

ACUMULACION DE PRETENSIONES - De naturaleza contractual y de simple nulidad / ACUMULACION DE PRETENESIONES - Naturaleza jurídica. Sustento jurídico / ACUMULACION DE PRETENSIONES CONTRACTUALES Y DE SIMPLE NULIDAD - Se deciden en el mismo proceso ordinario. Prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. Reiteración jurisprudencial

La Sala encuentra que, como lo indicó el tribunal administrativo, las súplicas de la demanda conciernen a acciones diferentes -nulidad simple y controversias contractuales-; no obstante, hay que verificar si se reúnen los presupuestos para acumular estas pretensiones, en los términos del artículo 82 del CPC. En ese orden, esta norma establece que se pueden acumular pretensiones en una misma demanda si: a) el juez es competente para conocer de todas ellas, requisito que se cumple en el caso sub iudice, porque la nulidad de un acto administrativo proferido por un funcionario del orden municipal -Decreto 149 de 1998-, así como las pretensiones contractuales que tienen una cuantía superior a los cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000.00), es decir, que excede de los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, son de competencia tanto en primera como en segunda instancia del Tribunal Administrativo de Sucre y del Consejo de Estado, aún si se hubiesen propuesto de manera independiente -arts. 129, 132 numerales 1 y 5, 134E, y 134D numeral 2, literales a y d del CCA., toda vez que el Decreto Municipal 149 de 1998, se expidió en Sincelejo y el contrato de concesión se ejecutó igualmente en esta ciudad-; b) que las pretensiones no se excluyan entre sí, lo que también se cumple, puesto que la pretensión de nulidad formulada y las contractuales planteadas no se oponen en su contenido, si se accediera a aquella y/o a estas; y c) porque el procedimiento judicial para estudiar las pretensiones contractuales y la de nulidad simple es el mismo: el ordinario -arts. 206 y ss. CCA.-. En estos términos, en el caso concreto, que no se extiende como una regla general a cualquier forma de acumulación de pretensiones contractuales y de nulidad -porque en cada evento el juez debe hacer el análisis pertinente-, las pretensiones formuladas -contractuales y de nulidad simple- se podían estudiar y decidir en el mismo proceso ordinario, en contra de lo que decidió el a quo. Incluso, razones de economía procesal imponen esta solución. Precisamente, La doctrina nacional, al igual que la jurisprudencia de esta Sección ha admitido esta solución.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 82 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 129 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 132 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 132.1 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 132.5 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 134E / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 134D.2 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 206 / DECRETO 149 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial, consultar sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16209.

ACUMULACION DE PRETENSIONES - De naturaleza contractual y extracontractual / ACUMULACION DE PRETENSIONES - De naturaleza contractual y de reparación directa / ACUMULACION DE PRETENESIONES - Naturaleza jurídica. Sustento jurídico / ACUMULACION DE PRETENSIONES CONTRACTUALES Y EXTRA CONTRACTUALES - Se deciden en el mismo proceso ordinario. Prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. Reiteración jurisprudencial / ACUMULACION DE

PRETENSIONES CONTRACTUALES Y DE REPARACION DIRECTA - Se deciden en el mismo proceso ordinario. Prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. Reiteración jurisprudencial

Igualmente, la aplicación imperativa del art. 228 de la CP. también conduce a la misma conclusión, porque ordena: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” En virtud de la instrucción que esta norma impone a la administración de justicia, según la cual “prevalecerá el derecho sustancial” sobre el procedimental, resulta imposible para la Sala decretar la excepción de indebida acumulación de pretensiones -si en gracia de discusión no procediera en el caso concreto; pero ya se analizó que sí- porque se afectaría grave e inconstitucionalmente el acceso a la administración de justicia, puesto que haciéndose prevalecer un principio procesal sobre el sustancial, sin razón justificada, conllevaría a dejar de resolver las pretensiones y, por ende, la controversia planteada sería blanco de impunidad, comoquiera que ampararse en la excepción de indebida escogencia de la acción es una burla a la justicia material. Actuar así rendiría culto desmedido a la forma sobre el fondo, más aún cuando la pretensión anulatoria procura la salvaguarda del ordenamiento jurídico, y no excluye las pretensiones contractuales planteadas en la misma demanda. A su vez, es de precisar que admitir la acumulación de pretensiones en los términos del artículo 82 del CPC., de ninguna manera se opone a la administración de justicia, porque no se varía la causa petendi del proceso, ni se sorprende a la parte demandada desconociendo su derecho a la defensa, pues la causa de la demanda ha sido la misma desde que empezó el proceso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 228 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 82

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 20346.

TASA DE ALUMBRADO PUBLICO - Regulación normativa

El alumbrado público es un servicio público “consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el Municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.” De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 043 del 23 de octubre de 1995, los Municipios tienen a su cargo la prestación del servicio de alumbrado público dentro del perímetro urbano y el área rural comprendidos en su jurisdicción, a cuyo efecto están facultados.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION CREG 043 DEL 23 DE OCTUBRE DE 1995 - ARTICULO 2

SERVICIO DE ALUMBRADO PUBLICO - Prestación del servicio

Los municipios pueden prestar directamente el servicio de alumbrado público o mediante la celebración de convenios o contratos con ese objeto, en cuyo caso la empresa distribuidora o comercializadora contratada será la responsable del buen funcionamiento del servicio. Cuando el servicio de alumbrado público se preste a través de un tercero, mediante la celebración de un contrato que tenga por objeto el suministro, mantenimiento y expansión del mismo, su prestación se regirá por lo dispuesto en el contrato o convenio celebrado. Dicho contrato, esta sujeto a la autorización previa del respectivo Concejo Municipal o Distrital, según el caso, el cual, a su vez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 338 de la Carta Política puede autorizar al Alcalde para que establezca las tarifas respectivas. Respecto del pago del servicio de alumbrado público, el artículo 9 de la citada Resolución 043 del 23 de octubre de 1995 prevé que el municipio es el responsable del pago frente al sujeto que suministre el servicio o realice el mantenimiento y expansión de las redes. Sin embargo, el municipio puede cobrar el alumbrado público a los habitantes en forma de tributo, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, como también en las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas "CREG". La referida resolución No. 043 de 1995 también establece la posibilidad de que el Municipio celebre convenios con las empresas de servicios públicos, con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los habitantes, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras (...) el municipio, como responsable del pago del servicio de alumbrado publico a la empresa prestadora del mismo, puede trasladar a los habitantes su valor, en forma de tributo, en cuyo caso resulta necesario que el Concejo respectivo lo imponga, fijando directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las tarifas correspondientes, teniendo en cuenta que está prohibido cobrarle a los usuarios un mayor valor al que paga por el servicio, expansión y por mantenimiento, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 2 del citado artículo 9 de la Resolución CREG 43 de 1995.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 338 / LEY 97 DE 1913 / LEY 84 DE 1915 / RESOLUCION 043 DEL 23 DE OCTUBRE DE 1995 - ARTICULO 9

NOTA DE RELATORIA: Consultar auto de 22 de febrero de 2001, exp. 17090.

ALUMBRADO PUBLICO - Cobro / ALUMBRADO PUBLICO - Factura de cobro presta mérito ejecutivo / COBRO DEL IMPUESTO DEL ALUMBRADO PUBLICO - A través de las facturas del servicio público de energía

Respecto a la forma de cobro del alumbrado público, cabe considerar lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-035 de 2003, que al declarar la exequibilidad del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 que señala que las facturas con destino al servicio de alumbrado público prestan mérito ejecutivo, se pronunció sobre la posibilidad de que el cobro del alumbrado se realice a través de las facturas del servicio público de energía: (...) Con apoyo a la citada sentencia, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Circular Externa SSPD 006 del 14 de mayo de 2003, consideró procedente el cobro del impuesto del alumbrado público a través de las facturas del servicio público de energía, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 142, sin que sea menester hacerlo en cupón separado por tratarse de un servicio inherente al de energía.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 1 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 130 / LEY 689 DE 2001 - ARTICULO 18

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema consultar sentencia del 19 de mayo de 2005, exp. AP - 00719.

CONTRATO ESTATAL - Vigencia de la ley en el tiempo. Regulación normativa

Desde el punto de vista general, en cuanto a la vigencia de la ley en el tiempo, es pertinente precisar que: La ley 153 de 1887 determina que las normas procesales -de sustanciación y ritualidad de los juicios- rigen desde su vigencia y prevalecen sobre las anteriores y, que por lo tanto, son de aplicación inmediata, excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones o diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues, todos estos aspectos se rigen por la ley vigente al momento de su iniciación -art. 40-. Por el contrario, a las situaciones reguladas en leyes sustanciales -no procedimentales- debe aplicarse la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho que sanciona, coligiéndose que la regla general predominante sobre el punto es la de irretroactividad de la ley, y que la excepción a esa regla se da por indicación expresa del legislador. (...) La irretroactividad de las leyes no procedimentales, como regla general, garantiza la efectividad de principios que son el pilar fundamental del Estado Social de Derecho, como son la seguridad jurídica y la garantía de ser juzgado con la normatividad preexistente al hecho que se imputa, de acuerdo con lo preceptuado en el entonces artículo 26 de la Constitución Política de 1886, y ahora en el 29 de la Constitución de 1991. De otra parte, en materia contractual la ley 153 de 1887, en los artículos 38 y 39, establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo “de su celebración”, salvo, en cuanto al modo de reclamar los derechos contractuales y a las penas por infracción de las estipulaciones, pues, estas dos últimas hipótesis se rigen por las normas vigentes para ese momento, esto es, de ocurrencia de tales eventos. Así mismo, se advierte, en relación con los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua, que podrán demostrarse con los medios probatorios que ese precepto disponía, pero aplicando la nueva ley respecto “de la forma” de rendirse la prueba.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 26 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 38 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 39 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 40

NOTA DE RELATORIA: Consultar Sentencias S-131 de 3 de junio de 2003 y S-417 de 2 de septiembre de 2003.

CONTRATACION ESTATAL - Vigencia de la ley en el tiempo / TRATAMIENTO DE LA LEY EN EL TIEMPO EN MATERIA CONTRACTUAL - Variaciones

El tratamiento de la ley en el tiempo, en materia de contratación estatal, ha tenido variaciones. En el decreto-ley 150 de 1976 se previó la facultad de optar: por continuar el trámite de acuerdo con la ley anterior o por acogerse a la nueva normativa; en el decreto-ley 222 de 1983 la opción de escogencia de régimen desapareció, dando paso a la aplicación de la ley vigente al momento de la celebración y, en el actual estatuto contractual -la ley 80 de 1993- el legislador determinó que los contratos y los procedimientos en curso se regirían por la norma anterior.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / DECRETO LEY 150 DE 1976 / DECRETO LEY 222 DE 1983

CONTRATACION ESTATAL - Vigencia de la ley en el tiempo / VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO - Contratos adicionales / CONTRATOS ADICIONALES - Regulación normativa

En materia contractual la ley 153 de 1887, en los artículos 38 y 39, establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo “de su celebración”, salvo, en cuanto al modo de reclamar los derechos contractuales y a las penas por infracción de las estipulaciones, pues, estas dos últimas hipótesis se rigen por las normas vigentes para ese momento, esto es, de ocurrencia de tales eventos. Así mismo, se advierte, en relación con los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua, que podrán demostrarse con los medios probatorios que ese precepto disponía, pero aplicando la nueva ley respecto “de la forma” de rendirse la prueba.

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 38 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 39

CONTRATO ESTATAL - Vigencia de la ley tributaria en el tiempo / VIGENCIA DE LA LEY TRIBUTARIA EN EL TIEMPO - Regulación normativa

En relación con la existencia y su regulación normativa, los contratos adicionales están sujetos a las mismas normas que gobiernan el principal. Pero, el tema de la aplicación de la ley contractual al contrato principal y a sus adicionales, es un asunto diferente al fondo de la controversia objeto de juzgamiento, como lo es la vigencia de los tributos locales, pues, normativamente no tiene incidencia en la situación concreta que se juzga, referente a la variación de la tasa de alumbrado público, porque es la propia Constitución Política la que determina que las contribuciones sólo pueden aplicarse a partir del período siguiente al de inicio de la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.(...) aunque en el tema contractual es cierta la aplicación de la ley vigente al momento de la celebración del contrato, en materia tributaria y contributiva no resulta correcta la pretendida extensión de las normas vigentes al momento de la celebración del contrato principal, porque, se repite, la Constitución Política, clara y perentoriamente determina que, las normas tributarias se aplican hacia el futuro.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 338

CONTRATACION ESTATAL - Mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato / MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO FINANCIERO DEL CONTRATO - Regulación normativa

Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, comoquiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado. La ley 19 de 1982 señaló los principios de la contratación administrativa que debía tener en cuenta el ejecutivo con miras a reformar el decreto ley 150 de 1976 y expedir un nuevo estatuto. Desde allí se consagró, y se mantuvo en el Decreto 222 de 1983 y en la Ley 80 de 1993, el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto se previó el reembolso de los nuevos costos que se derivaran de las modificaciones del contrato ordenadas por la administración, así como el estimativo de los perjuicios que debían pagarse en el evento de que se ordenara unilateralmente su terminación; principios

posteriormente recogidos en los artículos 19, 20 y 21 del decreto ley 222 de 1983, que establecieron en favor de la administración los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, en los que se condicionó el ejercicio de estas facultades a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y, en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas. Sin embargo, no han sido éstas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 150 DE 1976 / LEY 19 DE 1982 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 19 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 20 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 21 / LEY 80 DE 1993

LA TEORIA DEL HECHO DEL PRINCIPE Y EL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Como consecuencia de la creación o modificación de impuestos que lo afectan / ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Causas / APLICACION DE LA TEORIA DEL HECHO DEL PRINCIPE - Requisitos para su procedencia

Se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes. El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo -hecho del príncipe-; por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión. (...) sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Si la misma proviene de otra autoridad, se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. (...) la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe. El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo. (...) La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los contratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración. En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo. Como puede observarse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes contratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la declaratoria de existencia del hecho del príncipe, consultar sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14577. En relación con la teoría de la imprevisión, ver sentencias del: 29 de mayo de 2003, exp. 14577; 19 de febrero de 2009, exp. 19055; 4 de febrero de 2010, exp. 15.400; 4 de febrero de 2010, exp. 15665; 4 de febrero de 2010, exp. 16017 y 4 de febrero de 2010, exp. 16022.

