

CONTRATO DE CONCESIÓN – Objeto del contrato – Nulidad absoluta – Celebración ausencia de capacidad para contratar – Concejo Municipales

Se advierte que los Concejos Municipales carecen de competencia para crear requisitos de formación y adjudicación de los contratos estatales, en lo cual deben atenerse a lo dispuesto por el Régimen de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993. (...) de acuerdo con el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política y con el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 – Ley de Municipios – resulta viable para el Concejo Municipal disponer el requisito de la autorización previa para contratar, la cual se debe producir en los términos del Reglamento de esa Corporación y, según ha observado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se debe referir entonces a los aspectos reglamentarios o administrativos de la decisión correspondiente. (...) La Ley 136 de 1994, por la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, consagró la atribución de los Concejos Municipales para reglamentar la función de autorización en la contratación por parte del Alcalde Municipal y en su artículo 32 dispuso que los Concejos Municipales deben señalar los casos en que la autorización se requiere en forma previa a la celebración del contrato estatal. (...)

En este sentido se entiende que el artículo 11 de la Ley 80 estableció una reiteración de la norma constitucional citada, puesto que dispuso que el alcalde es el funcionario competente a nivel de la entidad territorial para adelantar la celebración del contrato, a la vez que precisó que deberá proceder “en los términos y condiciones que reglen las normas legales que regulen la organización y funcionamiento de tales entidades. (...)”, para el caso de los municipios, el legislador estableció en la Ley 136 de 1994 la potestad de cada Concejo Municipal para reglamentar los eventos en los cuales el Alcalde debe contar con la autorización previa para contratar. A partir de dicha norma, se observa que la autorización puede ser establecida en forma general o especial, la primera de ellas, por ejemplo, en el momento de aprobar el presupuesto municipal, el plan o proyecto respectivo, según disponga el respectivo Acuerdo del Concejo Municipal.

CONGRUENCIA – Límites del juez – Controversias contractuales – Derecho contradicción

Se puntualiza que, en las controversias contractuales, por la complejidad de las relaciones entre las partes, la diversidad de las cláusulas del contrato y la multiplicidad de las situaciones que se pueden presentar es usual encontrar que las pretensiones y los motivos de defensa en el proceso judicial son difusos, toda vez que lo que las partes pueden pretender en el ámbito de la acción –o el medio de control – contractual es de diversa índole. Así las cosas, en muchas ocasiones, la fijación de aquello sobre lo que se debate termina exigiendo un importante esfuerzo de entendimiento y concreción en torno de las potestades del Juez y de la congruencia de la sentencia. Sin embargo, para el propósito de esta providencia, la Sala identifica a continuación aquellos aspectos en los que convergen las distintas concepciones de la actividad judicial: la potestad del Juez de controversias contractuales tiene límites, entre otros: i) la congruencia entre lo que se demanda y lo que se decide; ii) lo probado en el proceso. No cabe apartarse de la prueba para fallar con apoyo en el conocimiento privado o en la generalización de las conductas de las entidades contratantes o contratistas; iii) la ley aplicable: corresponde al Juez identificar la ley aplicable, con independencia de aquella que haya sido invocada por las partes; iv) el respeto al debido proceso, es decir, no puede el Juez establecer la condena en la controversia contractual sobre un aspecto sobre el cual no se contó con la oportunidad de contradicción entre las partes. (...) la Sala advierte que la potestad de decretar la nulidad absoluta del contrato, de manera oficiosa, debe soportarse en la observancia previa del derecho de contradicción de las partes. Esta aseveración llama a una reflexión acerca del derecho de defensa y de contradicción, pues las facultades del Juez para decretar la nulidad absoluta de un contrato, con fundamento en una causal no discutida en el proceso, pueden utilizarse, empero, resulta evidente que no cabe apartarse de las pruebas expuestas a la contradicción en el respectivo litigio. (...) la Sala advierte que la potestad de decretar la nulidad absoluta del contrato, de manera oficiosa, debe soportarse en la observancia previa del derecho de contradicción de las partes. Esta aseveración llama a una reflexión acerca del derecho de defensa y de contradicción, pues las facultades del Juez para decretar la nulidad absoluta de un contrato, con fundamento en una causal no discutida en el proceso,

pueden utilizarse, empero, resulta evidente que no cabe apartarse de las pruebas expuestas a la contradicción en el respectivo litigio.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Excepciones – Causales de nulidad – Nulidad absoluta – Declaratoria de oficio – Pruebas del proceso

Un supuesto de flexibilización del deber de congruencia se ha identificado en materia de las causales de nulidad absoluta del contrato estatal. Esta Corporación ha sostenido que el Juez puede declarar la nulidad absoluta del contrato, en los casos de la violación comprobada de la ley imperativa, aún en ausencia de disputa explícita en el debate judicial, siempre y cuando: i) hayan comparecido al proceso todas las partes del contrato; ii) la causal de la nulidad del contrato se encuentre probada en el proceso y, iii) no haya ocurrido la caducidad de la acción o, en su caso, la prescripción del derecho que se encuentra afectado por la nulidad. (...) La Sala advierte que la potestad de decretar la nulidad absoluta del contrato, de manera oficiosa, debe soportarse en la observancia previa del derecho de contradicción de las partes. Esta aseveración llama a una reflexión acerca del derecho de defensa y de contradicción, pues las facultades del Juez para decretar la nulidad absoluta de un contrato, con fundamento en una causal no discutida en el proceso, pueden utilizarse, empero, resulta evidente que no cabe apartarse de las pruebas expuestas a la contradicción en el respectivo litigio.

LÍMITES DE APELACIÓN – Competencia – Segunda instancia – Principio de congruencia – Alcance – Non reformatio in pejus

Los límites del Juez de apelación se encuentran en: i) la sustentación del recurso, tanto en los aspectos apelados como en los argumentos expuestos por el apelante, por fuera de los cuales, como regla general, no le es dado fallar y ii) el principio de la non reformatio in pejus, según el cual, en la apelación no se puede agravar la posición del apelante único.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000 –23 –26 –000 –2003 –01452 –01(30682)

Actor: PERSONERIA MUNICIPAL DE SOACHA

Demandado: MUNICIPIO DE SOACHA Y OTROS

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES

Temas: CONTRATACIÓN MUNICIPAL – término de la autorización del Concejo Municipal / CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO – Potestades del Alcalde /

LÍMITES DEL JUEZ – principio de congruencia – potestad para declarar la nulidad del contrato

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cuatro (4) de noviembre de dos mil cuatro (2004), mediante la cual se dispuso: “*Negar las pretensiones de la demanda*”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 14 de julio de 2003 la Personería Municipal de Soacha, en ejercicio de la acción contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y con apoyo en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993¹, solicitó las siguientes declaraciones y condenas contra el municipio de Soacha, la sociedad SOACHA CIUDAD LUZ S.A. E.S.P. SOCIOLUZ S.A. E.S.P.² y la Unión Temporal Soacha Ciudad Luz SOCIOLUZ³:

“1. Que se declare nulo el contrato 004 de 1999 celebrado entre el municipio de Soacha y la Unión Temporal SOCIOLUZ que tiene como objeto la concesión del mantenimiento y operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público en todo el territorio del municipio de Soacha incluyendo el suministro e instalación de las luminarias y de los accesorios eléctricos necesarios para la protección y expansión del sistema.

“2. Que se ordene la liquidación inmediata del contrato en el estado en que se encuentre reconociendo únicamente los costos a precios del mercado incluyendo la inversión”⁴.

2. Los hechos

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

2.1. Mediante Acuerdo 030 de 3 de abril de 1998, el Concejo Municipal de Soacha autorizó al Alcalde del municipio para suscribir en el término de seis meses el

¹ Ley 80 de 1993, “Artículo 45º.- De la Nulidad Absoluta La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación”.

² Sociedad identificada en el escrito mediante el cual se subsanó la demanda, obrante al folio 13, cuaderno 1. Según el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad se constituyó mediante Escritura Pública 213 del 15 de enero de 1999, otorgada en la Notaria 29 de Bogotá.

