unilateral del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado Público No. 002 de 1997, argumentando que al pretermirse el procedimiento de selección de la licitación pública y en los términos del No. 8º del artículo 24 de la ley 80 de 1993 se había configurado la causal de nulidad absoluta del contrato del numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 (Fols. 143 a 243 del C. No. 1).

10.3.- Que contra dicha Resolución demandante interpuso el recurso de reposición alegando la falta de competencia de Alcalde Municipal de Tunja para ordenar la terminación unilateral del contrato No. 002 de 1997; la caducidad de la acción de controversias contractuales; la prescripción extraordinaria de la causal de nulidad absoluta y la vulneración de los principios de buena fe, confianza legítima y el de *“venire contra factum proprio non valet”* (Fols. 245 a 302 del C. No. 1).

10.4.- Dicho recurso fue resuelto mediante la Resolución No. 280-054-0294 del 11 de febrero de 2011 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 304 a 361 del C. No.1).

10.5.- A través de la Resolución No. 280-054.1642 del 20 de diciembre de 2011 el Alcalde Municipal de Tunja ordenó la liquidación unilateral del contrato No. 002 de 1997 (Fols. 485 a 497 del C. No. 1), decisión ésta contra la cual se instauró el recurso de reposición (Fols. 499 a 513 del C. No. 1) el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 280-054-0556 del 22 de mayo de 2012 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 515 a 537 del C. No. 1).

**11.** De la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la administración ordenó la terminación unilateral del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público No. 002 de 1997 y su posterior liquidación.

11.1.- El apelante alega que los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la terminación unilateral del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público No. 002 de 1997 con fundamento en la causal de nulidad absoluta del contrato del No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 por haberse pretermido el procedimiento de selección para su celebración, se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, teniendo cuenta que en éstos eventos se configura la causal de nulidad absoluta del No. 3º y no la del No. 2º en la que equivocadamente el demandado fundó su decisión.

11.2. Manifiesta igualmente que dichos actos se encuentran viciados de nulidad por falta de competencia, pues si al pretermirse el procedimiento de selección para celebrar el contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público se configuraba la causal del No.

3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en los términos del inciso 2º del artículo 45 el Alcalde Municipal de Tuluá carecía de competencia para ordenar la terminación unilateral de ese contrato mediante un acto administrativo.

11.3.- Por último, alega que teniendo en cuenta que los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la terminación unilateral del contrato son ilegales, en consecuencia también lo son aquellos que ordenaron la liquidación unilateral del mismo.

11.4.- Al respecto la Sala considera que no le asiste la razón al apelante cuando cree que siempre que se pretermite el procedimiento de selección previsto en la Ley para celebrar un determinado contrato se configura la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues tal como se precisó en líneas anteriores, aún en los casos en que se omiten los procedimientos de selección del contratista, para efectos de determinar cuál causal de nulidad absoluta se configura, si la 2ª o la 3ª del artículo 44 de la ley 80 de 1993, habrá que indagar si aparece algún asomo de prueba que indique la intencionalidad de la omisión, pues en este caso, por estar envuelta esta situación subjetiva, es el juez quien debe constatarla, calificarla y establecer las consecuencias, y por esta razón la administración no puede terminar unilateralmente el contrato argumentando que advierte ese hecho como causal de nulidad absoluta.

11.5.- De otro lado, encuentra la Sala que si bien de las pruebas arrimadas al proceso se demostró que la administración por conducto de su funcionario, el Alcalde Municipal de Tuluá vulneró el No. 8º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que expresamente le prohibía eludir el procedimiento de selección de la licitación pública para celebrar el contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público, no se logró evidenciar su intencionalidad para pretermitir dicho procedimiento, configurándose entonces la causal de nulidad absoluta prevista en el No. 2º del artículo 44 de la ley 80 de 1993, más no la del numeral 3º de esa misma norma.

11.6.- Tanto es así que el Alcalde Municipal de Tuluá, al percatarse de la omisión en la que incurrió, decidió dar por terminado unilateralmente el contrato de concesión suscrito en cumplimiento de un deber que la misma Ley le imponía, actuación ésta que descarta la intencionalidad de pretermitir dicho procedimiento.