DECLARATORIA DE NULIDAD DEL DECRETO 149 DE 1998 - Improcedencia.
La administración, en su expedición, no incurrió en un vicio de aquellos a que se refiere el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, norma aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 308 de la ley 1437 de 2011

Estima la Sala que no le asiste razón a la parte actora, cuando pretende que se declare la nulidad del Decreto No. 149 de 1998 –pretensión primera-, porque el hecho de que su contenido incida negativamente en el equilibrio financiero del contrato de concesión, suscrito el 28 de febrero de 1997, no afecta su validez. De hecho, la parte actora ni siquiera alega la configuración de un vicio de aquellos a que se refiere el art. 84 del CCA.: violación de norma superior, incompetencia, desviación de poder, expedición irregular, violación al derecho de defensa, entre otros –norma aún aplicable al caso concreto, por disposición del art. 308 de la ley 1437 de 2011-. De hecho, el actor sólo mencionó en su demanda, sin justificarlo siquiera, que se violó: el art. 58 de la Constitución Política, porque la tasa del contrato es un derecho adquirido; el art. 73 del CCA., cuando es evidente que un contrato no es un acto administrativo, sino una categoría jurídica autónoma o sustantiva, de la cual, por ende, no es predicable el derecho a la irrevocabilidad de los actos administrativos; y los arts. 4, 5, 27 y 28 de la ley 80 de 1993, de los cuales se deduce el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, pero no la invalidez de un acto de carácter general que afecta un contrato que crea algunos derechos en cabeza del contratista.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 5 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 27 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 28 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 308 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 73 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / DECRETO 149 DE 1998

TEORIA DEL HECHO DEL PRINCIPE - Procedencia. Consecuencias / APLICACION DE LA TEORIA DEL HECHO DEL PRINCIPE - Procedencia de declarar el incumplimiento del contrato y la condena en abstracto

La Sala considera que si efectivamente la tasa de alumbrado público varió, por reducción introducida por el municipio, a través del Decreto No. 149 de 1998, entonces incumplió el contrato, que se proyectó financieramente con la tasa prevista en el Decreto No. 268 de 1996 –por exigencia que hizo la entidad y por la aquiescencia del contratista cuando presentó la oferta o suscribió el contrato-, y por tanto el impacto sobre el equilibrio financiero es evidente, porque no es lo mismo recibir durante 18 años un porcentaje determinado de tasa de alumbrado, que hacerlo durante un año escaso y los 17 años restantes un porcentaje inferior. (...) se accederá a esta pretensión, toda vez que no cabe duda que el municipio incumplió el contrato, porque modificó el porcentaje de la tasa de alumbrado público mediante actos de poder unilateral, de índole tributario, a sabiendas de que el contrato se estructuró con la tarifa prevista en el Decreto 268 de 1996. No obstante, y desafortunadamente, el peritazgo no contiene este valor, y por ello la Sala, en los términos del art. 172 del CCA., condenará en abstracto y ordenará calcularlo con las bases que se indicarán aquí y también en la parte resolutive de

esta providencia, para determinar el lucro cesante que se solicita en las pretensiones. La suma que arroje se indexará con la fórmula que utiliza esta jurisdicción, y no causará intereses moratorios, salvo los que devenga la sentencia, en caso de que la entidad no la cumpla en los términos que establece el art. 177 del CCA.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINSTRATIVO - ARTICULO 172 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINSTRATIVO - ARTICULO 177 / DECRETO 268 DE 1996 / DECRETO 149 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del Doctor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020)

Actor: SOCIEDAD ELECTRO ATLANTICO LIMITADA

Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO

Referencia: APELACION SENTENCIA CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2000, por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala de Descongestión para Decisión con sede en Barranquilla -fls. 431 a 442, cdno. ppal.-, en virtud de la cual:

“Se declara inhibido el tribunal para proferir sentencia de fondo sobre los cargos expuestos por la actora en el libelo demandatorio [sic].”

ANTECEDENTES

1. La demanda

La sociedad Electro Atlántico Ltda. -en adelante la demandante o la parte actora-, presentó demanda -el 30 de octubre de 1998, a fls. 1 a 8, cuad. 1-¹ contra el Municipio de Sincelejo, con el fin de que se acceda a las siguientes pretensiones²:

“PRIMERA: Que se declare la Nulidad [sic] del Decreto Municipal 149 del 30 de Junio [sic] de 1998, por medio del cual se modificó en deterioro de la posición contractual del Concesionario [sic] de Alumbrado [sic] Público [sic], la tasa a cobrar a los usuarios del servicio de la Ciudad de Sincelejo.

“SEGUNDA: Que adicionalmente se declare que el Municipio de Sincelejo ha incumplido el contrato estatal de Concesión [sic] al modificar unilateralmente las bases de la estructura financiera de la misma, contenidas en el Decreto Municipal 268 de 1996.

“TERCERA: Que se declare que con la actitud de la Administración se ha ocasionado un daño antijurídico a Electroatlántico [sic] Ltda [sic], el cual no esta en la obligación de soportar.

“CUARTA: Que en virtud de la magnitud del Daño [sic] antijurídico causado y a la petición del demandante, se declare terminado el contrato por incumplimiento del Municipio.

“QUINTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a que el perjuicio patrimonial ocasionado por el Daño [sic] antijurídico sea indemnizado por el Municipio de Sincelejo de la siguiente manera:

“Lucro Cesante:

“Por una suma equivalente al valor de la Tarifa [sic] mínima indexada mensualmente con el I.P.C. a cobrar por cada usuario del servicio de alumbrado público en la Ciudad de Sincelejo, según lo estableció en su momento el Decreto Municipal 268 de 1996, el cual sirvió de base para la conformación de la estructura financiera de la Concesión [sic] y para la celebración del contrato correspondiente, multiplicada esta por el número de meses pactados para la Concesión [sic] y deducidos los gastos correspondientes a la operación de la misma.

“SEXTA: Que la suma decretada como lucro cesante sea indexada teniendo en cuenta el I.P.C, certificado por el DANE desde el momento en que fueron causados los daños (Expedición del Decreto) hasta el momento de la sentencia.

¹ El demandante presentó corrección y/o adición de la demanda, el 4 de diciembre de 1998 (fls. 34 a 39 y 178, cuad. 1), por medio de la cual precisó que la acción ejercida era la contractual.

² Las pretensiones que se transcriben son las expuestas en la corrección de la demanda -fls. 34 a 36, cuad. 1-, toda vez que sobre el particular, la parte actora señaló: “Quedan así modificadas las pretensiones correspondientes y suprimidas las demás” -fl. 36, cuad. 1-.

“SÉPTIMA: Que el Municipio de Sincelejo pague a Electroatlántico [sic], los intereses comerciales que devenguen las sumas señaladas en las pretensiones anteriores, durante los primeros seis meses a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el momento de pago efectivo, e intereses moratorios si excede de dicho término, conforme a la certificación que expida la Superintendencia Bancaria.

“OCTAVA: Que como petición subsidiaria y en el evento de que el Honorable Tribunal defina que no es procedente la declaratoria de Terminación [sic] del Contrato [sic], se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del mismo mediante el reconocimiento de la suma resultante de la diferencia existente entre el valor de la tarifa mínima a recibir por usuario y por sector, según el Decreto 268 de 1996, indexada conforme allí se expresa desde la fecha de inicio de la Concesión [sic] y las sumas recibidas por ELECTRO ATLÁNTICO LTDA como consecuencia de la arbitraria modificación de las tarifas por parte del Municipio [sic] mediante la expedición del Decreto 149 de 1998” -fls. 34 a 36, cuad. 1-.

Como fundamento de las súplicas narró los siguientes hechos: una vez se declaró desierta una licitación pública, el Municipio de Sincelejo celebró, de manera directa, un contrato de concesión con la Sociedad Electro Atlántico Ltda., el cual tenía por objeto el suministro de luminarias, expansión y mantenimiento del servicio de alumbrado público para la ciudad de Sincelejo.

El concesionario fundamentó la estructura financiera de la concesión en dos aspectos: *i)* el censo de las luminarias y *ii)* el Decreto Municipal 268 de 1996, por medio del cual se estableció la tasa a cobrar por el alumbrado y la correspondiente contraprestación del concesionario. Sin embargo, el Municipio modificó unilateralmente este Decreto, con la expedición del Decreto 149 del 30 de junio de 1998.

El demandante indicó que se violaron las siguientes normas: *a)* el artículo 58 de la Constitución Política, porque el concesionario tenía el derecho adquirido a cobrar la tasa de alumbrado público, conforme al presupuesto establecido en el proceso de selección, *b)* el artículo 73 del C.C.A. pero no sustentó esta violación y, *c)* “las normas de la Contratación Estatal, especialmente los arts. 4, 5, 27, 28 ss. y concordantes, puesto que el Decreto Municipal 268 de 1996 fue presupuesto de ELECTROATLÁNTICO para proponer la ejecución de la Concesión de Alumbrado Público” -fl. 4 cuad. 1-.

2. Contestación de la demanda

El Municipio de Sincelejo aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso la excepción que denominó *inexistencia de las violaciones*, al considerar que el Decreto No. 268 de 1996 estaba viciado de ilegalidad, desde su expedición, porque no cumplió el requisito establecido en el Acuerdo 38 de 1996, que imponía realizar un “estudio técnico previo” para fijar la tasa del servicio de alumbrado público.

Asimismo, manifestó que el Decreto No. 268 de 1996 fue derogado por el Decreto No. 283 de 1997; no obstante, al igual que este último, tampoco satisfizo el requisito del “estudio técnico” exigido por el Acuerdo No. 38 de 1996, y fue derogado por el Decreto No. 149 de 1998, proferido por el Alcalde de Sincelejo, satisfaciendo las exigencias del reglamento -Acuerdo No. 38 de 1996, artículos 3³ y 7⁴-, razón por la cual goza de presunción de legalidad.

De otra parte, adujo que el pliego de condiciones de la licitación pública no estableció que la “tarifa” prevista en el Decreto 268 de 1996 fuese obligatoria, y que si bien orientó la estructura financiera de las propuestas, no era determinante, porque la administración tenía la facultad de modificar las tasas del servicio de alumbrado público, previo estudio, con el fin de garantizar el interés general, habida cuenta que el municipio es el garante de la buena prestación del servicio y debe proteger al ciudadano de los cobros excesivos -Ley 143 de 1994, artículo 60-.

Por último, indicó que de acuerdo con el artículo 61 de la misma ley, el concesionario debe cumplir las órdenes que por razones de interés general imparta el concedente, en cuanto a la forma y las condiciones en que el servicio se

³ Acuerdo 38 de 1996, artículo 3: “Autorízase igualmente al Alcalde Municipal de Sincelejo para que modifique las tasas del servicio de alumbrado público para los usuarios pertenecientes a las categorías Residencial, Comercial e Industrial de acuerdo a las escalas y rangos que deriven del correspondiente estudio.

“El incremento de la tasa del servicio de alumbrado público se reajustará en la misma proporción del incremento del valor del consumo de energía eléctrica de acuerdo como lo dispone la ley, teniendo en cuenta el principio de equilibrio contractual y el Pacto Social”.

⁴ Acuerdo 38 de 1996, artículo 7: “Se autoriza al Alcalde Mayor de Sincelejo para reajustar o modificar las tarifas del Servicio de Alumbrado Público de acuerdo con el estudio de que trata el artículo 3º y a partir de la vigencia de la implementación y en el evento que las necesidades del servicio, su administración, mantenimiento, expansión o urgentes necesidades de índole socioeconómica lo hagan necesario de tal manera que no generen ninguna deuda a cargo del Municipio de Sincelejo”.

debe prestar, aunque implique modificaciones en los términos pactados en el contrato -fls. 189 a 192, cuad. 1-.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Alegatos de la parte actora. Insistió en que la acción ejercida es la contractual. Señaló que la administración no actuó bajo los lineamientos constitucionales y legales, porque su interés ha sido impedir que el contratista preste el servicio público de alumbrado. Sin embargo, para justificar esta idea se refirió a hechos diferentes a los expuestos en la demanda. Así, por ejemplo, advirtió que: *i)* el Municipio de Sincelejo y Electro Atlántico Ltda., celebraron un contrato de concesión el 28 de febrero de 1997, que fue demandado el 18 de mayo de 1998, porque el municipio no cumplió la obligación de pagar la contraprestación acordada, correspondiente a la remuneración del concesionario por el servicio prestado. *ii)* Por su parte, el Alcalde de Sincelejo modificó unilateralmente las condiciones financieras del contrato, porque cambió las tasas de alumbrado público -que sirvieron de base para diseñar la estructura financiera de la concesión- porque expidió el Decreto 149, del 30 de junio de 1998. *iii)* posteriormente el burgomaestre declaró la caducidad del contrato, por incumplimiento del contratista, sin tener en cuenta que venía ejecutando sus obligaciones a pesar de la falta de pago.