³ Unión Temporal citada en el acápite de notificaciones dentro del escrito mediante el cual subsanó la demanda, obrante al folio 13, cuaderno 1.

⁴ Folio 1 a 5, cuaderno 1.

contrato para el suministro, expansión, mantenimiento y administración de la infraestructura y todos los elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio de Soacha, por el sistema de concesión.

2.2. El Alcalde, obrando en representación del municipio de Soacha, firmó el Contrato de Concesión 004, el 19 de enero de 1999, con la Unión Temporal Soacha Ciudad Luz.

2.3. Según narró la demandante, el mencionado contrato se suscribió en forma extemporánea, por fuera del término establecido por el Concejo Municipal y, además, en el mismo se incluyó la infraestructura de alumbrado en todo el territorio del municipio, sin tener en cuenta si la misma pertenecía o no al ente territorial.

3. Concepto de violación

La Personería Municipal actora invocó como normas violadas los artículos 123⁵ y 313⁶ de la Constitución Política, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 2 de octubre de 2003.

4.2. La sociedad SOCIOLUZ S.A, E.S.P., fue notificada el 10 de noviembre de 2003⁷.

4.3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó las pruebas solicitadas mediante auto de 11 de marzo de 2004⁸.

4.4. Contestación de la demanda

En el término para contestar la demanda se hizo presente la Unión Temporal Soacha Ciudad Luz, con poder otorgado por su representante legal, la cual invocó comparecer en su calidad de parte contractual del Contrato de Concesión 004 suscrito el 19 de enero de 1999, impugnado en este proceso.

Lo anterior se acreditó con el texto del Contrato de Concesión 004 y el documento de conformación de la referida Unión Temporal⁹.

⁵ “Artículo 123 C.P. (...). Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

⁶ “Artículo 313 C.P. Corresponde a los concejos: (...) 3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo”.

⁷ Folio 27, cuaderno 1,

⁸ Folio 108, cuaderno 1.

⁹ Folios 49 a 61 cuaderno 1.

La demandada afirmó la legalidad de su actuación y la inexistencia de los supuestos de hecho y de derecho que esgrimió la Personería Municipal. Observó que el Alcalde obró en desarrollo de las facultades conferidas por el Acuerdo 02 de 30 de octubre de 1995, mediante el cual el Concejo Municipal expidió el Estatuto General del Presupuesto del municipio de Soacha, cuyo texto adjuntó.

Puntualizó que el término de seis meses referido en el Acuerdo 030 de 3 de abril de 1998 debe entenderse como una manifestación de la importancia que el Concejo Municipal dio a la contratación y que no constituyó un límite a la facultad de contratar, puesto que así entendido habría significado una reglamentación de la contratación estatal la cual en ese supuesto solo podía imponerse a través de una ley.

Agregó que el Alcalde cumplió con la apertura de la licitación pública dentro del término de seis meses que le fijó el Concejo Municipal, tal como se hizo constar mediante la Resolución 603 de septiembre 4 de 1998, cuya copia aportó¹⁰.

4.5. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 24 de noviembre de 2004, en la cual denegó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal *a quo* verificó los presupuestos procesales de la demanda y, frente a los cargos imputados, observó que no encontró probado el abuso de poder en tanto que el Alcalde tenía, por virtud de la ley, la facultad para contratar.

Consideró que el contrato de concesión de alumbrado público se rigió por el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, según el cual debía otorgarse mediante oferta pública, a la cual procedió el Alcalde, dentro del término de seis meses, mediante la Resolución 603 del 4 de septiembre de 1998, contentiva de la apertura de la licitación pública.

Además, el Tribunal *a quo* apoyó su decisión en las siguientes consideraciones:

“(...) es del caso analizar el concepto de contratar y lo que el mismo conlleva, en el entendido de que no solamente implica la suscripción de un contrato, sino que se trata de todo un proceso (...) en todas y cada una de sus etapas (...) como se hizo por la entidad demanda para finalizar precisamente con la suscripción del contrato. // (...). // Máxime cuando no se ha fijado legalmente un término perentorio para adelantar el proceso de contratación, más aún, tratándose de un contrato de concesión de un servicio público a cargo del Estado, dada su especificidad”.

¹⁰ Folio 62 y 63, cuaderno 1.

4.6. El recurso de apelación

La Personería Municipal de Soacha impugnó la sentencia de primera instancia y sustentó su recurso el 7 de diciembre de 2004; el referido recurso de apelación fue admitido por el Consejo de Estado mediante auto de 23 de enero de 2006¹¹, una vez que el Tribunal *a quo* resolvió un recurso de reposición interpuesto por el municipio de Soacha¹².

En los argumentos de la apelación la Personería Municipal expuso las razones por las cuales la sentencia de primera instancia no debió ser desestimatoria, para lo cual abordó los siguientes puntos:

i) Expuso que la nulidad absoluta se ocasiona por la violación de los requisitos esenciales de la contratación.

Agregó que una de las vías para llegar a la nulidad absoluta del contrato es la omisión de las normas imperativas en que se funda la actividad de contratación y, por ello, el numeral 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, señala como causal de nulidad de los contratos el *que “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten”*. En la misma forma, recordó que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo establece que una vez celebrado el contrato *“la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato”*.

Observó que de acuerdo con la Resolución 603 de septiembre 4 de 1998 se ordenó la apertura de la licitación a partir del 5 de octubre de 1998 y con fecha de cierre el 27 de octubre de 1998; no obstante, destacó que la Alcaldía expidió luego la Resolución 732 de 21 de octubre de 1998 en la cual estableció como fecha de apertura el 4 de noviembre y de cierre el 24 de noviembre de 1998, de manera que violó el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual no permitía desplazar la fecha de apertura, sino únicamente extender la fecha de cierre de la licitación.

ii) Invocó la violación del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 209 de la Constitución Política, acerca de la transparencia en la función administrativa de la contratación pública. Narró que en la audiencia de aclaración de pliegos a realizarse el 8 de octubre de 1998 no se hizo presente interesado alguno y que, sin embargo, la Unión Temporal ganadora de la licitación aportó una póliza de seriedad de la oferta tomada desde el referido 8 de octubre de 1998, para la cual debió determinar el monto de la inversión a ofrecer en la concesión, de manera que, según afirmó la Personería Municipal, se sugiere que dicha Unión Temporal tuvo acceso previo a los pliegos de la licitación. Agregó que, además, no se acreditó el pago de la referida póliza.

También argumentó acerca de la insuficiencia de la carta de intención que la Unión Temporal aportó para garantizar la financiación del proyecto.

¹¹ Folio 202, cuaderno principal segunda instancia

¹² Auto de 10 de marzo de 2005, obrante en los folios 196 y 197, cuaderno principal.

Reseñó la falta de transparencia del procedimiento de licitación que derivó del hecho de que en el flujo de caja presentado con la oferta de la Unión Temporal ganadora se incorporó el costo por facturación dentro del cual –según afirmó– se consideró el valor de la energía, a pesar de que este último solo se podía definir a la firma del contrato.

Expuso que los anteriores hechos demuestran la desviación de poder en la adjudicación de la licitación pública y, por ello, insistió en que la sentencia de primera instancia debió acceder a las pretensiones de la demanda.

4.7. Alegatos en segunda instancia

En la oportunidad para alegar, el municipio de Soacha advirtió que las pretensiones de la acción estaban enfocadas a la nulidad del contrato, al paso que los argumentos de la apelación se refirieron a otra clase de actos e introdujeron nuevos supuestos de hecho y de derecho, sobre los cuales la Administración municipal no fue llamada a defenderse en el presente proceso.

Como consecuencia, alegó que dichos argumentos deben ser rechazados, en tanto constituyen una variación de la pretensión inicial.

A su turno, la Unión Temporal demandada alegó la inexistencia del recurso de apelación, toda vez que antes que cuestionar la legalidad de la decisión adoptada por el Tribunal *a quo*, la Personería Municipal introdujo unas supuestas irregularidades del proceso de selección, las cuales nunca mencionó en la demanda.