11.7.- Así las cosas, considera la Sala que el cargo de nulidad de los actos administrativos impugnados por falsa motivación alegado por la parte actora se encuentra totalmente destinado al fracaso, pues teniendo en cuenta que en el presente asunto, de las pruebas arrimadas al plenario no se logró evidenciar la intencionalidad de la administración para omitir deliberadamente el procedimiento de selección para celebrar el contrato, la causal de nulidad absoluta del contrato que se configuraba era la prevista en el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80

de 1993, causal ésta en la que el Alcalde Municipal de Tuluá fundó su decisión de darlo por terminado.

11.8.- En ese mismo orden de ideas el cargo de nulidad de los actos administrativos por falta de competencia también se encuentra totalmente destinado al fracaso, pues en los términos del inciso 2º del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la administración por conducto de su funcionario, el Alcalde Municipal de Tuluá, sí tenía la competencia para ordenar la terminación unilateral del contrato con fundamento en la causal 2ª de anulación del artículo 44 de la ley 80 de 1993.

11.9.- En consecuencia, al no ser nulos los actos administrativos por medio de los cuales se ordenó la terminación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997, tampoco lo serán aquellos mediante los cuales se ordenó la liquidación unilateral de éste.

11.10.- Así las cosas, la Sala procederá a negar las pretensiones de declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 0811 del 24 de agosto de 2010 y la No. 280-054.0294 del 11 de febrero de 2011 mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la terminación unilateral del contrato de concesión No. 002 de 1997 celebrado entre éstas y se confirmó dicha decisión, así como de las Resoluciones Nos. 2280-054.1642 del 20 de diciembre de 2011 y la No. 280-054-0556 del 22 de mayo de 2012 mediante las cuales, respectivamente, se ordenó la liquidación unilateral de éste y se confirmó dicha decisión.

**12.** De la posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 002 de 1997.

12.1. En el presente asunto se encontró demostrado que entre las partes se celebró un contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público, que al sujetarse por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993, la selección del contratista no podía realizarse mediante el procedimiento de contratación directa, sino que la Entidad contratante debía dar apertura a un procedimiento de licitación pública y de ésta forma seleccionar la propuesta que fuera más favorable a sus intereses en condiciones de igualdad, libre concurrencia y respetando los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad.

12.2.- En efecto, los principios de selección objetiva y de transparencia comprenden la publicidad de todo el *iter* contractual, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado y la imposibilidad para la Administración de adelantar un procedimiento de selección diferente al previsto en la ley para la celebración de los contratos para otorgar la concesión del servicio de alumbrado público.

12.3.- Y es que de no ser así se estaría violando la norma general que establece que la selección del contratista debe realizarse mediante el procedimiento de licitación pública, salvo en los casos que regula el numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993<sup>58</sup> en los que es la misma Ley que determina que la selección del contratista puede realizarse a través del procedimiento de contratación directa.

12.4.- Con todo lo expuesto se encuentra que siendo el contrato suscrito un contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público y que se rige de forma general por la Ley 80 de 1993, no podía la administración adelantar un procedimiento diferente al previsto en ella para éste tipo de contratos, transgrediendo con ello los principios de selección objetiva y de transparencia y los artículos 23, 24 y 29 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Reglamentario 855 de 1994 y generando la nulidad absoluta del referido contrato.

12.5.-Por consiguiente, la Sala encuentra que en el presente asunto el demandado desconoció el procedimiento de licitación pública previsto en la Ley para seleccionar el contratista, vulnerando con ello el deber de selección objetiva y el principio de transparencia; y viciando de nulidad absoluta el Contrato de concesión No. 002 de 1997 por ser celebrado contra expresa prohibición legal según lo dispuesto en el No. 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y el No. 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, nulidad esta que no puede ser saneada por ratificación de las partes<sup>59</sup>, no fue saneada por prescripción y la misma puede ser decretada oficiosamente porque están presentes en el proceso todas las partes que concurrieron a su celebración<sup>60</sup>.