Agregó que al proferir el Decreto 149 de 1998, la administración actuó con falsa motivación, desviación de poder y violación del derecho de audiencia y de defensa.

Precisó que en los pliegos de condiciones de la licitación pública se mencionó el Decreto 268 de 1996, para definir las tasas del servicio de alumbrado público, por eso constituyó un elemento para la estructuración financiera de la oferta.

También, se opuso a la excepción propuesta por el demandado, al apreciar que el Decreto 149 de 1998 ocasionó el desequilibrio financiero del contrato de concesión.

Señaló que el Municipio de Sincelejo interpretó equivocadamente los artículos 60 y 61 de la Ley 143 de 1994, que ordenan que las modificaciones unilaterales se ajusten a un trámite, que en el caso concreto no se siguió.

Finalmente, reiteró la solicitud de declaración de terminación del contrato de concesión, por el incumplimiento del Municipio de Sincelejo y, en consecuencia, se conceda la indemnización correspondiente -fls. 421 a 429, cuad. 1-.

3.2. Alegatos del demandado. Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, es decir, que el demandante no expresó un concepto de violación claro, sumado a la ausencia probatoria que demuestre lo contrario; que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado, y que tampoco se acreditó el daño patrimonial aducido, motivo por el cual insiste en que se nieguen las súplicas de la demanda, y se condene en costas a la parte demandante -fls. 432 a 434, cuad. 1-.

3.3. Ministerio Público. No intervino en esta etapa del proceso.

4. La sentencia

El Tribunal Administrativo se declaró inhibido para decidir, por ineptitud sustantiva de la demanda: indebida acumulación de pretensiones.

Advirtió que en la corrección de la demanda se precisó que la acción ejercida era la contractual; no obstante, la pretensión de nulidad del Decreto Municipal No. 149, del 30 de junio de 1998, debió intentarse de manera independiente, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque si bien, el acto administrativo es de carácter general, también es cierto que ocasionó una lesión directa al equilibrio financiero del contrato, razón por la cual la declaración de nulidad del decreto produciría al actor un restablecimiento automático del derecho porque automáticamente cobraría vigencia de nuevo el Decreto 268 de 1996 –fl. 438, cdno. ppal.-.

Concluyó que en la demanda se acumularon pretensiones de distinta índole: *a)* la nulidad del Decreto Municipal 149 de 30 de junio de 1998, por medio del cual se modificó la tasa a cobrar a los usuarios, en detrimento de la posición contractual del concesionario de alumbrado público; *b)* la declaración de incumplimiento del contrato estatal de concesión, al modificarse unilateralmente las bases de la estructura financiera de la misma, contenidas en el Decreto Municipal No. 268 de

1996; c) la declaratoria de que la administración ocasionó un daño antijurídico a Electroatlántico Ltda., quien no está en la obligación de soportarlo.

En consecuencia, consideró que si el actor ejerció la acción contractual únicamente debió pretender la declaración de incumplimiento del contrato, aduciendo que la actuación de la administración configuró el *hecho del príncipe*, porque el Decreto 149 de 1998 viola el contrato de concesión -fls. 431 a 442, cuad. ppal.-.

5. El recurso de apelación

Lo interpuso la parte actora. Reprochó la decisión inhibitoria, porque la acción de controversias contractuales es adecuada para demandar los actos administrativos expedidos durante la actividad contractual -Ley 80 de 1993, artículo 77-. En ese orden, solicitó que se revoque la providencia y, en su lugar, se resuelva de fondo el litigio, teniendo en cuenta que en la corrección de la demanda se precisó que en ejercicio de la acción contractual se pretende la declaratoria de nulidad del Decreto 268 de 1996, por medio del cual el Alcalde de Sincelejo modificó las condiciones de ejecución del contrato de concesión, en particular lo relacionado con la cuantía y forma de pago del concesionario, lo que le produjo un desequilibrio financiero -fls. 443, 461 y 462, cuad. ppal.-.

6. Trámite en esta instancia

6.1. *Alegatos de las partes:* El demandado no intervino en esta etapa del proceso, y el demandante allegó un memorial, extemporáneo -fls. 468 a 479 y 480, cuad. ppal.-.

6.2. *El Ministerio Público:* No actuó en esta instancia.

CONSIDERACIONES

El debate se restringe a establecer i) si procede la acumulación de pretensiones correspondientes a acciones de distinta índole –en este caso, nulidad simple y controversias contractuales- y, en consecuencia, determinar si la Sala es competente para analizar el fondo del asunto. ii) En caso afirmativo se estudiarán los siguientes aspectos: si procede la nulidad del Decreto Municipal No. 149 del 30

de junio de 1998, mediante el cual se modificó la tasa del servicio de alumbrado público en la ciudad de Sincelejo; iii) si el Decreto No. 268 de 1996 constituyó la base para estructurar financieramente la oferta del contrato de concesión y; en ese orden, iv) si el Municipio de Sincelejo incumplió o no el contrato de concesión, al modificar la tasa establecida en el Decreto No. 268 de 1996. v) Del mismo modo, se examinará si la administración causó un daño antijurídico al contratista, y si hay lugar a declarar la terminación del contrato, por incumplimiento, o si se accederá a la pretensión subsidiaria octava, que pretende que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. Se advierte que la sentencia será revocada, para lo cual se expondrán a continuación las razones que conducen a ello.

1. La acumulación de pretensiones

En el caso *sub examine*, la Sala encuentra que, como lo indicó el tribunal administrativo, las súplicas de la demanda conciernen a acciones diferentes -nulidad simple y controversias contractuales-; no obstante, hay que verificar si se reúnen los presupuestos para acumular estas pretensiones, en los términos del artículo 82 del CPC.⁵

⁵ “Art. 82. ACUMULACION DE PRETENSIONES. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

“3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

“En la demanda sobre prestaciones periódicas, podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquélla y la sentencia de cada una de las instancias.

“También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquéllas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

“En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, unos mismos bienes del demandado, con la limitación del numeral 1. del artículo 157.

“Cuando se presente una indebida acumulación que no cumpla con los requisitos previstos en los dos incisos anteriores, pero sí con los tres numerales del inciso primero, se considerará subsanado el defecto cuando no se proponga oportunamente la respectiva excepción previa”.

En ese orden, esta norma establece que se pueden acumular pretensiones en una misma demanda si: a) el juez es competente para conocer de todas ellas, requisito que se cumple en el caso *sub iudice*, porque la nulidad de un acto administrativo proferido por un funcionario del orden municipal -Decreto 149 de 1998-, así como las pretensiones contractuales que tienen una cuantía superior a los cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000.00)⁶, es decir, que excede de los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, son de competencia tanto en primera como en segunda instancia del Tribunal Administrativo de Sucre y del Consejo de Estado, aún si se hubiesen propuesto de manera independiente -arts. 129⁷, 132⁸ numerales 1 y 5, 134E⁹, y 134D¹⁰ numeral 2, literales a y d del CCA., toda vez que

⁶ El demandante manifestó como estimación razonada de la cuantía una suma superior a los cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000.00), “la cual esta determinada en principio por la aplicación de la tarifa mínima a cobrar a los usuarios multiplicada por el número de meses que dure la concesión descontando los gastos inherentes a la misma”.

⁷ “Art. 129. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

“El grado jurisdiccional de consulta se surtirá en los eventos de que trata el artículo 184 de este Código”.

⁸ “Art. 132. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

“1. De los de nulidad de los Actos Administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden Departamental, Distrital y Municipal, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.

“(…)

“5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales”.

⁹ “Art. 134-E. COMPETENCIA POR RAZON DE LA CUANTIA. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda. Sin embargo, en asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones. Para los efectos aquí contemplados, se aplicarán las reglas de los numerales 1 y 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil...”

¹⁰ “Art. 134-D. COMPETENCIA POR RAZON DEL TERRITORIO. La competencia por razón del territorio se fijará con sujeción a las siguientes reglas:

“(…)

“2. En los asuntos del orden nacional se observarán las siguientes reglas:

“a) En los de nulidad, por el lugar donde se expidió el acto;

“(…)

“d) En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. Si éste comprendiere varios departamentos será Tribunal competente a prevención el que elija el demandante; ...”

el Decreto Municipal 149 de 1998, se expidió en Sincelejo y el contrato de concesión se ejecutó igualmente en esta ciudad-; b) que las pretensiones no se excluyan entre sí, lo que también se cumple, puesto que la pretensión de nulidad formulada y las contractuales planteadas no se oponen en su contenido, si se accediera a aquella y/o a estas; y c) porque el procedimiento judicial para estudiar las pretensiones contractuales y la de nulidad simple es el mismo: el ordinario -arts. 206¹¹ y ss. CCA.-.

En estos términos, en el caso concreto, que no se extiende como una regla general a cualquier forma de acumulación de pretensiones contractuales y de nulidad -porque en cada evento el juez debe hacer el análisis pertinente-, las pretensiones formuladas -contractuales y de nulidad simple- se podían estudiar y decidir en el mismo proceso ordinario, en contra de lo que decidió el *a quo*. Incluso, razones de economía procesal imponen esta solución¹². Precisamente, La

¹¹ “Art. 206. AMBITO. Los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad y a nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados, se tramitarán por el procedimiento ordinario. Este procedimiento también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la ley no señale un trámite especial.”

¹² En el nuevo Código Contencioso Administrativo -que no aplica al caso *sub iudice*- el tema se reguló en los siguientes términos: “Art. 165. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

“1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

“2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

“3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.

“4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.”

doctrina nacional¹³, al igual que la jurisprudencia de esta Sección ha admitido esta solución, en sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16.209¹⁴, que ahora se reitera:

“En cuanto a la tercera, esto es, la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, la sustenta la demandada afirmando que no se pueden acumular las aducidas mediante una acción contractual para obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, con la acción de reparación directa por falla en el servicio.

“Al respecto, el artículo 145 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 7º de la Ley 446 de 1998, establece que en todos los procesos contencioso administrativos procederá la acumulación de pretensiones en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil; para la época de presentación de la demanda, 29 de marzo de 1995, esta disposición no existía, no obstante lo cual, en virtud de la remisión general que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo a las normas procesales civiles, era aplicable el artículo 82 del C.P.C., conforme al cual, el demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos: que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones, que éstas no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias, y que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

“Y en el presente caso, se advierte que el demandante propuso unas pretensiones, las anulatorias del acto administrativo que declaró desierta la licitación, como principales; mientras que las relativas a la supuesta falla del servicio, en las que pidió declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños que le ocasionó, fueron propuestas como subsidiarias, siendo unas y otras competencia de esta jurisdicción en primera instancia y susceptibles de tramitarse por el mismo procedimiento ordinario, razón por la cual era perfectamente posible plantearlas en la misma demanda, en la forma

¹³ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Págs. 464 a 468: “... En desarrollo de los principios de economía, celeridad y eficacia, el Código Contencioso Administrativo, siguiendo los parámetros del de procedimiento civil, admite la posibilidad de la acumulación tanto de pretensiones como de procesos, lo que en la práctica resulta ser una decisión procesal de la parte interesada o del juez con propósitos absolutamente similares, en cuanto al acumular un proceso con otro sustancialmente lo que se hace no es otra cosa que acumular pretensiones, para ser resueltas en la misma sentencia a partir de una comunidad de pruebas y de antecedentes fácticos y jurídicos, facilitando la actuación judicial y el esclarecimiento de los derechos de las partes en aras de la satisfacción del debido proceso y de la prevalencia del derecho sustancial... En estricto sentido, la acumulación de pretensiones consiste en la incorporación de una pluralidad de ellas en un mismo texto de demanda por parte del actor, con el propósito de ser tramitadas en un solo proceso, para lo cual se deberán respetar las reglas que al respecto establecen los códigos contencioso administrativo y de procedimiento civil...”

¹⁴

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16.209.

en que se hizo; en consecuencia, no resulta atendible esta excepción.” (Negrillas fuera de texto)

De otro lado, tratándose de la acumulación de pretensiones de reparación directa con pretensiones contractuales, la Sala mantuvo la misma postura, en providencia reciente –Sección Tercera, Subsección C, sentencia de agosto 8 de 2012. Exp. 20.346- al señalar que:

“En el caso concreto nada de esto se advierte, pues los hechos de la demanda fueron claros, así como los de la contestación; y también las pruebas pedidas y decretadas se enfocaron en la discusión de la *causa petendi* trabada por las partes: el incumplimiento de un contrato y también la falta de pago de unos terrenos o lotes ocupados por el METRO –bien identificados por sus linderos-.

“Ahora bien, que el actor considerara que la *causa petendi* provenía de un contrato y no de un hecho, no desdibuja la *causa petendi* sino el mecanismo judicial a través del cual se tramitó el proceso. Es decir, que la *causa* del proceso sigue siendo la misma, desde la demanda y su contestación: el incumplimiento de un contrato y la ocupación de terrenos no pagados por el invasor. Que estuvieran amparados en un contrato o no, de ninguna manera elimina, cambia o muta la razón de ser de la demanda –*causa petendi*-, y por eso el demandado pudo y debió decir en este proceso si los predios que hicieron parte del contrato y los que no hicieron parte de el los ocupó y pagó o no. Ampararse en la excepción de indebida escogencia de la acción es una burla a la justicia material, pues quien invadió debe pagar lo invadido y sus efectos dañinos, sobre todo cuando claramente se lo plantean en la demanda, que antojadizamente elude contradecir en estos aspectos.
(...)