Insistió en la legalidad de su actuación como proponente, en cuanto se presentó a una licitación en la que en el acto de apertura la Administración invocó estar obrando de acuerdo con las facultades constitucionales del artículo 315 de la Constitución Política y las legales derivadas de los artículos 24 y 30 de la Ley 80 de 1993, el Acuerdo 030 de 1998 y las resoluciones de apertura de la licitación. Reiteró que en su criterio el Alcalde contaba con la autorización para contratar derivada de la Ley 80 de 1993 y del Acuerdo 02 de 1995 de manera que el Acuerdo 030 de 1998 solo constituyó una *“autorización adicional para adelantar los trámites contractuales que culminaron con la suscripción del contrato 004 de 1999”*¹³.

Agregó que no existieron los supuestos de hecho ni de derecho que presentó la Personería Municipal, puesto que el plazo para contratar no podía entenderse como límite para concluir los trámites, *“porque de ser así el Concejo estaría regulando temas contractuales (...) interfiriendo en las funciones y tareas propias del alcalde municipal”*.

¹³ Folios 217 y 218, cuaderno principal segunda instancia.

Finalizó advirtiendo que no obra en el expediente prueba alguna que demuestre que el Alcalde estuvo movido por intereses distintos a los de la contratación estatal y que la molestia de la Personería Municipal se originó en su momento por la creación y cobro de la tasa de alumbrado público en el municipio de Soacha, la cual fue realizada a través del Decreto 046 de 1999, sobre cuya legalidad se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁴.

4.8. Improcedencia de la aplicación de la cláusula compromisoria

Mediante auto de 14 de agosto de 2004 el Consejero Ponente declaró la nulidad de lo actuado por considerar la falta de jurisdicción y competencia en virtud de la existencia de cláusula compromisoria en el Contrato de Concesión 004 de 1999.

No obstante, en providencia de 12 de noviembre de 2015, la Sección Cuarta del Consejo de Estado dejó sin efecto el aludido auto al conceder el amparo de tutela invocado por la Personería Municipal de Soacha, con fundamento en que la cláusula compromisoria atañe únicamente a las partes del contrato, no siendo la Personería Municipal – ni el Personero – una de ellas en el asunto *sub lite*. En esa decisión se ordenó a la Subsección A proceder a emitir el fallo correspondiente a este proceso.

Mediante decisión de 18 de febrero de 2016 la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la decisión de la Sección Cuarta.

No existiendo, entonces, causa de nulidad que afecte lo actuado, pasa la Sala a dictar sentencia de segunda instancia.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** caducidad de la acción de nulidad absoluta del contrato; **3)** legitimación en la causa; **4)** pruebas aportadas al proceso; **5)** las potestades del Concejo Municipal y del Alcalde en materia de la contratación estatal de la concesión de alumbrado público; **6)** límites del Juez en las controversias contractuales: congruencia de la decisión y respeto por el derecho de contradicción; **7)** límites en la apelación; **8)** el caso concreto y **9)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado

1.1. Jurisdicción Competente

¹⁴ Anexó sentencia de septiembre 16 de 2004, radicado 25000234240002004-0462-01, Magistrado ponente: William Giraldo, Sección Primera, Subsección A. Igualmente aportó la sentencia de 20 de noviembre de 2008, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se denegaron las pretensiones de una acción popular entablada por los habitantes del Conjunto Residencial Iguazú-Comuna 5- Barrio San Mateo de Soacha, por el supuesto cobro abusivo del tributo.

Con fundamento en el criterio orgánico que se adoptó en la Ley 80 de 1993¹⁵, en concordancia con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo¹⁶, siendo en este caso una de las partes del contrato impugnado una entidad estatal, se confirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto.

1.2. Cuantía

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión de nulidad contractual se estimó en la suma de \$2.362'200.000, la cual corresponde al valor del Contrato de Concesión No. 004 de 1999, monto que resulta superior a la suma exigida de conformidad con el Decreto 597 de 1988¹⁷, para que un proceso contractual tuviera vocación de doble instancia.

2. Caducidad de la acción de nulidad absoluta del contrato estatal

El artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en relación con la caducidad de las acciones, dispuso acerca de la acción orientada a obtener la nulidad del contrato:

"Artículo 136. Caducidad de las acciones.

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

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

"(...).

¹⁵ Artículos 2 y 75.

¹⁶ El criterio orgánico se refiere a la asignación de jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales con base en la naturaleza de entidad pública de una de las partes del contrato, de acuerdo con la enumeración del artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Este criterio fue corroborado como regla general de la determinación de la jurisdicción competente, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, la cual entró a regir el 8 de julio de 1998 y por el artículo 1º de la Ley 1106 de 27 de diciembre 2007. Igualmente constituye la regla general de jurisdicción y competencia en el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) el cual entró a regir el 2 de julio de 2012.

¹⁷ Toda vez que la demanda se presentó el 14 de julio de 2003 y el recurso de apelación se interpuso el 7 de diciembre de 2004, por cuanto para esa fecha se encontraban suspendidas las disposiciones que en este aspecto se hallan contenidas en la Ley 446 de 1998, teniendo en cuenta que no habían entrado en funcionamiento los juzgados administrativos. De conformidad con el Decreto 597 de 1988 y los ajustes de la suma fija allí referida, la cuantía mínima para que los procesos contractuales se pudieran considerar de doble instancia era la suma de \$51'730.00, a 1º de enero de 2004.

“e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento¹⁸.” (La negrilla no es del texto).

En el caso concreto se observa que en el contrato *sub judice*, suscrito con el objeto de entregar en concesión el mantenimiento y operación de la infraestructura del servicio de alumbrado público en el municipio de Soacha, se estableció una duración por el término de veinte (20) años contado a partir de la fecha de iniciación¹⁹ y, como consecuencia, de acuerdo con lo previsto en la letra e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que el acta de iniciación del Contrato de Concesión 004 de 1999 se suscribió el 2 de junio de 1999²⁰, se puede establecer que la oportunidad para incoar la acción en el presente caso fue de cinco (5) años, es decir, hasta el 2 de junio de 2004.

Teniendo en cuenta que la demanda en este litigio fue presentada por la Personería Municipal de Soacha el 14 de julio de 2003, la Sala observa que se encontró dentro del plazo establecido en la citada letra e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, no operó la caducidad de la acción que ahora se desata.

3. Legitimación en la causa

3.1. Legitimación activa del Personero Municipal

Según ha observado reiteradamente la jurisprudencia nacional, la participación del Ministerio Público en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo reviste dos modalidades: **i)** o bien se despliega en calidad de demandante y en tal evento el Ministerio Público se constituye en una parte procesal, como sucede específicamente en el caso de la acción o medio de control que el Ministerio Público instaura para obtener la declaración de nulidad absoluta del contrato estatal en desarrollo de la atribución consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, **ii)** o bien, el Ministerio Público obra en el proceso en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, respecto de las cuales se le reconoce una *“facultad –deber”* de intervención en los procesos contenciosos,

¹⁸ **Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-709 de 2001, bajo el entendido de que si se produce modificación o adición del contrato inicialmente celebrado, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas.**

¹⁹ Cláusula Tercera, folio 301, cuaderno 4.

²⁰ Según consta en el acta de suspensión de 1o de agosto de 2003, obrante en los folios 310 a 312 del cuaderno 4.

como representante de la sociedad y del Estado, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, de los derechos y garantías de las personas (art. 277 numeral 7º C.P.), en cuyo caso se trata de un sujeto procesal especial ²¹ que no reviste el carácter de “*parte*” en la contienda judicial, en sentido estricto del término.

Particularmente, en aquellos juicios en los cuales la controversia sobre el contrato se traba en defensa de la legalidad o de la cosa pública, se puede predicar que en la actividad jurisdiccional el Juez tiene un compromiso democrático con la justicia de lo público, de la *res pública*, toda vez que la disputa no se establece entre las partes del contrato y, en su lugar, la *litis* se concentra en el campo de la legitimidad de la actividad contractual del Estado. Un caso de ejemplo acerca de esta función del Juez es precisamente aquel en que el Ministerio Público actúa como accionante²² y su demanda se direcciona contra el Estado contratante.