12.6.- No se olvide que el decreto de nulidad de un contrato es un asunto de exclusiva competencia del juez y que esta cuestión es un fenómeno por entero diferente al deber de la administración de **darlo por terminado, cuando advierta alguna de las causales previstas en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.**

12.7.- Con otras palabras, dar por terminado un contrato estatal porque se advierte la existencia de una de tales causales, no implica ni equivale a decretar su nulidad.

12.8.- Ahora bien la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, retrotrae la situación al estado en que se encontrarían las partes como si el contrato no hubiera existido, lo que en principio daría lugar a las restituciones mutuas.

12.9.- Al respecto el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago

---

<sup>58</sup> Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>59</sup> Ver artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

<sup>60</sup> Ver artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido<sup>61</sup>.

12.10.-Sin embargo, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato declarado nulo por objeto o causa ilícito es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público, cuestión ésta de la que no aparece ninguna prueba cualitativa o cuantitativa, razón por la cual no hay lugar a las restituciones mutuas.

### 13. La condena en costas.

13.1. Enseña el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 que salvo los casos donde se ventilen asuntos de interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas *“cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”* y, en cumplimiento de tal reenvío, se tiene que el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso instruye que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) que haya interpuesto. (...)”*. Como en el caso de referencia se concluyó la no prosperidad de la alzada propuesta por el demandado Fondo Nacional de Vivienda, se torna procedente la condena en costas para dicho sujeto procesal.

13.2. Conforme con lo anterior y teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, allí se dispone que si se fija un monto máximo será menester tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.

13.3.- Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	<b>Idoneidad</b>	<b>Necesidad</b>	<b>Proporcionalidad en estricto sentido</b>
<b>Exigencias fácticas</b>	Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente	El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio	El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los

<sup>61</sup> La disposición expresa: *“Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”*.

	<p>tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.</p>	<p>valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad:</p> <p>a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica.</p> <p>b) Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas.</p> <p>c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.</p>	<p>niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia.</p> <p>a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda.</p> <p>b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%.</p> <p>c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.</p>
--	---	---	--

13.4.- Lo anterior resulta concordante con el margen de movilidad que concede expresamente el Acuerdo No. 2222 de 10 de diciembre de 2003 dictado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura<sup>62</sup> que prevé que el en casos de procesos en segunda instancia la condena por concepto de agencias en derecho corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

13.5.- Así, atendiendo a los criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandante será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, toda vez que no se observa actuaciones constitutivas de temeridad o mala fe procesal o cualquiera otra circunstancia adicional, por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda, las que se determinaron por la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P. en la suma total equivalente a \$17'562.520.016, en consecuencia, el 1% del valor de ese estimativo equivale a \$175'625.200,16 suma por la que se condenará a la parte demandante, en razón a no haberle prosperado la alzada promovida contra el fallo de instancia.

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

## RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de nulidad de las Resoluciones Nos. 0811 del 24 de agosto de 2010 y la No. 280-054.0294 del 11 de febrero de 2011 y de las Resoluciones Nos. 2280-

<sup>62</sup> Norma vigente para el *sub judice* toda vez que la demanda que originó este contencioso se interpuso con anterioridad al 5 de agosto de 2016 fecha a partir de la cual inició la vigencia del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 en los términos del artículo 7° de esa normatividad.

054.1642 del 20 de diciembre de 2011 y la No. 280-054-0556 del 22 de mayo de 2012, por las razones expuestas en éste proveído.

**SEGUNDO: DECRETAR LA NULIDAD ABSOLUTA** del contrato No. 002 de 1997 celebrado entre la Compañía de Electricidad de Tuluá S.A. E.S.P. y el Municipio de Tuluá, el 10 de abril de 1997.

**TERCERO: NO HAY LUGAR** a las restituciones mutuas.

**CUARTO: CONDENAR** en costas al apelante.

**QUINTO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Magistrado  
Impedido

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Magistrado

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Presidente de la Subsección C