“No cabe duda que el Consejo de Estado no es inferior a la tesis que incluso la Corte Suprema de Justicia ya aplica, y en estos términos, la Sala revocará la declaración de prosperidad que hizo el tribunal de la excepción de *indebida escogencia de la acción*, y por eso estudiará -a continuación- la indemnización que el METRO pagará a MASA, porque se demostró la ocupación de los terrenos de su propiedad.

“En este sentido, la Sala encuentra que la parte actora solicita en la *pretensión cuarta* –numerada como 1.4- que “... se restituyan las cosas al estado anterior, y de consiguiente, ordénese a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda..., la restitución de las zonas de terreno cuya tenencia recibió de mi mandante...”. No obstante, en la *pretensión quinta* –incorrectamente numerada en la demanda como 1.4- pidió: “Condénase a la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda a indemnizar y pagar la totalidad de los daños y perjuicios materiales, incluidos daño emergente y lucro cesante, ocasionados a Municipios Asociados del Valle del Aburrá M.A.S.A., con su incumplimiento, en la cuantía que resulte de las bases probadas en el proceso. (...)” Y el peritazgo solicitado para

demostrar los hechos no solo se enfocó en establecer la ocupación de los terrenos, sino también en cuantificar el valor de las zonas ocupadas.”

Igualmente, la aplicación imperativa del art. 228 de la CP. también conduce a la misma conclusión, porque ordena: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

En virtud de la instrucción que esta norma impone a la administración de justicia, según la cual “prevalecerá el derecho sustancial” sobre el procedimental, resulta imposible para la Sala decretar la excepción de indebida acumulación de pretensiones -si en gracia de discusión no procediera en el caso concreto; pero ya se analizó que sí- porque se afectaría grave e inconstitucionalmente el acceso a la administración de justicia, puesto que haciéndose prevalecer un principio procesal sobre el sustancial, sin razón justificada, conllevaría a dejar de resolver las pretensiones y, por ende, la controversia planteada sería blanco de impunidad, comoquiera que ampararse en la excepción de indebida escogencia de la acción es una burla a la justicia material¹⁵.

Actuar así rendiría culto desmedido a la forma sobre el fondo, más aún cuando la pretensión anulatoria procura la salvaguarda del ordenamiento jurídico, y no excluye las pretensiones contractuales planteadas en la misma demanda.

A su vez, es de precisar que admitir la acumulación de pretensiones en los términos del artículo 82 del CPC., de ninguna manera se opone a la administración de justicia, porque no se varía la *causa petendi* del proceso, ni se sorprende a la parte demandada desconociendo su derecho a la defensa, pues la causa de la demanda ha sido la misma desde que empezó el proceso.

¹⁵ Recientemente el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia del 8 de agosto de 2012, exp. 20346, Demandante: Municipios Asociados del Valle de Aburrá, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. -Tren Metropolitano-, reiteró que la acumulación de pretensiones es procedente en los términos del artículo 82 del CPC., y, en consecuencia, permite estudiar el fondo del asunto.

Con gran acierto ha expresado la doctrina de manera reciente que “la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal sin duda debe jugar un papel fundamental en la solución al viejo problema de la denominada prohibición de *opción*. En efecto, a la luz de nuestra constitución (art. 228) que establece el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, los jueces deben evitar en la medida de lo posible decisiones inhibitorias, porque dejarían en suspenso indefinido la decisión de un litigio. En este sentido es significativo un fallo de la Corte Suprema de Justicia, que en aplicación de los principios constitucionales, señaló:

“La Corte casó la sentencia del Tribunal que había rechazado las pretensiones del demandante porque ‘se equivocó al plantearlas dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual pese a que esta difiere sustancialmente de la de tipo contractual, pertinente para el asunto’. La Corte recordó que el objeto de los procedimientos es hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial, de acuerdo con el art. 4 del CPC. y el art. 228 de la CP., que consagra como principios explícitos de la administración de justicia colombiana, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a una tutela judicial efectiva”.¹⁶

No cabe duda que el Consejo de Estado no es inferior a la tesis que, incluso, la Corte Suprema de Justicia ya aplica y, en estos términos, la Sala revocará la declaración de prosperidad que hizo el tribunal *a quo* de la excepción de *indebida escogencia de la acción*, y por este motivo estudiará de fondo el asunto *sub iudice*.

2. Valoración de los hechos a partir de lo que se encuentra demostrado en el proceso.

a) Según las pruebas que obran en el expediente, se encuentra probado que la Alcaldía de Sincelejo, previa autorización del Concejo Municipal -mediante el Acuerdo No. 38, del 5 de noviembre de 1996-, abrió la Licitación Pública No. 07-ALUM-96, para contratar, por el sistema de concesión, el mantenimiento del servicio de alumbrado público. La licitación se declaró desierta, porque ninguna propuesta se ajustó a los requisitos de la administración -fls. 13 y 14, cdno. 1-.

b) En consecuencia, el 28 de febrero de 1997, el Alcalde de Sincelejo -por el procedimiento de contratación directa- suscribió con Electro Atlántico Ltda., el

¹⁶ Velásquez Posada, Obdulio. La responsabilidad civil en el contexto de la teoría del derecho actual. Instituto Antioqueño de Responsabilidad civil y del Estado. En: Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. No. 21. Mayo de 2007. Págs. 13 a 14. Medellín.

contrato de concesión que tuvo por objeto –*cláusula primera*–: “el mantenimiento de la infraestructura de alumbrado público en todo el territorio del Municipio de Sincelejo, incluyendo el suministro, la instalación de luminarias y la administración del servicio de alumbrado, de acuerdo con lo establecido como marco de referencia en el pliego de condiciones de la licitación número 07-ALUM-96, el cual servirá para ilustrar el objeto de este contrato junto con la oferta presentada por el concesionario para efectos de su contratación”. –fl. 14, cdno. 1–.

El alcance de este contrato incluía las actividades de desmonte de luminarias y montaje de las nuevas, transporte, seguros, cargue y descargue, manejo y almacenamiento de las nuevas luminarias que se sustituyen y las que se reubican. Además, el concesionario debía atender a los usuarios las 24 horas del día, los 365 días del año. Del mismo modo, se comprometió a garantizar una eficacia del servicio por lo menos del 85% en el municipio, durante todos los días del año, en el perímetro urbano de la ciudad.

c) En esta misma *cláusula primera* se pactó que el concesionario tendría derecho a recibir, a través de la fiduciaria contratada, el valor total de la facturación concerniente al servicio de alumbrado público, descontando los valores correspondientes a la venta de energía “en bloque” utilizada por el municipio en el alumbrado público.

En la *cláusula séptima* se estableció que la concesión tenía un plazo de dieciocho (18) años, contados a partir de la firma del contrato. En la *cláusula novena* acordaron que “LA ALCALDIA cede a EL CONCESIONARIO, durante el tiempo de la concesión, los derechos que tiene frente a la tasa correspondiente al servicio de alumbrado público facturado por la Electrificadora, obteniendo como contraprestación que EL CONCESIONARIO, a través de la fiduciaria, clasifique y cancele los valores a pagar por concepto de compra de energía ‘en bloque’ a la Electrificadora y aquellos valores que correspondan al CONCESIONARIO como consecuencia del ejercicio de la concesión conforme a los precios y valores descritos en los formularios No. 6, No. 7, No. 8 y No. 9 de la oferta presentada por Electro Atlántico Ltda.” -fls. 13 a 19, cdno. 1–.

d) En la cláusula cuarta se dispuso que hacia parte del contrato: el pliego de condiciones de la licitación pública No. 07-ALUM-96; la oferta que presentó el

concesionario; el contrato interadministrativo suscrito entre la Electrificadora de Sucre y el Municipio de Sincelejo.

e) En cuanto a la forma de pago, las partes acordaron –*cláusula novena*– que “LA ALCALDÍA retribuirá a EL CONCESIONARIO el costo mensual del suministro, operación y mantenimiento de la concesión, incluido el valor del consumo del alumbrado público con el recaudo del servicio de alumbrado, el cual será facturado y recaudado por la Electrificadora de Sucre, según convenio interadministrativo modificado al tenor de lo establecido en este contrato y para cumplir con sus efectos... La alcaldía cede al concesionario, durante el tiempo de la concesión los derechos que tiene frente a la tasa correspondiente al servicio de alumbrado público facturado por la Electrificadora, obteniendo como contraprestación que el concesionario, a través de la fiduciaria, clasifique y cancele los valores a pagar por concepto de la compra de energía ‘en bloque’ a la Electrificadora y aquellos valores que correspondan al concesionario como consecuencia del ejercicio de la concesión conforme a los precios y valores descritos en los formularios No. 6, No. 7, No. 8 y No. 9 de la oferta presentada por Electro Atlántico Ltda.”

f) El 30 de agosto de 1997, el Municipio y la Electrificadora de Sucre celebraron un convenio interadministrativo, cuyo objeto fue el suministro -por parte de ésta- de la energía eléctrica destinada al alumbrado público de la ciudad, así como a facturar a los usuarios el valor de la tasa de alumbrado público, “... atendiendo las tarifas establecidas en los acuerdos y en las disposiciones de organismos locales y nacionales competentes.” –Cláusula segunda, numeral 4, y cláusula cuarta, numeral 5, a fl. 21, cdno. 1-

g) Mediante el Decreto No. 268, de diciembre 4 de 1996, el alcalde de Sincelejo había estableció la tasa de alumbrado público, atendiendo al estrato y a la categoría de los contribuyentes –fl. 183, cdno. 1-.

No obstante, el Decreto No. 283 de 1997 derogó al anterior, y éste, a su vez, fue derogado por el Decreto No. 149, del 30 de junio de 1998 –aduciendo en su parte motiva crisis económica en las familias de su territorio-, por cuya virtud “... la tasa en el municipio de Sincelejo conforma al tenor del artículo tercero del acuerdo municipal # 38 de 1997, cobrando el 10% del valor del consumo, quedando

exonerados del pago del servicio de alumbrado público los escenarios deportivos de propiedad e las entidades oficiales.” –fls. 185 y 186, cdno. 1-

3. Generalidades sobre la tasa de alumbrado público

El alumbrado público es un servicio público “consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el Municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.”¹⁷

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 043 del 23 de octubre de 1995, los Municipios¹⁸ tienen a su cargo la prestación del servicio

¹⁷ Este lo dispone el artículo primero de la Resolución CREG No. 043 de 1995. Cabe destacar que varias disposiciones de esta resolución fueron demandados ante la Sección Primera del Consejo de Estado, que negó los cargos –sentencia de junio 12 de 1997. Exp. 3933-, e hizo las siguientes precisiones acerca del servicio de alumbrado público, y del contrato que pueden celebrar los municipios con las empresas de servicios públicos domiciliarios para su prestación:

¹⁸ “2. La violación de la ley y la desviación de poder que se le endilgan en la demanda al acto acusado parten de la base de que por medio éste se determinó o decidió que el municipio tuviera competencia para prestar el servicio de alumbrado público; apreciación inadmisibles de conformidad con las razones expuestas precedentemente. Por lo que carece de asidero sostener que con la resolución 043 se haya dispuesto de recursos pertenecientes a los municipios para atender obligaciones que no le fueron señaladas por el legislador, o también que se haya favorecido la compra de energía eléctrica por las empresas de servicios públicos, rompiendo la relación que debe existir entre prestador - usuario. Se aprecia, sí, que por medio de la resolución acusada se crea un mecanismo para que el municipio acuerde el suministro de energía con una empresa distribuidora y comercializadora; para que con ésta, o cualquier otra persona natural o jurídica, contrate la expansión del sistema de alumbrado público o el mantenimiento correspondiente. Así mismo, señala el procedimiento para determinar el consumo, bien sea con base en medidores, o ya con fundamento en cálculos, debiendo efectuar la actualización de los inventarios requeridos para medir el consumo, bien sea con base en medidores, o ya con fundamento en cálculos, debiendo efectuar la actualización de los inventarios requeridos para medir el consumo, y las revisiones que sean del caso cada tres años; también precisa, por una parte, lo relacionado con la facturación y la obligación del municipio de pagar el suministro de energía eléctrica, sin derecho a exoneración, y las modalidades que pueden convenirse para efectuar dicho pago, y, por otra, el deber de incorporar en su presupuesto “...apropiaciones suficientes para satisfacer las obligaciones económicas contraídas por el uso del servicio de alumbrado público, las cuales se deberán cancelar en las fechas en que se hagan exigibles”; deber cuyo cumplimiento es inspeccionado por el contralor correspondiente. Por último, regula lo concerniente al contrato de suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público y el mecanismo que debe seguirse para el pago de ello.

“Examinado el conjunto de las normas que componen la resolución 043, se aprecia su indiscutible propósito de ofrecer un servicio público eficiente, es decir, con capacidad para satisfacer las necesidades de cada localidad, bien sea de modo directo por el municipio, bien porque se contrate el suministro con entidades privadas o públicas, ora porque el mantenimiento y

de alumbrado público dentro del perímetro urbano y el área rural comprendidos en su jurisdicción, a cuyo efecto están facultados “para celebrar contratos o convenios para la prestación del servicio de alumbrado público, de manera que el suministro de energía sea de responsabilidad de la empresa distribuidora o comercializadora con quien el municipio llegue a tal acuerdo, al igual que se podrá

expansión del servicio lo lleve a cabo aquella entidad territorial, ya, en fin, porque lo convenga del modo más favorable para las aspiraciones de la comunidad. También se observa la pertinente previsión para la viabilidad financiera del servicio, como cuando se impone la obligación de efectuar las apropiaciones presupuestales (art. 7 resol. 043), lo cual, sin duda, se ajusta a la previsión del literal a) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994 sobre las funciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad, cuyo texto asigna a la Comisión la función de “Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia”.