Bajo este entendido, en el presente proceso no hay lugar a discusión sobre la legitimación en la causa por activa que asiste a la Personería Municipal de Soacha para impetrar la demanda orientada a la declaración de nulidad del Contrato de Concesión 004 de 1999, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

3.2. Legitimación pasiva por parte de la Unión Temporal contratista

Es pertinente observar que la vinculación de la Unión Temporal que figura como parte contratista en el Contrato de Concesión 004 de 1999 se considera debidamente realizada en el proceso entablado para obtener la nulidad del referido contrato, en la medida que compareció mediante poder otorgado por el representante legal de la referida Unión Temporal, conclusión a la cual se llega teniendo en cuenta la observancia de la sentencia de unificación de 25 de septiembre de 2013²³.

4. Las pruebas aportadas al proceso

²¹ Corte Constitucional, sentencias C 479 de 1995 y C 568 de 1997. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 27 de septiembre de 2012, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, radicación número: 08001-23-31-000-2008-00557-01(44541), actor: Robert Enrique Zamora Zapata y otros, demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación y otros, otros, referencia: acción de reparación directa.

²² “*En efecto, la primera consecuencia de la tesis de la co-originalidad entre ‘derecho’ y ‘democracia’ concierne a la manera por la cual opera la función de ‘juzgar’ frente a la ‘legalidad’ y a la ‘legitimidad’.* // (...) de ello se desprende entonces que el día de hoy el juicio judicial debe comprenderse en la exigencia de un ‘dar cuenta’ democrático. Más allá del simple hecho de que un juicio judicial constituya el ‘derecho’ para las partes directamente implicadas, conviene entenderlo más allá de ello y sobre todo considerarlo como un componente de un proceso de aprendizaje extendido frente a la constitucionalidad y a lo jurídico”. Bajarne Melvekevnik, *Jueces y Democracia*, artículo publicado en *Instituciones Judiciales y Democracia*, Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910, publicación del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá, septiembre de 2011, páginas 57 a 85.

²³ El Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Tercera, mediante sentencia de 25 de septiembre de 2013 resolvió “**UNIFICAR la Jurisprudencia en relación con la capacidad con la cual cuentan los consorcios para comparecer como partes en los procesos judiciales en los cuales se debaten asuntos relacionados con los derechos o intereses de los que son titulares o que discuten o que de alguna otra manera les conciernen**”.

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

4.1. Acuerdo No. 02 de 30 de Octubre de 1995, por medio del cual se expidió el Estatuto Orgánico del Presupuesto General del municipio de Soacha²⁴.

4.2. Decreto 92 de marzo 24 de 1998 por medio del cual el Alcalde Municipal de Soacha convocó al Concejo Municipal a sesiones extraordinarias; entre otros asuntos relacionó el proyecto de acuerdo para contratar la concesión de alumbrado público²⁵.

4.3. Documento contentivo de la exposición de motivos para el acuerdo mediante el cual se autorizó al Alcalde del municipio de Soacha para solucionar el servicio de alumbrado público²⁶.

4.4. Acuerdo 030 de abril 3 de 1998, por medio del cual el Concejo Municipal de Soacha autorizó al Alcalde para contratar por el sistema de concesión el servicio de alumbrado público y concedió otras autorizaciones relacionadas con el mismo asunto²⁷.

4.5. Constancia expedida por el Secretario General del Concejo Municipal de Soacha en la cual certificó que el Acuerdo 030 de 1998 surtió dos debates reglamentarios, en las siguientes fechas: marzo 28 de 1998 y abril 3 de 1998²⁸.

4.6. Decreto 160 de junio 8 de 1998 por medio del cual el Alcalde Municipal de Soacha ordenó los trámites pertinentes a la celebración del contrato de asesoría para la elaboración de los pliegos de condiciones de la Licitación Pública para otorgar por el sistema de concesión el suministro, instalación y administración de la infraestructura y todos los elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público del municipio de Soacha²⁹.

4.7. Resolución 603 de septiembre 4 de 1998, mediante la cual el Alcalde del municipio de Soacha ordenó la apertura de la Licitación Pública 003 de 1998³⁰, con el objeto de dar en concesión el sistema de alumbrado público del municipio.

4.8. Audiencia de aclaración de pliegos de 8 de octubre de 1998, a la cual no se presentaron interesados³¹.

²⁴ Folios 64 a 106, cuaderno 1.

²⁵ Folio 20 y 21, cuaderno 2.

²⁶ Folio 6, cuaderno 2.

²⁷ Folio 2, cuaderno 3.

²⁸ Folio 8, cuaderno 3.

²⁹ Folio 29 y 30, cuaderno 2.

³⁰ Folio 46 vuelto y 47, cuaderno 2.

³¹ Folio 34, cuaderno 2.

4.9. Decreto 204 de 19 de octubre de 1998, mediante la cual el Alcalde del municipio de Soacha decidió modificar los pliegos de condiciones y el cronograma de la Licitación Pública 003 de 1998³².

4.10. Documento contentivo de los Términos de Referencia de la Licitación Pública 003, con fecha noviembre de 1998³³.

4.11. Resolución 732 de 21 de Octubre de 1998, mediante la cual se modificó y reprogramó la apertura y el cierre de la Licitación Pública 003 de 1998³⁴.

4.12. Acta de la audiencia y aclaración de los pliegos de la Licitación Pública 003 de 1998, celebrada el 9 de noviembre de 1998³⁵.

4.13. Documento de respuesta a las aclaraciones solicitadas por los proponentes en la audiencia de 9 de noviembre de 1998³⁶.

4.14. Resolución 787 de 20 de noviembre de 1998, por medio de la cual se amplió la fecha de cierre de la Licitación Pública 003 de 1998, hasta el 2 de diciembre de 1998.

4.15. Propuestas presentadas en diciembre 2 de 1998 por: **i)** Unión Temporal Soacha Ciudad Luz y **ii)** Unión Temporal Diselecsa Ltda. – Eléctricas Medellín, dentro de la Licitación Pública 003 de 1998³⁷.

4.16. Resolución 913 de 23 de diciembre de 1998, por medio de la cual el Alcalde Municipal amplió el término para la adjudicación de la Licitación Pública No. 003 de 1998³⁸.

4.17. Contrato de Concesión 004 de 19 de enero de 1999³⁹.

4.18. Cláusula modificatoria y adición al contrato de concesión 004 de 1999, suscrita el 17 de febrero de 2003⁴⁰.

4.19. Actas de suspensión y reiniciación del Contrato de Concesión 004 de 1999⁴¹.

³² Folio 323, cuaderno 2.

³³ Folio 103 a 162, cuaderno 2.

³⁴ Folio 324, cuaderno 2

³⁵ Folio 36 vuelto, cuaderno 2.

³⁶ Folio 46, cuaderno 2.

³⁷ Folio 51, cuaderno 2, folios 1 a 298, cuaderno 4.

³⁸ Folio 4, cuaderno 2.

³⁹ Folios 9 a 17, cuaderno 2.

⁴⁰ Folios 278 a 317, cuaderno 4.

⁴¹ Folios 308 a 318, cuaderno 4.

5. Las potestades del Concejo Municipal y del Alcalde en materia de la contratación estatal de la concesión de alumbrado público

De conformidad con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de concesión fue definido de la siguiente forma:

“4o. Contrato de concesión

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

Por otra parte, la Ley 143 de 1994, por la cual se estableció el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, contempló concretamente la competencia de las entidades municipales para celebrar los contratos de concesión, dentro del contexto de las actividades del servicio público de electricidad⁴².

⁴² La Ley 143 de 1994 no se refirió en forma concreta a la concesión del servicio de alumbrado público, ni al alcance de la misma. Mediante la Resolución 043 de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Energía –CREG - se definió el *servicio de alumbrado público* a cargo del municipio, se dictaron reglas sobre el suministro de energía eléctrica destinada al alumbrado público, así como sobre la prestación del servicio de mantenimiento y expansión de la infraestructura requerida para prestar ese servicio, norma que se complementó con la Resolución 043 de 1996.