“No aprecia la Sala que se cause detrimento a la autonomía de las entidades territoriales, ni que se viole la consensualidad de los contratos que es menester celebrar con motivo de la prestación del servicio de alumbrado público municipal; ni que se favorezca la compra de energía por las empresas de servicios públicos; lo que ocurre es que, dada la importancia de la materia y su repercusión en los intereses comunitarios locales es obvio que la actividad misma por desarrollarse, así como los convenios o contratos que deben celebrarse, estén sujetos a las pautas contenidas en la resolución 043, la cual, como se vio antes, se ajusta a las normas legales que tratan sobre el tema.

“Si se examina el artículo 2º. de la resolución impugnada por el actor, no se ve, como lo sostiene éste, que se imponga obligación alguna de contratar el suministro de energía con una empresa comercializadora o distribuidora; si bien es cierto que el párrafo 4º. del artículo 2º. de la resolución 043 se refiere al acuerdo que puede celebrarse con este tipo de entidades, no es menos evidente que en el siguiente se alude, a la empresa de servicios públicos que le suministre la energía eléctrica al municipio y a “...cualquier otra persona natural o jurídica que acredite idoneidad y experiencia en la realización de dichas labores...”, a lo que debe añadirse que, según el inciso 1º. Ib., “Es competencia del municipio prestar el servicio de alumbrado público dentro del perímetro urbano y el área rural comprendida en su jurisdicción”; lo que significa que, en primer término, la prestación del servicio incumbe al municipio, quien a su vez está facultado para convenir el suministro, sin que esto conduzca ineluctablemente a la contratación que el actor señala como obligatoria por virtud del acto administrativo demandado.

“Los contratos, como cualesquiera actos jurídicos, persiguen determinados propósitos, buscan fines concernientes a las partes que intervienen en la relación jurídico material; fines que no son nada distinto del logro de sus aspiraciones o satisfacción de sus intereses. Y esta idea de carácter general encuentra soporte en el artículo 3º de la ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, según el cual “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

“De modo que cuando en el artículo 8º de la resolución 043 se señalan los distintos aspectos que deben contener los contratos de suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público, no se hace sino, por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, expedir un ordenamiento encaminado a asegurar “la disponibilidad de una oferta energética eficiente” (arts. 23, literal a, de la Ley 143 de 1994), el cual no puede entenderse, dada la importancia de sus objetivos y la materia a que se refiere, como cercenamiento de la consensualidad contractual, pues las partes, no obstante ser ello así, entrecruzan libremente sus voluntades, pero sin dejar de tener en cuenta el especial propósito del vínculo en que se involucran.”

contratar con la misma o con otra persona natural o jurídica el mantenimiento o expansión del servicio de responsabilidad municipal”.

Se tiene, por tanto, que los municipios pueden prestar directamente el servicio de alumbrado público o mediante la celebración de convenios o contratos con ese objeto¹⁹, en cuyo caso la empresa distribuidora o comercializadora contratada será la responsable del buen funcionamiento del servicio.

Cuando el servicio de alumbrado público se preste a través de un tercero, mediante la celebración de un contrato que tenga por objeto el suministro, mantenimiento y expansión del mismo, su prestación se regirá por lo dispuesto en el contrato o convenio celebrado.²⁰ Dicho contrato, esta sujeto a la autorización previa del respectivo Concejo Municipal o Distrital, según el caso, el cual, a su vez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 338 de la Carta Política puede autorizar al Alcalde para que establezca las tarifas respectivas.

Respecto del pago del servicio de alumbrado público, el artículo 9 de la citada Resolución 043 del 23 de octubre de 1995 prevé que el municipio es el responsable del pago frente al sujeto que suministre el servicio o realice el mantenimiento y expansión de las redes. Sin embargo, el municipio puede cobrar el alumbrado público a los habitantes en forma de tributo,²¹ de conformidad con lo dispuesto en las leyes 97 de 1913²² y 84 de 1915, como también en las

¹⁹

Ver Resolución No. 81132 de 1996 del Ministerio de Minas y Energía por la que se reglamentó el otorgamiento de los contratos de concesión para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público.

²⁰

Concepto MME-CREG-E-2003-006424, Respuesta: S - 2004 - 000048, en www.creg.gov.co. En el mismo sentido SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Concepto SSPD 20021300000552-A, en www.superservicios.gov.co

²¹

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de noviembre 13 de 1998, Exp. 73001-23-31-000-4991-02-9124, Actor Jesús Vallejo Mejía: “al expedirse el Acuerdo acusado, el Concejo Municipal gozaba de plena autonomía para determinar directamente los elementos esenciales del impuesto mismo, y al hacerlo, sólo debía ceñirse a la ley que creó el impuesto y a las normas constitucionales que regulan la facultad impositiva, dentro de las cuales, se insiste, no hay definición o limitación alguna respecto de lo que debe entenderse por base gravable del citado impuesto, sino también por ausencia de violación de las normas superiores a las que se encontraba sujeto para tal fin...En el sub lite, al no haberse contemplado expresamente parámetros para la cuantificación de la base gravable de un impuesto cuyo hecho imponible es “el servicio de alumbrado público” es claro que al establecerse en el acto acusado con referencia a los consumos de energía eléctrica de cada usuario, no existe violación de norma superior que justifique su retiro del ordenamiento jurídico, por cuanto dicha forma de cálculo no es un parámetro extraño a ese presupuesto y por ende incompatible, como tampoco desnaturaliza la esencia del impuesto, ni muta el hecho generador, y además, porque se advierte ausencia de prohibición de establecerla de esta manera”

²²

resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas “CREG”²³²⁴.

La referida resolución No. 043 de 1995 también establece la posibilidad de que el Municipio celebre convenios con las empresas de servicios públicos, con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los habitantes, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras; dispuso además:

“PARÁGRAFO 1. Los convenios estipularán la forma de manejo y administración de dichos recursos por parte de las empresas de servicios públicos. Estas no asumirán obligaciones por manejo de cartera, y en todo caso, el municipio les cancelará la totalidad de la deuda por el servicio de alumbrado público, dentro de los períodos señalados para tal fin.

“PARÁGRAFO 2. El municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento.”

Se tiene, entonces, que el municipio, como responsable del pago del servicio de alumbrado público a la empresa prestadora del mismo, puede trasladar a los habitantes su valor, en forma de tributo, en cuyo caso resulta necesario que el Concejo respectivo lo imponga, fijando directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las tarifas correspondientes²⁵, teniendo en cuenta que está prohibido cobrarle a los usuarios un mayor valor al que paga por el servicio, expansión y por mantenimiento, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 2 del citado artículo 9 de la Resolución CREG 43 de 1995.

Respecto a la forma de cobro del alumbrado público, cabe considerar lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-035 de 2003, que al declarar la

La Corte Constitucional en Sentencia C 504 de 2002 M.P. Araujo declaró exequibles los literales d) e i) del artículo 1 de la ley 97 de 1913 por los cargos estudiados, salvo la expresión “y análogas”.

²³

Mediante la Resolución de la CREG-043 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 municipios, por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público, allí se dispuso que las características técnicas de la prestación del servicio se sujetarían a lo establecido en los Códigos de Distribución y de Redes (capítulo 8 del Anexo General de la Resolución de la CREG-070 de 1998, aclarado por el artículo 2 de la Resolución de la CREG 101 de 2001.)

²⁴

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 22 de febrero de 2001, Radicación 07001-23-31-000- 1999- 0142-01, Actor: “ENELAR E.P.S. Exp. 17.090.

²⁵

Artículos 313 y 338 Constitucionales.

exequibilidad del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 que señala que las facturas con destino al servicio de alumbrado público prestan mérito ejecutivo, se pronunció sobre la posibilidad de que el cobro del alumbrado se realice a través de las facturas del servicio público de energía:

“[s]i bien el alumbrado público no es de carácter domiciliario, la Corte encuentra que la conexidad que lo liga al servicio público domiciliario de energía eléctrica es evidente, toda vez que las actividades complementarias de éste son inescindibles de aquél, de suerte tal que varía simplemente la destinación de la energía. En efecto, mientras que en el servicio público de energía eléctrica ésta llega al domicilio, en el alumbrado público tiene como destino final las vías y espacios públicos del municipio. Sin embargo, para que ambos efectos se produzcan no sólo son igualmente necesarias sino que se ejecutan y comparten las mismas actividades de generación, transmisión, interconexión y distribución de energía.

“En este sentido es de observar cómo, en la venta de energía que hace la empresa distribuidora o comercializadora al municipio, a fin de prestar el servicio de alumbrado público, está implícita la actividad complementaria de distribución y comercialización de energía eléctrica. (...)”

“De este modo, es claro que el alumbrado público constituye un servicio consubstancial al servicio público domiciliario de energía eléctrica, convirtiéndose así en especie de este último. No en vano se denomina servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público, sin perjuicio de las marcadas diferencias entre uno y otro, especialmente en relación con los usuarios y las figuras contractuales a través de las cuales se prestan ambos servicios públicos, a más de la destinación de los mismos, como se vio anteriormente.”

Con apoyo a la citada sentencia, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Circular Externa SSPD 006 del 14 de mayo de 2003, consideró procedente el cobro del impuesto del alumbrado público a través de las facturas del servicio público de energía, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 142, sin que sea menester hacerlo en cupón separado por tratarse de un servicio inherente al de energía²⁶.

4. Los contratos del Estado y la vigencia de la ley tributaria en el tiempo.

Este aspecto es uno de los argumentos principales en los que el actor apuntala su inconformidad con las actuaciones del Municipio de Sincelejo, toda vez que las

²⁶ Al respecto cabe consultar lo expuesto por la Sala en sentencia proferida el 19 de mayo de 2005; Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00719-02; Referencia: AP – 00719.

tarifas de alumbrado público estaban definidas en un decreto de 1996, ante de suscribir el contrato de concesión, pero fueron modificadas un año después de suscribirlo. Se acudirá, entonces, a la legislación que regula la vigencia de la ley en el tiempo, y la diferencia entre las leyes procesales y las sustanciales.

Desde el punto de vista general, en cuanto a la vigencia de la ley en el tiempo, es pertinente precisar que: La ley 153 de 1887 determina que las normas procesales -de sustanciación y ritualidad de los juicios- rigen desde su vigencia y prevalecen sobre las anteriores y, que por lo tanto, son de aplicación inmediata, excepto cuando se trate de términos que hubieren empezado a correr, actuaciones o diligencias que ya estuvieren iniciadas, pues, todos estos aspectos se rigen por la ley vigente al momento de su iniciación -art. 40-.

Por el contrario, a las situaciones reguladas en leyes sustanciales -no procedimentales- debe aplicarse la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho que sanciona, coligiéndose que la regla general predominante sobre el punto es la de irretroactividad de la ley, y que la excepción a esa regla se da por indicación expresa del legislador.

Así lo consideró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencias de 3 de junio y 2 de septiembre de 2003²⁷, donde se reiteraron los antecedentes jurisprudenciales en la materia, tanto de la Corte Constitucional (C-922 de 2001, T-438 de 1992, C-769 de 1998 y C-214 de 1994) como del Consejo de Estado, estos últimos mencionados en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 16 de octubre de 2002, para concluir, precisamente, en la aplicación del principio de irretroactividad de la ley sustancial.

La irretroactividad de las leyes no procedimentales, como regla general, garantiza la efectividad de principios que son el pilar fundamental del Estado Social de Derecho, como son la seguridad jurídica y la garantía de ser juzgado con la normatividad preexistente al hecho que se imputa, de acuerdo con lo preceptuado en el entonces artículo 26 de la Constitución Política de 1886, y ahora en el 29 de la Constitución de 1991.

De otra parte, en materia contractual la ley 153 de 1887, en los artículos 38 y 39,

²⁷ Sentencias S-131 de 3 de junio de 2003, actor: José Moisés Sarmiento Jiménez y S-417 de 2 de septiembre de 2003, actor: Uriel Antonio Loaíza Hurtado, ambas con ponencia del Consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez.

establece que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo “de su celebración”, salvo, en cuanto al modo de reclamar los derechos contractuales y a las penas por infracción de las estipulaciones, pues, estas dos últimas hipótesis se rigen por las normas vigentes *para ese momento*, esto es, de ocurrencia de tales eventos. Así mismo, se advierte, en relación con los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua, que podrán demostrarse con los medios probatorios que ese precepto disponía, pero aplicando la nueva ley respecto “de la forma” de rendirse la prueba.

Estas disposiciones fueron tenidas en cuenta en los Estatutos Contractuales que se han dictado. Así, por ejemplo, se tiene en el Decreto ley 150 de 1976:

“ARTÍCULO 203. DE LOS CONTRATOS QUE SE ESTÁN PERFECCIONANDO. Los contratos que a la fecha de vigencia de este decreto se estuvieren perfeccionando, podrán continuar su tramitación de acuerdo con las normas antes vigentes o acogerse a las reglas del presente Estatuto. En este último caso, no será necesario repetir las operaciones o trámites que se hubieren cumplido conforme a disposiciones semejantes a las aquí consignadas”.

En el decreto-ley 222 de 1983:

“ARTÍCULO 300. DE LOS CONTRATOS QUE SE ESTÁN PERFECCIONANDO. Los contratos que a la fecha de vigencia de este estatuto se estuvieren tramitando continuarán dicho procedimiento conforme a las normas antes vigentes”.