En el artículo 2º de la Resolución 043 de 1995, se aclaró la posibilidad de que el municipio celebrara convenios o contratos para el mantenimiento o expansión del alumbrado público, con entidades distintas de la empresa que suministra la energía eléctrica, entendidos, entonces bajo las reglas de la Licitación Pública de la Ley 80 de 1993, así:

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

Mediante el Decreto 2426 de 2006, expedido con posterioridad a los hechos materia de este proceso, se indicó que el régimen de contratación estatal era aplicable a los contratos relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público:

“Artículo 6º. Régimen de contratación. Todos los contratos relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público, que celebren los municipios o distritos con los prestadores del mismo,

Conviene recordar la modificación de alcance que introdujo la Ley 80 de 1993, en relación con las potestades de los entes territoriales en la definición de los estatutos de contratación, puesto que en el régimen de contratación anterior⁴³, el artículo 5° de la Ley 19 de 1982 otorgaba a los departamentos y a los municipios la facultad de regular, a través de sus normas fiscales, lo pertinente a la *“formación y adjudicación de los contratos que celebren y las cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio”*.

No obstante, mediante la Ley 80 de 1993 se expidió un Estatuto General de Contratación, con cobertura sobre la contratación de las entidades estatales definidas en el artículo 2o de la normativa, en el cual se incluyeron expresamente las entidades territoriales.

En este contexto, se advierte que los Concejos Municipales carecen de competencia para crear requisitos de formación y adjudicación de los contratos estatales, en lo cual deben atenerse a lo dispuesto por el Régimen de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política y con el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 – Ley de Municipios – resulta viable para el Concejo Municipal disponer el requisito de la autorización previa para contratar, la cual se debe producir en los términos del Reglamento de esa Corporación y, según ha observado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁴⁴, se debe referir entonces a los aspectos reglamentarios o administrativos de la decisión correspondiente.

se regirán por las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen”.

La Ley 1150 de 2007, artículo 29, expedida igualmente con posterioridad a los hechos materia de este proceso, impuso la diferenciación obligatoria de los contratos celebrados para el suministro de energía eléctrica, reiterando que estos últimos se encuentran cobijados por las normas de la Ley 142 y 143 de 1994:

“Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público, pues este se regirá por las Leyes 142 y 143 de 1994. La Creg regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto”.

⁴³ Decreto-ley 222 de 1983.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina, 5 de junio de 2008, radicación No. 1.889,1001-03-06-000-2008-0022-00. *“En ese mismo contexto debe entenderse el artículo 110 del Decreto 111 de 1996, que al referirse a la capacidad de los representantes legales y jefes de las entidades del Estado para contratar y ejecutar el presupuesto, señala expresamente que dichas facultades se ejercerán ‘teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes’, entre las cuales se encuentran, como ya se vio, los artículos 313-3 de la Constitución y 32-3 de la Ley 136 de 1994, que exigen una reglamentación del concejo municipal de la autorización para contratar por parte de los alcaldes”.*

En efecto, la Ley 136 de 1994, por la cual se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, consagró la atribución de los Concejos Municipales para reglamentar la función de autorización en la contratación por parte del Alcalde Municipal y en su artículo 32⁴⁵ dispuso que los Concejos Municipales deben señalar los casos en que la autorización se requiere en forma previa a la celebración del contrato estatal, así:

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

“(…).

“3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo”⁴⁶. (La negrilla no es del texto).

Se observa igualmente que el artículo 11 de la Ley 80 de 1993⁴⁷ siguió con claridad la regla de atribuciones conferida al Alcalde Municipal en el artículo 315 de la Constitución Política toda vez que la Carta Constitucional reviste al Alcalde de la calidad de director de la función administrativa del municipio y Representante Legal del mismo⁴⁸. En este sentido se entiende que el artículo 11 de la Ley 80 estableció una reiteración de la norma constitucional citada, puesto que dispuso que el Alcalde es el funcionario competente a nivel de la entidad territorial para adelantar la celebración del contrato, a la vez que precisó que deberá proceder *“en los términos y condiciones que reglen las normas legales que regulen la organización y funcionamiento de tales entidades.”* (Subraya y negrilla no son del texto).

⁴⁵ Reformada y actualizada por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, con posterioridad a los hechos materia de este proceso.

⁴⁶ En idéntico sentido se estipuló en la Ley 1551 de 2012.

⁴⁷ Ley 80 de 1993. “Artículo 11º.- De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.

“1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

“(…)

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

“a) (…).

“b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, **los alcaldes municipales** y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades”. (La negrilla no es del texto).

⁴⁸ Constitución Política. “Artículo 315. Son atribuciones del alcalde: (...) 3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente (...)”.

Así las cosas, para el caso de los municipios, el legislador estableció en la Ley 136 de 1994 la potestad de cada Concejo Municipal para reglamentar los eventos en los cuales el Alcalde debe contar con la autorización previa para contratar. A partir de dicha norma, se observa que la autorización puede ser establecida en forma general o especial, la primera de ellas, por ejemplo, en el momento de aprobar el presupuesto municipal, el plan o proyecto respectivo, según disponga el respectivo Acuerdo del Concejo Municipal.

La misma Ley 80 de 1993 establece en el artículo 25, en materia del principio de economía, que las corporaciones de elección popular *“no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación*, norma en la cual se dispuso igualmente, de conformidad con lo previsto en el artículo 313 de la Constitución Política, que los Concejos Municipales *“autorizarán a los Alcaldes para la celebración de los contratos”*⁴⁹.

Es útil observar que, además, la autorización para contratar difiere de otro supuesto que establece la Constitución Política, el cual consiste en la posibilidad de delegar *“pro tempore”* aquellas potestades que corresponden a las funciones que sean propias del Concejo Municipal⁵⁰.

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

Todo lo antedicho ha sido expuesto en detalle por la Subsección A, en cuyo análisis concluyó:

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

⁴⁹ De acuerdo con la Ley 1551 de 2012, artículo 18, parágrafo 4, el requisito de la autorización se exige en los siguientes casos.

“De conformidad con el numeral 3º del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:

- 1. Contratación de empréstitos.*
- 2. Contratos que comprometan vigencias futuras.*
- 3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.*
- 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.*
- 5. Concesiones.*
- 6. Las demás que determine la ley”.*

⁵⁰ Constitución Política. *“Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo”.*

reglamento del respectivo Concejo Municipal, antes de iniciar el procedimiento respectivo.⁵¹”

6. Límites del Juez en las controversias contractuales: congruencia de la decisión y respeto por el derecho de contradicción

Una de las líneas más importantes en la tarea del juez de controversias contractuales, derivadas de un contrato estatal, constituye aquella que marca el derrotero para el análisis de las pretensiones de la demanda y los argumentos de la apelación, en orden a asegurar la actuación judicial, dentro del límite de la congruencia entre lo que se debate en el proceso y aquello que se resuelve en la sentencia⁵².

En la base para construir esa línea jurisprudencial se encuentran dos concepciones propias de la labor del Juez en el contrato estatal: **i)** la que establece que el Juez debe buscar la verdad y definir la justicia por encima de la forma en que las partes hayan expresado sus pretensiones y defensas, puesto que estas siempre serán de alguna manera interesadas⁵³. En esta actividad el Juez busca entender la realidad de los hechos e integrarlos al sentido de las pretensiones; escudriña lo que dicen las pruebas para encausar la decisión; **ii)** la actividad que se enfoca en resolver la contienda que se le expone en la demanda y aplicar la solución jurídica a una disputa entre dos partes, sin introducir en ello factores distintos de los que le fijan las pretensiones y la defensa en el caso *sub judice*. En este último supuesto el Juez se concentra estrictamente en la causa que se demanda y no requiere entrar a esclarecer pruebas que indicarían otros hechos distintos de los que exponen las partes.