En la ley 80 de 1993, Estatuto Contractual vigente:

“ARTÍCULO 78. DE LOS CONTRATOS, PROCEDIMIENTOS Y PROCESOS EN CURSO. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.”²⁸

De las normas transcritas se deduce que el tratamiento de la ley en el tiempo, en materia de contratación estatal, ha tenido variaciones. En el decreto-ley 150 de 1976 se previó la facultad de optar: por continuar el trámite de acuerdo con la ley anterior o por acogerse a la nueva normativa; en el decreto-ley 222 de 1983 la opción de escogencia de régimen desapareció, dando paso a la aplicación de la ley vigente al momento de la celebración y, en el actual estatuto contractual -la ley

²⁸ Promulgada el día 28 de octubre de 1993. Diario Oficial 41.094.

80 de 1993- el legislador determinó que los contratos y los procedimientos en curso se regirían por la norma anterior.

Ahora bien, en materia de contratos adicionales celebrados bajo la vigencia de la ley 80 de 1993, pero que adicionaban un contrato principal celebrado bajo el decreto ley 222 de 1983, el régimen contractual aplicable se determina con la ayuda de las disposiciones de los distintos estatutos contractuales precitados, porque estos ordenamientos disponen claramente y coinciden en que los contratos que se estuvieren tramitando continuarían sometidos a la norma anterior, en otros términos, que los negocios jurídicos en curso continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

En principio, en relación con la existencia y su regulación normativa, los contratos adicionales están sujetos a las mismas normas que gobiernan el principal. Pero, el tema de la aplicación de la ley contractual al contrato principal y a sus adicionales, es un asunto diferente al fondo de la controversia objeto de juzgamiento, como lo es la vigencia de los tributos locales, pues, normativamente no tiene incidencia en la situación concreta que se juzga, referente a la variación de la tasa de alumbrado público, porque es la propia Constitución Política la que determina que las contribuciones sólo pueden aplicarse a partir del período siguiente al de inicio de la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo. Textualmente el inciso final del artículo 338 constitucional, dispone:

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

En resumen, aunque en el tema contractual es cierta la aplicación de la ley vigente al momento de la celebración del contrato, en materia tributaria y contributiva no resulta correcta la pretendida extensión de las normas vigentes al momento de la celebración del contrato principal, porque, se repite, la Constitución Política, clara y perentoriamente determina que, las normas tributarias se aplican hacia el futuro.

5. La jurisprudencia aplicable al caso: la teoría del hecho del príncipe y el equilibrio económico del contrato, como consecuencia de la creación o modificación de impuestos que lo afectan.

Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, comoquiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.

La ley 19 de 1982 señaló los principios de la contratación administrativa que debía tener en cuenta el ejecutivo con miras a reformar el decreto ley 150 de 1976 y expedir un nuevo estatuto. Desde allí se consagró, y se mantuvo en el Decreto 222 de 1983 y en la Ley 80 de 1993, el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en tanto se previó el reembolso de los nuevos costos que se derivaran de las modificaciones del contrato ordenadas por la administración, así como el estimativo de los perjuicios que debían pagarse en el evento de que se ordenara unilateralmente su terminación; principios posteriormente recogidos en los artículos 19, 20 y 21 del decreto ley 222 de 1983, que establecieron en favor de la administración los poderes exorbitantes de terminación y modificación unilateral de los contratos, en los que se condicionó el ejercicio de estas facultades a la debida protección de los intereses económicos del contratista, otorgándole, en el primer caso, el derecho a una indemnización y, en el segundo, el derecho a conservar las condiciones económicas inicialmente pactadas.

Sin embargo, no han sido éstas las únicas situaciones que se han tenido en cuenta para restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo -hecho del príncipe-; por

ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato.

Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que de manera imprevista surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión.

Es necesario precisar la significación y alcance del principio del equilibrio financiero en el contrato estatal, por cuanto, como lo pone de presente la doctrina, su simple enunciado es bastante vago y se corre el riesgo de asignarle un alcance excesivo o inexacto.

El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión ‘ecuación financiera’.

Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, según la expresión del comisario de gobierno León Blum²⁹, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; “como un cálculo”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.

Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.”³⁰

Al abordar el análisis del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión, como factores que alteran el equilibrio financiero del contrato, la Sala precisó lo siguiente:

“1.1 El hecho del príncipe

²⁹ Consejo de Estado francés, sentencia de 11 de marzo de 1910. *Cie française des tramways*.

³⁰ André DE LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ. *Traité des Contrats Administratifs*. París, L.G.D.J, 1983. 2ª edic. Tomo 1, num 718, p. 717.

“(…) El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, se presenta cuando concurren los siguientes supuestos:

- a. La expedición de un acto general y abstracto.
- b. La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.
- c. La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.
- d. La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato.”

En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el *hecho del príncipe* (*le fait du prince*) se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa³¹. La justificación de esta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio cuando éste proviene de la ley, por cuanto el autor del acto -Nación, Congreso de la República- puede ser distinto de la administración contratante. No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión. Al respecto sostiene Riveró: “La teoría no interviene jamás cuando la medida que agrava las obligaciones del cocontratante emana no de la persona pública contratante, sino de otra persona pública, por ejemplo, cuando un decreto acto del Estado, agrava, en materia social, la situación de los cocontratantes de las colectividades locales. En este caso, hay una asimilación del álea administrativo al álea económico y la aplicación eventual de la teoría de la imprevisión.

“La teoría puede intervenir cuando la persona pública contratante dicta una medida general que agrava las cargas del cocontratante; pero esto no sucede sino cuando la medida tiene una repercusión directa sobre uno de los elementos esenciales del contrato (por ejemplo: creación de una tarifa sobre las materias primas necesarias a la ejecución del contrato)”.³²

³¹

“Puede decirse que el principio del equilibrio del contrato administrativo juega con respecto a la responsabilidad contractual sin falta un papel análogo al que juega el principio de igualdad frente a las cargas públicas con respecto a la responsabilidad extracontractual sin falta”. André de Labaudare, *Ob. Cit.* Tomo 2, número 1325.554

³²

JEAN RIVERÓ. *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pág. 141.

En esta misma línea, el profesor argentino HECTOR JORGE ESCOLA³³ afirma: “En primer lugar, debe precisarse qué se entiende, a los fines de esa teoría, por ‘poder’ o ‘autoridad pública’, designación, esta última, que hemos de preferir.

“En este sentido, y compartiendo la opinión sostenida por una parte importante de la doctrina, entendemos que el hecho del príncipe debe ser siempre una decisión o una conducta que pueda imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato.

“De tal modo, no quedan comprendidas dentro del concepto de hecho del príncipe aquellas decisiones y conductas que correspondan a autoridades públicas distintas de aquella que es parte en el contrato de que se trate ya sea que pertenezcan al mismo orden jurídico o a otro distinto.

“En este sentido, el hecho del príncipe se diferencia del hecho de la administración en que mientras que este último se relaciona directamente con el contrato, con el carácter que tiene la administración en él como parte contratante, es decir, con verdaderas conductas contractuales, el hecho del príncipe se vincula a decisiones o conductas que la autoridad pública adopta, no como parte en el contrato, sino en su carácter de tal, no influyendo en el contrato de manera directa sino refleja. No hay una conducta contractual, sino la conducta de una autoridad que está actuando en ejercicio de sus potestades y atribuciones y en su carácter y condición de autoridad pública.

“... Por tanto, se entenderá que existe hecho del príncipe cuando se esté frente a decisiones o conductas que emanen de la misma autoridad pública que celebró el contrato administrativo y que ésta realiza en su carácter de tal autoridad pública (...)”³⁴

³³

Tratado Integral de los Contratos administrativos. Buenos Aires, ediciones Depalma, 1977. Volumen I p. 456 s.s.

³⁴

Sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577 -Actor: Sociedad Pavimentos Colombia contra el Instituto Nacional de Vías. CP. Ricardo Hoyos Duque-.

La Sección sostuvo con posterioridad la misma posición, aunque con algunas variantes, pero manteniendo, en esencia, el criterio que se describe, el cual aplica perfectamente al caso objeto del presente proceso:

“Sobre esta teoría, la Sala manifestó en la mencionada providencia, recogiendo abundante doctrina al respecto, que se presenta un hecho del príncipe cuando el Estado expide una medida de carácter general y abstracto que era imprevisible al momento de la celebración del contrato y que incide en forma directa o indirecta en el mismo, alterando en forma extraordinaria o anormal la ecuación

La Sala viene considerando también, que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Si la misma proviene de otra autoridad, se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión³⁵.

Con respecto a los otros supuestos de la teoría, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe.

El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo.

La doctrina coincide en que para aplicar la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un álea anormal o extraordinaria, esto es, “cuando ellas causen una verdadera *alteración o trastorno*

financiera surgida al momento de proponer el contratista su oferta o celebrar el contrato, precisando sin embargo, que “... sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión”.

“Y en este punto se observa que, si bien para que se pueda predicar la existencia del hecho del príncipe se exige que la medida que incide de manera gravosa en el contrato provenga de una autoridad distinta de la contratante, debe tenerse en cuenta que en algunas ocasiones, esa persona jurídica contratante actúa a través de distintos representantes, sin que por ello pierda su unidad e identidad, por lo cual, para efectos de determinar la existencia del hecho del príncipe, ella sigue siendo una misma autoridad administrativa, actuando a través de dos de sus órganos y en tal caso, será procedente alegar dicha teoría cuando la actuación de uno de éstos, incide en el contrato suscrito por el otro, a nombre de la persona jurídica pública a la que ambos pertenecen; al respecto, la doctrina francesa ha dicho: (...)”

“De tal manera que, si la medida proviene de otra autoridad pero que pertenece a la misma persona jurídica contratante, será posible hablar de la existencia del hecho del príncipe, siendo el caso típico el de la Nación, persona jurídica que actúa a través de diversos representantes, pero sin dejar de ser ella misma quien toma las decisiones o asume las obligaciones contractuales correspondientes, así como la responsabilidad que de las mismas se pueda derivar.” (Sentencia de septiembre 18 de 2003. CP. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 15.119)

³⁵ Ver, entre otras, las siguientes sentencias: del 29 de mayo de 2003, expediente 14.577, del 19 de febrero de 2009 –exp. 19.055–, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.400–, del 4 de febrero de 2010 –exp. 15.665–, del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.017– y del 4 de febrero de 2010 –exp. 16.022).

en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante”, ya que “el álea “*normal*”, determinante de perjuicios “comunes” u “ordinarios”, aún tratándose de resoluciones o disposiciones *generales*, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato³⁶

De ahí que la dificultad que enfrenta el juez, al momento de definir la aplicación de la teoría del hecho del príncipe, consiste en la calificación de la medida, toda vez que si la manifestación por excelencia del soberano es la ley, la ordenanza, el acuerdo o el decreto, no existe, en principio, como consecuencia de ésta, responsabilidad del Estado. Ese principio, sin embargo, admite excepciones y se acepta la responsabilidad por acto legislativo o administrativo cuando el perjuicio sea especial, con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los contratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración.

En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo.

Como puede observarse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, puesto que mientras en el primer evento se presenta una

36

MIGUEL S. MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1992. III-A 3ª edición. P. 482. Cabe señalar que este fue el criterio acogido en la exposición de motivos presentada por el gobierno en el proyecto de ley que luego se convirtió en ley 80 de 1993. Allí se dijo que uno de los supuestos que podían dar lugar a la responsabilidad contractual del Estado, era “la expedición de una decisión administrativa que ocasione una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en este sentido fue decisiva para el contratante” (*Gaceta del Congreso* del 23 de septiembre de 1992. pág. 15).

circunstancia ajena a la voluntad de las partes contratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.

Ha concluido esta Sección, en otras oportunidades, de acuerdo con los planteamientos anteriores, y con fundamento en la jurisprudencia sobre las cargas impositivas en los contratos estatales³⁷, que las mismas “no significan *per se* el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista”. Exigencia que está en consonancia con lo que a propósito de la responsabilidad por el hecho de la ley, con fundamento en el daño especial, ha señalado la doctrina: debe tratarse de un perjuicio que por su “especificidad y gravedad, sobrepase los normales sacrificios impuestos por la legislación”³⁸.

Por la similitud del tema analizado con el problema que se involucra en el caso concreto, la Subsección acoge, íntegramente, los argumentos allí expuestos, como quiera que conservan plena validez, amén de la utilidad que tiene observar los precedentes judiciales, en materias idénticas.

6. El caso concreto

A partir de los aspectos analizados de la teoría del hecho del príncipe, demostrados en este proceso, y los específicos que se considerarán a continuación, encuentra la Sala que le asiste razón a la parte apelante cuando reclama por la modificación que el Alcalde de Sincelejo hizo de la tasa de alumbrado público, porque objetivamente afecta la ejecución del contrato.

En efecto, parte de la discusión de este proceso consiste en establecer si la tarifa que debían pagar los usuarios del servicio de alumbrado público, prevista en el Decreto No. 268 de 1996, y vigente antes de suscribirse el contrato de concesión *sub iudice*, era inmodificable por el municipio, y en su lugar debía conservarse

³⁷

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de octubre de 1938 (Sala Plena en lo Civil) y sentencias del Consejo de Estado del 11 de febrero de 1983, exp. 4929 (sección cuarta); 27 de marzo de 1992, Exp. 6353 (sección tercera); auto del 7 de marzo de 2002, Exp. 21.588 (sección tercera) y conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil Nos. 561 del 11 de marzo de 1972 y 637 del 19 de septiembre de 1994.

³⁸

GEORGES VEDEL. *Derecho Administrativo*. Madrid, Edit. Aguilar, 1980. p.343.

para garantizar el equilibrio financiero del contrato, y que el contratista asegura fue la base económica para realizar su cálculo financiero.