Se puntualiza que en las controversias contractuales, por la complejidad de las relaciones entre las partes, la diversidad de las cláusulas del contrato y la multiplicidad de las situaciones que se pueden presentar, es usual encontrar que las pretensiones y los motivos de defensa en el proceso judicial son difusos, toda vez que lo que las partes pueden pretender en el ámbito de la acción –o el medio de control – contractual es de diversa índole⁵⁴. Así las cosas, en muchas ocasiones,

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente (e): Hernán Andrade Rincón, radicación 660001233100220040109801, expediente 33832, sentencia de 29 de mayo de 2014, demandantes: Personero Municipal de Pereira y otro, demandados: municipio de Pereira y otro.

⁵² “Artículo 170 C.C.A. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”.

⁵³ “Sin embargo, se debe subrayar, el punto de vista del juez y del jurado es sustancialmente diferente: se supone que son neutrales y objetivos, pues se espera que decidan sobre el caso eligiendo una versión verdadera de los hechos en litigio. Por lo tanto, se les exigen que usen los medios de prueba, como un recurso heurístico y no como un argumento persuasivo”. Michele Taruffo, La Prueba, Editorial Marcial Poin, Filosofía y Derecho, Madrid 2008, Página 28.

⁵⁴ “Artículo 87 C.C.A. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones,

la fijación de aquello sobre lo que se debate termina exigiendo un importante esfuerzo de entendimiento y concreción en torno de las potestades del Juez y de la congruencia de la sentencia.

Sin embargo, para el propósito de esta providencia, la Sala identifica a continuación aquellos aspectos en los que convergen las distintas concepciones de la actividad judicial: la potestad del Juez de controversias contractuales tiene límites, entre otros: **i)** la congruencia entre lo que se demanda y lo que se decide⁵⁵; **ii)** lo probado en el proceso. No cabe apartarse de la prueba para fallar con apoyo en el conocimiento privado o en la generalización de las conductas de las entidades contratantes o contratistas⁵⁶; **iii)** la ley aplicable: corresponde al Juez identificar la ley aplicable, con independencia de aquella que haya sido invocada por las partes⁵⁷; **iv)** el respeto al debido proceso⁵⁸, es decir, no puede el Juez establecer la condena en la controversia contractual sobre un aspecto sobre el cual no se contó con la oportunidad de contradicción entre las partes.

Ahora bien, un supuesto de flexibilización del deber de congruencia se ha identificado en materia de las causales de nulidad absoluta del contrato estatal. Esta Corporación ha sostenido que el Juez puede declarar la nulidad absoluta del contrato, en los casos de la violación comprobada de la ley imperativa, aún en ausencia de disputa explícita en el debate judicial, siempre y cuando: **i)** hayan comparecido al proceso todas las partes del contrato; **ii)** la causal de la nulidad del contrato se encuentre probada en el proceso y, **iii)** no haya ocurrido la caducidad de la acción o, en su caso, la prescripción del derecho que se encuentra afectado por la nulidad.

En esta oportunidad, la Sala advierte que la potestad de decretar la nulidad absoluta del contrato, de manera oficiosa, debe soportarse en la observancia previa del derecho de contradicción de las partes. Esta aseveración llama a una reflexión acerca del derecho de defensa y de contradicción, pues las facultades del Juez para decretar la nulidad absoluta de un contrato, con fundamento en una causal no discutida en el proceso, pueden utilizarse, empero, resulta evidente que no cabe

condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas”.

⁵⁵ Artículo 170 C.C.A.

⁵⁶ “*Jurisdictio: ultra id quod in judicium deductum est excedere potestas iudicis non potest.*”. “*La potestad del Juez no puede exceder de lo deducido en juicio*”. Definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas, Juan Iglesias-Redondo, Editorial Civitas, Madrid 1986, página 167.

⁵⁷ “*Da mihi factum, dabo tibi ius*”, aforismo latino del que se destaca la potestad del Juez para definir el derecho. Se expresa usualmente bajo la siguiente máxima: “*dame los hechos, yo te daré el derecho*”.

⁵⁸ “*Artículo 29 C.P. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*”.

“*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)*”.

apartarse de las pruebas expuestas a la contradicción en el respectivo litigio⁵⁹.

En realidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del contrato no puede ser entendida en el sentido de haber instalado una facultad omnímoda para fallar *extra petita*, en caso de la evidencia de cualquier violación legal. Lo correcto es entender que la jurisdicción en materia de controversias contractuales ha establecido la posibilidad de reubicar la pretensión dentro del contexto fáctico que se evidenció en el plenario y de aplicar la ley pertinente, con independencia de la forma y el tenor literal en que la causa haya sido expuesta por las partes. Es decir, se reconoce la potestad para decidir sobre la violación de la ley imperativa y decretar la nulidad del contrato aunque no haya sido invocada en el proceso, sin embargo, en caso alguno puede desconocerse el derecho constitucional al debido proceso. De lo anterior se concluye que le está vedado al Juez apartarse de lo que demuestren las pruebas expuestas en el plenario, esto es, que sigue siendo un elemento *sine qua non* que existan las pruebas de la causal de nulidad y que hayan estado expuestas a la oportunidad de su contradicción, aunque las partes hayan guardado silencio sobre ello.

Ello es especialmente importante en aquellos casos en los cuales: **i)** la transgresión de la prohibición legal no ha sido expuesta a la contradicción y aunque la violación de la ley se avizora por el Juez, también, a su juicio, es evidente que no convoca inexorablemente a la nulidad del contrato, por ejemplo, porque la violación de la ley solo afecta a una parte del contrato o constituye un elemento accidental del mismo⁶⁰; y, también cuando **ii)** el Juez observa que la apreciación de la nulidad absoluta del contrato podría mutar con el influjo de otros elementos de su formación, cuyo contenido no hizo parte del plenario.

En los eventos que se acaban de citar se hace necesario apreciar la diferencia entre las causas de nulidad absoluta que afectan el contrato y aquellas que solo inciden en algunas de sus cláusulas o en la forma como las obligaciones del contrato pueden ser cumplidas.

De lo anterior se concluye que el Juez de lo Contencioso Administrativo debe obrar

⁵⁹ "Artículo 170 C.C.A. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas".

⁶⁰ "se tiene que la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: Violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita"⁶⁰ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Sentencia de 2 de mayo 2007, radicación 850012331000033901 (15599), Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Nohora Chaparro de Torres, demandado: departamento de Casanare, referencia: contractual - apelación sentencia.

cautelosamente para establecer el asunto litigioso y, eventualmente, para abordar la declaración de nulidad absoluta del contrato dentro de los límites de su jurisdicción y competencia con fundamento en el acervo probatorio.

7. Límites en la apelación

Los límites del Juez de apelación, se encuentran en: **i)** la sustentación del recurso, tanto en los aspectos apelados como en los argumentos expuestos por el apelante, por fuera de los cuales, como regla general, no le es dado fallar y **ii)** el principio de la *non reformatio in pejus*⁶¹, según el cual, en la apelación no se puede agravar la posición del apelante único.

Para ilustrar los aspectos antedichos basta con reiterar lo siguientes apartes de la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia⁶² de la sentencia como el principio dispositivo⁶³, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido

⁶¹ “Artículo 31 C.P. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

⁶² *“En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:*

‘De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional’.”.

⁶³ *“Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:*

‘La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin’. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso’.”.

‘Son características de esta regla las siguientes:

que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’⁶⁴.

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada⁶⁵.

8. El caso concreto

La Sala establece en este caso que, de acuerdo con la demanda y con el contenido del recurso de apelación, solo le corresponde estudiar la nulidad absoluta del Contrato de Concesión 004 de 1999 invocada con fundamento en el hecho del vencimiento del plazo de seis meses, contenido en el artículo primero del Acuerdo 030 de 1998, por medio del cual el Concejo Municipal autorizó al Alcalde para contratar la concesión del servicio de alumbrado público del municipio.

Lo anterior, se ubica en este proceso desde la óptica del artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁶⁶, en relación con la posible violación de la ley o de la Constitución Política, y

‘(...). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado’ (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁶⁴ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de febrero de 2012, radicación No.:500012331000199706093 01 (21.060), actor: Reinaldo Idárraga Valencia y otros, demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército, referencia: sentencia de unificación jurisprudencial.

⁶⁶ “Artículo 44º.- De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

“(...).

“2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

también cabe atender la invocación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, con el propósito de valorar la eventual desviación de poder en la contratación frente a la supuesta transgresión del término de la autorización otorgada.

De esta manera, el problema jurídico que se debe resolver se concreta en definir si por causa del vencimiento del término fijado en el Acuerdo 030 de 1988 contentivo de la autorización para contratar la concesión: **i)** el Alcalde municipal violó la Ley o la Constitución Política al suscribir el contrato de concesión, o, **ii)** el Alcalde municipal perdió sus facultades y, como consecuencia, obró sin poder suficiente para celebrar el aludido contrato.

En caso de encontrar probado alguno de los antedichos supuestos, se deberá establecer si procede o no declarar la nulidad absoluta del contrato y, en su caso, ordenar la liquidación y la restitución de inversiones y costos, tal como lo demandó la Personería Municipal en este proceso.

Resulta importante acotar que el alcance de la demanda y del recurso de apelación en el *sub lite* se restringe al estudio de la pretendida nulidad del contrato por las dos causas mencionadas y no es pertinente entrar a apreciar la eventual ocurrencia de la causal relacionada en el numeral 4o. del artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁶⁷, en relación con los actos administrativos expedidos en el procedimiento de la contratación⁶⁸.

Se llega a la anterior apreciación, toda vez que dichos actos administrativos no fueron objeto de demanda, y sobre ellos gravita la presunción de legalidad, amén de que los aspectos referidos al contenido de las autorizaciones no hicieron parte del debate, ni existen pruebas suficientes expuestas en el acervo probatorio para llegar a una conclusión sobre la legalidad de tales actos.

A continuación se estudian los aspectos materia de la apelación:

8.1. Alcance de la autorización para contratar

8.1.1. Insuficiencia de la autorización general

De conformidad con el Acuerdo 02 de 1995, el Concejo Municipal de Soacha dispuso:

“(…).

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

⁶⁷ “4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten;”

⁶⁸ Los decretos municipales y las resoluciones de apertura de la licitación y reprogramación de la licitación pública.

“ARTICULO 82. CAPACIDAD DE CONTRATACION Y AUTONOMÍA PRESUPUESTAL

“(…).

“En consecuencia, en los presupuestos anuales del municipio se entienden incorporadas y otorgadas las autorizaciones necesarias para la celebración de los contratos que requieran la ejecución de dichos presupuestos”.

La antedicha disposición, contenida en forma general en el estatuto de presupuesto del municipio de Soacha, se estima insuficiente en relación con la autorización requerida para celebrar el Contrato de Concesión 004 de 1998, teniendo en cuenta que: **i)** el estatuto de presupuesto municipal se refirió únicamente a los presupuestos anuales y, en este caso, el Contrato de Concesión se ejecutaría en más de una anualidad presupuestal, según se infiere desde la perspectiva que otorga la cláusula de vigencia, en la cual se estableció la duración por el término de 20 años; **ii)** en relación con el Contrato de Concesión 004 de 1999 no se encontraba incorporado en el presupuesto del municipio – vigencia de 1998 – el ingreso para atender el aludido contrato, de manera que no se podía entender amparado en la autorización general derivada de la aprobación del presupuesto. Se afirma lo anterior, por cuanto en el mismo Acuerdo 030 de 1998, en su artículo tercero, el Concejo Municipal otorgó las facultades al Alcalde para reglamentar “la tasa”⁶⁹ de alumbrado público, con fundamento en la cual se debía definir el valor del Contrato de Concesión, el cual a su vez debía ser incorporado en la cláusula segunda del referido contrato.

De acuerdo con lo observado, en este caso no era suficiente la autorización general referida en el estatuto de presupuesto, para efectos de que el Alcalde pudiera entenderse cobijado por una aprobación para celebrar el Contrato de Concesión 004 de 1999.

8.1.2. Análisis del término de la autorización

Es cierto que el Contrato de Concesión se celebró el 19 de enero de 1999, habiéndose vencido el término de seis meses para contratar la concesión, si se cuenta dicho término a partir de la sanción del Acuerdo 030 de 1999, ocurrida el 8 de abril de 1998, según la constancia de sanción incorporada con la firma del Alcalde, al respaldo del texto del respectivo Acuerdo.

⁶⁹ El alcance del término “tasa” no fue definido en ese acto. Parece ser que el Concejo Municipal se refirió al impuesto de alumbrado público.

“(…) se advierte que, así como el servicio público de alumbrado público es general, el tributo que se pretende recaudar también es general en la medida que se cobra sin distinción de las personas que habitual u ocasionalmente se benefician del servicio y, por tanto, su naturaleza jurídica corresponde a la de un impuesto más no a la de una tasa (ver ahora ley 1150 de 2007, art. 29)”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, sentencia de 6 de agosto de 2009, radicación número: 08001-23-31-000-2001-00569-01(16315), actor: Electrificadora del Caribe E.S.P., demandado: municipio de Soledad (Atlántico).

Sin embargo, en el artículo primero del Acuerdo 30 de 1999 no se indicó la fecha a partir de la cual contaba el término de la autorización⁷⁰.

Aunque ninguna de las partes argumentó en ese sentido, es evidente que el Acuerdo 030 empezaba a regir a partir de su publicación y que no se probó en el proceso la fecha en que dicho Acuerdo fue publicado por los medios que la ley exigió. Se advierte que el artículo noveno del Acuerdo 030 dispuso:

“Artículo Noveno: El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción y publicación”.

La norma aplicable para efectos de la publicación del Acuerdo 30, teniendo en cuenta la diversidad de las autorizaciones allí contenidas, era el artículo 46 del Decreto 01 de 1984⁷¹ a cuyo tenor:

“Artículo 46. Cuando, a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones”.

Desde ese punto de vista, es incierto el vencimiento del término de la autorización –en el que se apoyó la demanda – y la circunstancia de su agotamiento para la fecha en que se celebró el contrato de concesión.

Ahora bien, aunque el Acuerdo 030 de 1998 se hubiera publicado mismo 8 de abril de 1998, lo cierto es que el término para contratar no podía entenderse como corriente a partir de dicha fecha, toda vez que, en el mismo acto, el Concejo Municipal ordenó otras actividades requeridas para definir el pliego de condiciones de la respectiva licitación pública.

En este sentido, tiene que advertirse que el término de seis meses no se refirió a un plazo puro y simple, toda vez que la autorización para contratar la concesión hizo parte de las actividades que el Alcalde presentó como la “solución” del alumbrado público en el municipio de Soacha.

Por ejemplo, se debe tener en cuenta que, además de las facultades para reglamentar la “tasa” de alumbrado público, se definió en el artículo quinto del

⁷⁰ “Autorizar al Alcalde Municipal de Soacha para que en el término de seis meses contrate por el sistema de concesión (...)”.

⁷¹ Se desconoce si existió un reglamento específico para la publicidad de los actos del Concejo. Con posterioridad a los hechos materia de este proceso, la Ley 1551 de 2012 estableció:

“Artículo 27. Publicidad de los Actos del Concejo. Los Concejos deberán publicar sus actos a través del medio que consideren oportuno, siempre y cuando ellos garanticen la efectividad de su difusión a la comunidad”.

Acuerdo 030 un término de seis (6) meses –allí sí – “a partir de la sanción del Acuerdo”, para celebrar un nuevo contrato interadministrativo con la empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, encargada de la facturación y recaudo del “impuesto” de alumbrado público, actividad cuyo costo habría de ser descontado de la cesión de los derechos de facturación realizada a favor de la concesión, de conformidad con lo establecido en el marco financiero de referencia de la licitación⁷² y en la cláusula cuarta del contrato contentiva de la “FORMA Y CONDICIÓN DE PAGO DE LA CONCESIÓN”.

Puede observarse, entonces, que la autorización emanada del Concejo Municipal se produjo dentro del seno de la solución presentada por el Alcalde para el alumbrado público del municipio y que en ella era menester, con el propósito de definir los términos de la licitación pública, establecer los componentes del flujo financiero con base en el cual se habría de retribuir la concesión.