Para responder esta cuestión hay que remitirse al contrato de concesión, que al respecto indica, en la *cláusula novena*, que las obligaciones contractuales que asumió el concesionario –es decir, el suministro, mantenimiento y operación del alumbrado público- se remunerarían con el recaudo del servicio de alumbrado, que en términos del convenio interadministrativo suscrito por el mismo municipio con la Electrificadora de Sucre SA., ésta empresa era quien facturaba y recaudaba los recursos. En estos términos, en la cláusula citada consta que el municipio cedió a favor de Electro Atlántico Ltda.

“... durante el tiempo de la concesión, los derechos que tiene frente a la tasa correspondiente al servicio de alumbrado público facturado por la electrificadora, obteniendo como contraprestación que el CONCESIONARIO, a través de la fiduciaria clasifique y cancele los valores a pagar por concepto de compra de energía ‘en bloque’ a la Electrificadora...”.

De este modo, el esquema financiero del negocio era bastante simple: la inversión del concesionario se remuneraba con el recaudo de la tasa de alumbrado público, deducido de allí el valor de la energía que Electro Sucre SA., le vendía al municipio de Sincelejo con destino al sistema de alumbrado público –según convenio interadministrativo en este sentido³⁹-. Por tanto, la fuente de los recursos de la concesión era única, porque el municipio no puso dinero de su presupuesto para ajustar, completar o compensar los pagos que se hacían al concesionario, y lo que quedaba ingresaba al patrimonio de Electro Atlántico Ltda., para remunerar las prestaciones realizadas a favor de la entidad territorial. En estos términos, la electrificadora asumió durante un plazo fijo de 18 años la obligación y el derecho a explotar el sistema de alumbrado público de Sincelejo, exponiéndose al riesgo de recuperar adecuadamente, o de no hacerlo, la inversión que realizaba, más la utilidad que razonablemente debió calcular. Técnicamente este modelo de negocio se corresponde con la estructura de una concesión típica de alumbrado público.

³⁹ A folios 626 a 629 del cdno. ppal. se encuentra el convenio interadministrativo suscrito el 30 de agosto de 1997, entre el municipio y la Electrificadora de Sucre, donde ésta se compromete, entre otras cosas, a: i) suministrarle energía a aquél, para el funcionamiento del alumbrado público; ii) facturar conjuntamente con el servicio domiciliario de energía, pero en forma discriminada, la tasa de alumbrado público; iii) recaudar el dinero y trasladarlo a la Fiduciaria Fidugán; iv) facturarle mensualmente al municipio el valor de la energía, quien le cancelará directamente, o a través del concesionario, a través de la fiducia.

La controversia contractual surgió cuando el Municipio modificó la tasa de alumbrado público que debían pagar los usuarios, mediante el Decreto No. 149 de 1998, que derogó el Decreto No. 238 de 1997, que a su vez había derogado al decreto No. 268 de 1996. En sentir de la parte actora -Electro Atlántico Ltda.-, esta circunstancia vicia de nulidad el Decreto, además de producir el incumplimiento del contrato, porque “se modificó en deterioro de la posición contractual del Concesionario [sic] de Alumbrado [sic] Público [sic], la tasa a cobrar a los usuarios del servicio de la Ciudad de Sincelejo” –pretensión primera de la demanda-. Además, indicó que se violaron las siguientes normas: a) el artículo 58 de la Constitución Política, porque el concesionario tenía el derecho adquirido a cobrar la tasa de alumbrado público, conforme al presupuesto establecido en el proceso de selección, b) el artículo 73 del C.C.A. –pero no sustentó esta violación- y, c) “las normas de la Contratación Estatal, especialmente los arts. 4, 5, 27, 28 ss. y concordantes, puesto que el Decreto Municipal 268 de 1996 fue presupuesto de ELECTRO ATLÁNTICO para proponer la ejecución de la Concesión de Alumbrado Público” -fl. 4 cuad. 1-.

La Sala encuentra que el pliego de condiciones que rigió la licitación pública No. 07-ALUM-96 -declarada desierta, y que tenía por objeto el mantenimiento del servicio de alumbrado público-, se incorporó al contrato de concesión suscrito de manera directa por las mismas partes de este proceso judicial, en virtud de lo previsto en el numeral 1 de la *cláusula cuarta*, que dispuso:

“CUARTA. Documentos del contrato. Forman parte integral del presente contrato los siguientes documentos: 1) Como marco de referencia, el pliego de condiciones de la licitación pública No. 07-ALUM-96 y sus adendos correspondientes...” (fl. 200, cdno. ppal.)

De allí que, es necesario revisar en dicho documento contractual la vinculación que tenía el Decreto No. 268 de 1996, en relación con el esquema financiero del negocio. Para empezar, el *numeral 2.13.2* previó la forma de retribuir el trabajo del concesionario, que esencialmente es como se indicó antes, es decir, que con el recaudo de la tasa de alumbrado público se pagaban los costos que asumía el concesionario, por todo concepto, incluido el valor de la energía, si acaso él mismo la suministraba; en evento contrario, sencillamente se descontaba este valor y se le entregaba a la empresa que la vendiera –que finalmente fue Electro Sucre Ltda.- (fl. 574, cdno. ppal.).

Adicionalmente, en el capítulo 3, literal g) del pliego –fl. 575, cdno. ppal.-, también se indicó cuál fue la “facturación” y el “recaudo” del servicio de energía eléctrica durante el primer trimestre de 1996, distinguiendo los sectores de la ciudad y a sus usuarios -residencial, comercial, e industrial-, datos que se relacionaron en el “Anexo 5” –fl. 582, cdno. ppal.-. Allí mismo se encontraba una tabla, que relacionó el valor total facturado por concepto de energía eléctrica, y a continuación expresó que para el alumbrado público:

“b) La tasa del Alumbrado Público MUNICIPAL DE SINCELEJO, se obtiene de la sumatoria del total de los valores de facturación de consumo de energía por los sectores detallados en el ítem anterior, y aplicándole a esos valores, la tasa en tanto por ciento, autorizada por el MUNICIPIO y el Honorable Concejo MUNICIPAL DE SINCELEJO. Para el período detallado de enero a junio de 1996, la tasa aplicada por la Electrificadora de Sucre S.A., al servicio de alumbrado público Municipal, fue la establecida con anterioridad del: siete punto ocho (7.8%) por ciento del valor del consumo por usuario energía.” –fl. 582, cdno. ppal.-

“La tasa para los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 1996 fue la autorizada por el Honorable Concejo MUNICIPAL, la cual se estableció en el 9,7%.

“Para el mes de noviembre en adelante, se establece la modificación de las tasas según sectores, estratos, rangos y tarifas mínimas establecidas mediante el Decreto No. 268 del 4 de diciembre de 1996... así: (...)” –fl. 605, cdno. ppal.-

No obstante, mediante la *adenda* aclaratoria No. 2, el municipio introdujo una modificación al “Anexo 5”, en los siguientes términos:

“En el anexo 5, literal b, página 22; elimínese el 1 y 2 párrafo (sic) y el 3 párrafo (sic) léase así: **‘la tasa del Alumbrado público Municipal de Sincelejo, se obtiene** de la sumatoria de los valores de facturación detallados en el ítem anterior **y aplicándose a estos valores la tasa en tanto por ciento decretada por la Alcaldía de Sincelejo (decreto #268 del 4 de diciembre de 1996)** previa facultades (sic) otorgadas por el honorable Concejo Municipal de Sincelejo.’” –fl. 617, cdno. ppal.- (resaltado fuera de texto)

En los términos de la tabla que se anuncia allí, el sector residencial de estrato 1 tenía una tasa del 5%; los estratos 2, 3 y 4 una tasa del 10%; el estrato 5 una tasa del 12%; y el estrato 6 y los sectores comercial e industrial una tasa del 14%.

Ahora bien, para la Sala, esta tabla de porcentajes, que provenían del Decreto municipal No. 268 de 1996, norma que regía en la fecha en que se elaboraron los pliegos de condiciones, es decir, que gobernó ese proceso de licitación, y que por ende también rigió la contratación directa que dio lugar al contrato de concesión objeto de esta *litis*, era vinculante para la entidad pública y constituía un derecho para el contratista, porque sobre esa base la administración le indicó que y cómo debía elaborar la oferta. En efecto, en el numeral 3 del pliego se señaló, sin ambages, que:

“3. MARCO DE REFERENCIA

“Los proponentes deberán tener en cuenta, para la presentación de su oferta, los siguientes puntos específicos de referencia:

(...)

”g) La **facturación y recaudo** del servicio de energía eléctrica de la Electrificadora de Sucre, en el MUNICIPIO DE SINCELEJO, durante el primer semestre del año 1996, con porcentajes de recaudo, sectores residencial, comercial, industrial, especiales y directos; **aparecen relacionados en el ANEXO No. 5**, que se adjunta al final de este capítulo.” –fl. 575, cdno. ppal.-

De esta manera, al remitir esta condición del pliego al denominado “Anexo 5” –tanto en su texto original como en el modificado-, se advierte que en éste se encuentra la referencia y remisión al Decreto No. 268 de 1996, es decir, el que regulaba la *tasa de alumbrado público*; de donde se deduce, sin ambigüedades, que los porcentajes previstos allí hicieron parte de la estructuración financiera del negocio, porque así se le hizo saber categóricamente a los interesados en participar en la licitación –condición extendida, luego de la declaración de desierta, a la contratación directa-:

“Los proponentes deberán tener en cuenta, para la presentación de su oferta, los siguientes puntos específicos de referencia.” –fl. 575, cdno. ppal.-

Ahora, no es extraño que la administración hiciera esta remisión, porque se sabe que en un negocio financiero, como es la concesión, las fuentes de pago o remuneración de la inversión que hace el contratista debe ser no sólo clara sino también relativamente segura, por lo menos en cuanto a su origen, pues de allí provienen los pagos con los que se retribuirá el trabajo. Resultaría exótico, esto sí verdaderamente increíble, que el concedente no estableciera con confiabilidad la

“fuente de pagos”, que en este caso era la tasa de alumbrado público, descontado de ella el valor de la energía destinada a alumbrar las bombillas del sistema, remuneración que se haría directamente al comercializador –en su momento la Electrificadora de Sucre SA., finalmente liquidada y sus activos de red entregados a la Electrificadora de la Costa Atlántica SA.-⁴⁰.

En estos términos, queda establecido que el cálculo financiero que hizo el concesionario, con base en el Decreto No. 268 de 1996, se ajustó a las directrices trazadas por el municipio, y por eso las modificaciones posteriores no podían *perjudicarlo* ni *beneficiarlo*, sino mantener el equilibrio financiero creado al momento de suscribir el contrato. Se afirma que no podía *perjudicarlo* porque alterar la tasa, en su contra, hacía difícil, oneroso o quizá imposible la ejecución del negocio -depende de la situación concreta-, pues no es lo mismo pactar una concesión a 18 años de duración, con una tasa de alumbrado determinado, que mantener ese tiempo con una tasa inferior. En este caso es evidente que el daño al patrimonio del contratista se realizará.

A la inversa sucede igual, si se pacta una tasa de alumbrado determinada, y luego se aumenta, el concesionario no tiene derecho a cobrarla durante el mismo lapso original del contrato, como si no impactara favorablemente su patrimonio, ya que en tal caso también es evidente que se enriquecería más de lo debido.

En fin, de lo que se quiere dar cuenta es que si en el caso concreto se redujo el porcentaje de la tasa de alumbrado público, es decir, en detrimento del cálculo

⁴⁰ A este respecto se expresó en la sentencia de 16 de febrero de 2006 –Sección Tercera, rad.: 17001-23-31-000-2004-00237-01(AP)-: “Con fundamento en lo anterior la Sala advierte que se lesionaron los derechos de los consumidores y usuarios del servicio de energía eléctrica por la CHEC SA ESP, en consideración a que esta entidad, valiéndose de su condición de prestadora de dicho servicio, cobró el alumbrado público a los consumidores de energía eléctrica domiciliaria, sin que mediara la correspondiente autorización del Concejo Municipal, ni el convenio por medio del cual el municipio le hubiese contratado esa función.

“Cabe igualmente resaltar la circunstancia de que, así hubiese mediado acuerdo municipal y convenio con el Municipio, la empresa violó todos los imperativos legales, que le impedían apropiarse del valor cobrado, con fundamento en que dichos dineros son para que el municipio le pague el valor del servicio de alumbrado público, a menos que éste le hubiese autorizado expresamente para relacionar lo recaudado, pagarse el valor del alumbrado público y restituirle el excedente.
(...)”

“Ahora bien, la circunstancia de que en agosto de 2004 se hubiesen expedido y sancionado los acuerdos municipales Nos 08 y 09, que trasladan el cobro del valor del alumbrado público a los habitantes, no excluye la vulneración del referido derecho colectivo, porque no se aportó el contrato demostrativo de que la CHEC S.A. E.S.P. está facultada para su recaudo, conforme lo exigen las referidas normas que regulan los derechos de los usuarios y consumidores.”

financiero que la administración le pidió proyectar al concesionario, cuando suscribió el contrato, el municipio no puede reducirla luego, impunemente, y pretender que las condiciones financieras se conserven y, sobre todo, que el plazo de 18 años se mantenga inmutable.

En este orden, la Sala considera que si efectivamente la tasa de alumbrado público varió, por reducción introducida por el municipio, a través del Decreto No. 149 de 1998, entonces incumplió el contrato, que se proyectó financieramente con la tasa prevista en el Decreto No. 268 de 1996 –por exigencia que hizo la entidad y por la aquiescencia del contratista cuando presentó la oferta o suscribió el contrato-, y por tanto el impacto sobre el equilibrio financiero es evidente, porque no es lo mismo recibir durante 18 años un porcentaje determinado de tasa de alumbrado, que hacerlo durante un año escaso y los 17 años restantes un porcentaje inferior. La configuración de la teoría del hecho del príncipe es evidente.

Ahora bien, esto no significa que la entidad carezca de competencia para modificar el decreto o el acuerdo que fija la tasa de alumbrado público, porque jurídicamente tiene la potestad tributaria para hacerlo –arts. 313.4 y 338 de la CP.⁴¹–; lo que sucede es que si lo hacía afectaba, positiva o negativamente, el equilibrio financiero del contrato de concesión que ella misma invitó a celebrar –tanto cuando abrió la licitación pública, que a la postre se declaró desierta, como cuando continuó con el proceso de contratación directa-. En este horizonte, una cosa es la competencia para establecer la tasa de alumbrado y otra el daño que

⁴¹ “Art. 313. Corresponde a los concejos: (...)

“4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.”

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

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

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

se cause con su ejercicio, porque este acto soberano, de carácter general, aunque sea válido –hecho del príncipe-, causó daños indemnizables.

Por la razón anotada, estima la Sala que no le asiste razón a la parte actora, cuando pretende que se declare la nulidad del Decreto No. 149 de 1998 –*pretensión primera*-, porque el hecho de que su contenido incida negativamente en el equilibrio financiero del contrato de concesión, suscrito el 28 de febrero de 1997, no afecta su validez. De hecho, la parte actora ni siquiera alega la configuración de un vicio de aquellos a que se refiere el art. 84 del CCA.: violación de norma superior, incompetencia, desviación de poder, expedición irregular, violación al derecho de defensa, entre otros⁴² –norma aún aplicable al caso concreto, por disposición del art. 308 de la ley 1437 de 2011⁴³-.

De hecho, el actor sólo mencionó en su demanda, sin justificarlo siquiera, que se violó: el art. 58 de la Constitución Política, porque la tasa del contrato es un derecho adquirido; el art. 73 del CCA., cuando es evidente que un contrato no es un acto administrativo, sino una categoría jurídica autónoma o sustantiva⁴⁴, de la cual, por ende, no es predicable el derecho a la irrevocabilidad de los actos administrativos; y los arts. 4, 5, 27 y 28 de la ley 80 de 1993, de los cuales se deduce el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, pero no

⁴² “Art. 84. ACCION DE NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

“Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

“También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.”

⁴³

“Art. 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como **las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.**” (Resaltado fuera de texto)

⁴⁴

En este sentido, es decir, que los contratos no son actos administrativos, expresó la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia de 13 de mayo de 2004 -Exp. 19001-23-31-000-2003-1542- 01(ACU)- que: “En consecuencia, ese convenio contiene manifestaciones de voluntad bilateral que no tienen la naturaleza jurídica de actos administrativos y, por lo tanto, la observancia que se reclama no puede exigirse en ejercicio de la acción de cumplimiento. De consiguiente, respecto de esta pretensión no procede la acción de cumplimiento.”

la invalidez de un acto de carácter general que afecta un contrato que crea algunos derechos en cabeza del contratista.

En su lugar, y por la razón anotada, se concederá la pretensión segunda, es decir, se declarará que el municipio incumplió el contrato de concesión, porque modificó la tasa de alumbrado público, cuando la prevista en el Decreto No. 268 de 1996 fue vinculante para estructurar financieramente la concesión, no sólo porque así lo hizo el contratista, sino porque la entidad lo exigió en los pliegos de condiciones, cuando indicó que “Los proponentes deberán tener en cuenta, para la presentación de su oferta, los siguientes puntos específicos de referencia.” –fl. 575, cdno. ppal.- entre los que estaba la observancia del decreto mencionado.

Ahora bien, establecer si esta conducta de la entidad territorial causó un daño al contratista, y además un perjuicio, requiere una prueba técnica que lo acredite, es decir, que valore las modificaciones introducidas por el Decreto No. 149 de 1998 y proyecte financieramente sus efectos sobre el contratista.

En este sentido, en el expediente se encuentra un dictamen pericial, que no fue objeto de solicitudes de aclaración, complementación, ni de objeciones por error grave –fls. 318 a 361, cdno. 1-. Sus conclusiones se aprecian serias y bien fundadas, porque los datos en que se apoyan son objetivos, incluso algunos proceden de entidades excluidas de esta controversia; es el caso de: i) el número de usuarios del servicio de energía eléctrica –que finalmente son los sujetos pasivos de la tasa de alumbrado público-, tomado de las certificaciones de las empresas suministradoras del mismo-; ii) la tarifa de la tasa, que proviene del Decreto No. 268 de 1996; y iii) el flujo de fondos, presentado por el concesionario, pero que fue tomada de la información aportada por la Electrificadora de Sucre. No obstante, los peritos declaran que trabajaron sobre el flujo real; no sobre el hipotético, en el que se basó Electro Atlántico Ltda. –fls. 323 a 325, cdno. 1-; iv) además, la proyección de ingresos se hizo con las tarifas mínimas del Decreto No. 268 de 1996 –fl. 324-.

De esta manera, los peritos calcularon los ingresos de la concesión y le restaron los egresos –inversión inicial, pago de salarios, gastos de mantenimiento, consumo de energía, comisión fiduciaria (fls. 332 a 343)- y concluyeron que la diferencia da un “flujo de caja neto” de \$26.174’252.070 –fl. 345-, es decir, las utilidades “a la culminación del contrato”.

Luego los peritos tomaron esa cifra y la llevaron a valor presente –VPN-, arrojando, a marzo de 1997, la suma de \$7.631'384.902, y a marzo de 2000, fecha de entrega del peritazgo, \$10.157'373.305 –fls. 347 y 360-.

Ahora bien, también solicita la parte demandante, en la *pretensión principal cuarta*, “que en virtud de la magnitud del Daño [sic] antijurídico causado y a la petición del demandante, se declare terminado el contrato por incumplimiento del Municipio”; y en la *pretensión octava* formula como petición subsidiaria de esta “... en el evento de que el Honorable Tribunal defina que no es procedente la declaratoria de Terminación [sic] del Contrato [sic], se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del mismo mediante el reconocimiento de la suma resultante de la diferencia existente entre el valor de la tarifa mínima a recibir por usuario y por sector, según el Decreto 268 de 1996, indexada conforme allí se expresa desde la fecha de inicio de la Concesión [sic] y las sumas recibidas por ELECTRO ATLÁNTICO LTDA como consecuencia de la arbitraria modificación de las tarifas por parte del Municipio [sic] mediante la expedición del Decreto 149 de 1998.” La Sala resolverá ambas peticiones, una en subsidio de la otra, para claridad de las partes.

En la pretensión principal cuarta se solicita la terminación del contrato, siempre que fuera “en virtud de la magnitud del daño antijurídico causado”; no obstante, la Sala no cuenta con los elementos de juicio suficientes para establecer si la “magnitud del daño” alcanza la proporción o envergadura como para terminar el contrato. De hecho, al concesionario le correspondía, precisamente, demostrarlo, pero no hizo ningún esfuerzo probatorio en este sentido. Por esta razón se estudiará la pretensión subsidiaria, que busca que: “... se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del mismo mediante el reconocimiento de la suma resultante de la diferencia existente entre el valor de la tarifa mínima a recibir por usuario y por sector... y las sumas recibidas por ELECTRO ATLÁNTICO LTDA como consecuencia de la arbitraria modificación de las tarifas por parte del Municipio [sic] mediante la expedición del Decreto 149 de 1998.”

De allí que, se accederá a esta pretensión, toda vez que no cabe duda que el municipio incumplió el contrato, porque modificó el porcentaje de la tasa de alumbrado público mediante actos de poder unilateral, de índole tributario, a sabiendas de que el contrato se estructuró con la tarifa prevista en el Decreto 268

de 1996. No obstante, y desafortunadamente, el peritazgo no contiene este valor, y por ello **la Sala, en los términos del art. 172 del CCA.⁴⁵, condenara en abstracto y ordenará calcularlo con las bases que se indicarán aquí y también en la parte resolutive de esta providencia, para determinar el lucro cesante que se solicita en las pretensiones.** La suma que arroje se indexará con la fórmula que utiliza esta jurisdicción, y no causará intereses moratorios, salvo los que devenga la sentencia, en caso de que la entidad no la cumpla en los términos que establece el art. 177 del CCA.

El cálculo del perjuicio que hicieron los peritos no se acogerá, porque estableció el lucro cesante bajo el supuesto de que se decretaría la terminación unilateral del contrato –pretensión cuarta-; pero ya se dijo que no prosperaría esta petición.

En su lugar, como prosperará la pretensión subsidiaria de ésta –pretensión octava-, y no se calculó el lucro cesante que correspondía a esta solicitud, se ordenará designar a los mismos peritos que actuaron en este proceso, salvo imposibilidad de hacerlo, en cuyo caso se designarán otros, para los únicos efectos de calcular la suma resultante de la diferencia que existe entre *el monto de la tarifa mínima a recibir por usuario y por sector* y *las sumas efectivamente recibidas por ELECTRO ATLÁNTICO LTDA.*, como consecuencia de la modificación de las tarifas que hizo el Municipio con el Decreto No. 149 de 1998.

El cálculo se debe hacer durante todos los meses de *vigencia del contrato* en que se haya remunerado al concesionario con un porcentaje de tasa de alumbrado público inferior al previsto en el Decreto No. 268 de 1996. Si el contrato se terminó, por cualquier causa, antes del plazo pactado, los peritos harán el trabajo *sólo durante el tiempo que hubiere estado vigente* –porque los perjuicios derivados de una eventual terminación unilateral, por parte de la entidad, tendrían que reclamarse en el proceso que cuestione la legalidad de esa circunstancia-, y

⁴⁵ “Art. 172. CONDENAS EN ABSTRACTO. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

“Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.”

siempre que durante el se haya remunerado al concesionario con una tasa inferior a la prevista en el Decreto No. 268 de 1996.

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

FALLA

Primero: Niéganse las pretensiones primera, cuarta, quinta y séptima.

Segundo: Declárese que el municipio de Sincelejo incumplió el contrato de concesión, por las razones anotadas en la parte motiva, y produjo un daño patrimonial al contratista.

Tercero: Condénese en abstracto al Municipio de Sincelejo a restablecer a la sociedad Electro Atlántico Ltda., el equilibrio financiero del contrato de concesión. Para estos efectos, se procederá de la siguiente manera:

- a) Se designará a los mismos peritos que actuaron en este proceso, salvo imposibilidad de hacerlo, para que calculen la suma resultante de la diferencia existente entre el valor de la tarifa mínima a recibir por usuario y por sector y las sumas recibidas por ELECTRO ATLÁNTICO LTDA., como consecuencia de la modificación de las tarifas que hizo el Municipio con el Decreto No. 149 de 1998.
- b) El cálculo se debe hacer durante todos los meses de vigencia efectiva del contrato en que se haya remunerado al concesionario con un porcentaje de tasa de alumbrado público inferior al previsto en el Decreto No. 268 de 1996. Si el contrato terminó, por cualquier causa, antes del plazo pactado, los peritos harán el trabajo sólo durante el tiempo que hubiere estado vigente, y que además durante el se haya remunerado al concesionario con una tasa inferior a la prevista en el Decreto No. 268 de 1996.
- c) Las sumas se deberán actualizar desde la fecha en que se debieron recibir y hasta la fecha de la providencia que liquide los perjuicios, según la siguiente fórmula que usa la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

$$Va = Vh \times \left(\frac{IPC \text{ final }}{IPC \text{ inicial }} \right)$$

Cuarto: Niéganse las excepciones propuestas.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA VALLE DE LA HOZ

**ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA**

TEORIA DEL HECHO DEL PRINCIPE - Debería configurarse cuando todo acto general y abstracto del Estado, provenga o no de una de las partes contractuales, que de manera grave e imprevista determine una alteración del equilibrio económico del contrato

La mayoría asegura que el “hecho del príncipe”, como factor determinante de la alteración del equilibrio económico del contrato estatal, sólo lo configuran los actos generales del Estado que provienen de la entidad estatal que participa como parte contratante en el negocio jurídico alterado. Si bien la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha venido sosteniendo de tiempo atrás que el hecho del príncipe se estructura cuando el acto general y abstracto emana de la misma autoridad que celebró el contrato, a mi juicio esta noción debe evolucionar para admitir que todo acto general y abstracto del Estado, provenga o no de una de las partes contractuales, que de manera grave e imprevista determine una alteración del equilibrio económico del contrato, pueda ser catalogado como “hecho del príncipe”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013)

Radicación número: 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020)

Actor: SOCIEDAD ELECTRO ATLANTICO LIMITADA

Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO-SUCRE

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el respeto y consideración acostumbrada, y aunque comparto la decisión tomada, presento la razón que me mueve a aclarar el voto:

La mayoría asegura que el *“hecho del príncipe”*, como factor determinante de la alteración del equilibrio económico del contrato estatal, sólo lo configuran los actos generales del Estado que provienen de la entidad estatal que participa como parte contratante en el negocio jurídico alterado.

Si bien la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha venido sosteniendo de tiempo atrás que el hecho del príncipe se estructura cuando el acto general y abstracto emana de la misma autoridad que celebró el contrato⁴⁶, a mi juicio esta noción debe evolucionar para admitir que todo acto general y abstracto del Estado, provenga o no de una de las partes contractuales, que de manera grave e imprevista determine una alteración del equilibrio económico del contrato, pueda ser catalogado como *“hecho del príncipe.”*

En estos términos dejo presentada mi aclaración al voto.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

⁴⁶ Expedientes 14.577 y 15.119 entre otros.