De esta manera, carece la Sala de elementos de juicio suficientes para establecer que el término de seis meses para contratar la concesión tenía que empezar a correr desde la fecha en que se aprobó el Acuerdo de autorizaciones, teniendo en cuenta las distintas actividades precedentes a la contratación que en el mismo acto se autorizaron y que, igualmente, debían desplegarse para poder suscribir el contrato bajo la modalidad de concesión.

Con el propósito de reforzar la exigencia de adelantar actividades previas al inicio del plazo de seis meses que se fijó para contratar, ha de tenerse en cuenta el enfoque de la contratación que mencionó el Alcalde en la exposición de motivos:

“La alternativa de los convenios con las ELECTRIFICADORAS para el pago de las deudas acumuladas por muchos años, correspondiente al déficit que normalmente se presenta entre el alto consumo de energía en el alumbrado público y el recaudo correspondiente al impuesto de Alumbrado Público representa solamente una solución al problema de la deuda, pero no genera solución a las causas que generan la obligación, que son a) un alto consumo de energía en el servicio público y b) la existencia de unas tasas de impuesto bajas para el cubrimiento de este servicio. Una solución integral debe dirigirse a nivelar estos dos factores

“(…).

“Iniciamos estos propósitos como solución definitiva al problema de alumbrado público y el del desfase que mensualmente se presenta por el bajo recaudo del impuesto de Alumbrado Público. Solicitamos autorización al Honorable Concejo Municipal de Soacha (Cundinamarca), para el reajuste de las tarifas de alumbrado público y así obtener por el sistema de concesión, el cambio del sistema de luminarias y accesorios eléctricos, su mantenimiento y reposición para ampliar

⁷² Numeral 6, términos de referencia, folios 118 y 119, cuaderno 2.

*la cobertura*⁷³. (La negrilla no es del texto).

8.2. Las facultades del Alcalde existieron en la Ley de contratación y no se derivaron de una delegación de funciones “pro tempore”

Tal como se ha expuesto en esta providencia el Alcalde Municipal derivó su potestad para contratar en nombre del municipio de la Constitución Política, de la Ley de 136 de 1994 y de la Ley 80 de 1993 y, por ello, no siendo una función del Concejo Municipal la de contratar, el artículo primero del Acuerdo 030 de 1998 no se equiparó a un acto de delegación de funciones “pro tempore”⁷⁴.

Por otra parte, se advierte que el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 estableció la exigencia de definir en el pliego de condiciones las fechas para presentar las propuestas pero facultó a la entidad estatal contratante para determinar el cronograma y ampliar el plazo, a solicitud de las dos terceras partes de las personas que hubieran retirado los pliegos y por un término no superior a la mitad del inicial. De la lectura de esta norma se establece que el término fijado por el Concejo Municipal en el Acuerdo 030 no se oponía a la facultad que tenía el Alcalde de extender los plazos del cronograma de la licitación, en la forma permitida por la ley.

De acuerdo con lo expuesto, el plazo de la autorización concedida no se constituyó en un presupuesto de la competencia del Alcalde para contratar, ni su vencimiento afectó la validez del contrato de concesión cuya celebración se autorizó.

El hecho de que el Alcalde hubiera suscrito el contrato por fuera del término que le fijó el Concejo Municipal –si es que ello ocurrió– se convirtió en el incumplimiento de un condicionamiento de tiempo, pero no constituyó causa de nulidad del contrato de concesión por violación de la ley imperativa, ni falta de competencia⁷⁵ o desviación de poder en la celebración del contrato autorizado.

Resulta imposible explorar aquí las razones de la reprogramación de los plazos de la Licitación Pública 003 de 1998, ni la forma en que fue definido y ajustado el contenido de los términos de condiciones de la convocatoria pública, puesto que ello solo vino a cuestionarse en el momento de sustentar el recurso de apelación y no existen en el plenario todos los elementos de juicio para arribar a una conclusión

⁷³ Folios 6 y 7 cuaderno 3.

⁷⁴ Entiende la Sala que los actos de delegación fueron aquellos referidos a las funciones para reglamentar la tasa de alumbrado público y ajustar los montos del impuesto de alumbrado público, requeridos para estructurar el precio del contrato de concesión. Es decir, los contenidos en los artículos tercero y cuarto del Acuerdo 030 de 1998, para los cuales no se fijó un término, además de que no constituyeron objeto de ataque en el presente proceso.

⁷⁵ A diferencia de lo que ha sucedido, por ejemplo, frente a la pérdida de la competencia de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en el caso del cambio de la legislación que autorizó entregar en concesión la explotación del monopolio rentístico en un determinado territorio. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 12 de febrero de 2014, radicación: 250002326000200301415 01, expediente: 32716, actor: Lotería de Cundinamarca, demandado: Lotería de Bogotá y Sociedad Nacional de Apuestas Permanentes Inversiones S.A. Sonapi S.A., referencia: contractual – apelación sentencia.

acerca de la eventual violación de los plazos de la Licitación.

En relación con el debido proceso y los límites del poder del Juez de lo Contencioso Administrativo, ni el municipio de Soacha ni la contratista pueden ser llamados a responder por hechos que no fueron materia de debate, además de que las eventuales irregularidades en el manejo de los plazos de la licitación pública y en el acceso a la información financiera de la misma, habrían dado lugar a una acción contra los actos precontractuales, cuya oportunidad se encontraba caducada para la fecha en que la Personería Municipal presentó la demanda en el *sub lite*⁷⁶.

Así las cosas, el término de seis meses que se aprecia en el artículo primero del Acuerdo 030 de 1998, constituyó un factor accidental de la autorización otorgada por el Concejo Municipal y se puede aplicar como no vencido dentro del contexto integral del Acuerdo. Por ello, no se erigió como un requisito esencial del procedimiento de contratación ni del contrato celebrado.

Al margen se recuerda que el carácter del acto *fundamental* para la contratación al cual se refiere la causal de nulidad consagrada en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 – la cual no pudo ser incorporada al debate en el presente caso, por razones que ya se mencionaron – se enfoca en aquellos eventos en que el contenido de la autorización se constituye en un factor *sine qua non* para celebrar válidamente el contrato⁷⁷.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta el alcance de las autorizaciones otorgadas al Alcalde Municipal en el caso *sub lite* y el marco legal de las mismas, la Sala concluye que en el plenario no obra la configuración de las circunstancias legales que permitan erigir el vencimiento del plazo fijado en el artículo primero del Acuerdo 030 de 1988 como causa para declarar la nulidad absoluta del contrato *sub iudice*.

9. Costas

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

⁷⁶ Acción contra los actos precontractuales, prevista en el artículo 87 del C.C.A:

⁷⁷ En relación con el contenido fundamental del respectivo acto de autorización como requisito para fundar la nulidad, ha dicho la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación:

“Una herramienta de análisis para determinar el carácter fundamental de la autorización para efectos de la contratación en el contexto de aquellos contratos que se encuentran tipificados en la ley es, sin lugar a dudas, el criterio de fondo sobre el contenido de la autorización (...) toda vez que si de acuerdo con la Ley le corresponde al Concejo Municipal definir un elemento esencial del contrato que se autoriza celebrar, sin tal elemento y por lo tanto sin el acto previo de autorización impartido por el Concejo Municipal, el contrato no puede producir efecto o degenera en otro. Para este propósito se recuerda que los elementos esenciales del contrato definidos en el artículo 1501 del código civil, son aquellos sin los cuales el contrato no produce efecto alguno o degenera en otro diferente”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente (e): Hernán Andrade Rincón, radicación 660001233100220040109801, expediente 33832, sentencia de 29 de mayo de 2014, demandantes: Personero Municipal de Pereira y otro, demandados: municipio de Pereira y otro.

con la conducta de las partes y que ninguna de ellas ha actuado temerariamente en el *sub lite*, en el presente asunto no habrá lugar a imponer la condena en costas.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cuatro (4) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA