**CONTRATO ESTATAL – Tipología – Elementos esenciales**

Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente.

**CONTRATO DE CONCESIÓN – Elementos esenciales**

Para desentrañar los elementos esenciales del contrato de concesión, la Sala acude al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues sin perjuicio de que ese no sea el régimen aplicable al contrato, como más adelante se explicará, no puede dejarse de lado el hecho de que fue esa compilación la que de manera general definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas finalidades: de un lado, otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; de otro lado, encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público. En ambos casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal. Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden ─artículo 32, numeral 4°─.

**EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Régimen contractual –Normativa – Derecho privado**

El régimen contractual de las entidades estatales que prestaran servicios públicos domiciliarios, por regla general, no estarían gobernadas por el Estatuto de Contratación del Estado, salvo algunas eventualidades expresamente consagradas por el legislador. Siguiendo esa línea se observa que la Ley 142 de 1994, en su artículo 39 reguló los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, enunciando los siguientes: 39.1.-. Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, cuyo régimen sería el de la Ley 80 de 1993. Dentro de estos se encuentra la concesión de aguas y del espectro electromagnético. 39.2. Contratos de administración profesional de acciones, los cuales se sujetarían a las normas del derecho privado. 39.3.- Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y el goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban. En este supuesto los negocios jurídicos celebrados se someterían al derecho privado. 39.4.- Contratos para el uso compartido o la interconexión de redes, caso en el cual el régimen jurídico corresponde al derecho privado. 39.5. Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas, de acuerdo con el proyecto aprobado por la empresa. En este caso los contratos se encuentran bajo el imperio del derecho común.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., primero (1º) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 13001-23-31-000-1997-12331-01(49311)**

**Actor: ALCIDES ARRIETA MEZA**

**Demandado: DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA Y OTRO**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Temas: NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATO – Tipología contractual / Régimen normativo / Autorización pro-tempore conferida por la Corporación Pública al Alcalde Distrital para la celebración del contrato.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de julio de 2013, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual se dispuso:

“*PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la Sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

*“SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo a lo expresado en el aparte considerativo de esta providencia.*

*“TERCERO: Abstenerse de condenar en costas.*

*“(…)”.*

1. **A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

El 20 de junio de 1997, el abogado Alcides Arrieta Meza, actuando en nombre propio, presentó demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, con el fin de que se declarara la nulidad absoluta del contrato celebrado[[1]](#footnote-1) entre el ente territorial demandado y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR para la gestión integral de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en esa ciudad.

Igualmente, solicitó que se declarara la nulidad del numeral 1.2 de la cláusula primera del mencionado negocio jurídico.

**2. Los hechos**

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

**2.1.** El 21 de junio de 1995, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR celebraron un contrato de gestión integral, en virtud del cual la sociedad, por su cuenta y riesgo y en representación del Distrito, mantendría, operaría y explotaría todos los edificios, máquinas, bienes y redes de la contratante, detallados en el anexo respectivo, para captar, procesar, transportar y distribuir el agua potable dentro de la zona y linderos descritos en el negocio y para captar, transportar y disponer de las aguas residuales en las mismas condiciones anteriores.

**2.2.** Se indica en la demanda que el contrato de gestión integral en referencia se celebró contra expresa prohibición legal, debido a que se suscribió por fuera de los límites temporales concedidos a través del Acuerdo Municipal No. 05 del 11 de marzo de 1994.

**3. Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora adujó que el contrato de gestión integral atacado se encontraba viciado de nulidad por haberse configurado las causales previstas en los ordinales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Al efecto indicó que la celebración del contrato había excedido el lindero temporal fijado por el Acuerdo No. 05 del 11 de marzo de 1994. En ese sentido, alegó que la facultad otorgada al Alcalde de Cartagena por el Concejo Distrital para suscribir el acuerdo negocial expiró el 31 de diciembre de 1994, sin que hasta esa fecha se hubiere perfeccionado el respectivo convenio.

Agregó que la tipología del negocio jurídico signado correspondía a la de una concesión, circunstancia que se oponía a lo dispuesto en el mencionado Acuerdo No. 05, a través del cual se autorizó al mandatario distrital para que celebrara un contrato de delegación o administración delegada.

Advirtió que la contraprestación acordada resultaba superior al valor del usufructo de los bienes concedidos, a la par con lo cual sostuvo que el acto del Concejo no había autorizado el provecho de los bienes del Distrito, a título gratuito.

Señaló que la conducta de los extremos co-contratantes se encaminó a refrendar el contrato bajo examen a partir de la suscripción de la promesa de contrato de sociedad elevada por la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR, cuestión que resultaba inadmisible dado que este último acto no podía prorrogar las facultades perentorias conferidas por la Corporación Pública.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 18 de julio de 1997, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma al demandado Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y también a la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR, por cuanto a esta última habría de asistirle interés directo en el resultado del proceso.

**4.2.** Por auto del 13 de septiembre de 2007, la primera instancia abrió el debate probatorio.

**5. Contestación de la demanda**

5.1. Distrito Turístico y Cultural de Cartagena

Mediante escrito allegado dentro del término legal, el ente territorial ejerció su derecho de contradicción.

En primer término, se refirió a los argumentos fácticos de la demanda e indicó que unos eran ciertos y otros carecían de veracidad.

Como razones de su defensa, expuso que si bien la autorización contenida en el Acuerdo No. 05 de 1994 se encontraba vigente hasta el 31 de diciembre de 1994, ciertamente ese espacio temporal se había dispuesto con el único fin de constituir una sociedad de economía mixta con participación de capital público y privado, situación distinta a la celebración del contrato de gestión integral para cuyo propósito no existió una limitante de esa naturaleza.

Precisó que el contrato sometido a análisis no correspondía a una concesión en atención que el Distrito conservaba la responsabilidad del servicio frente al usuario.

En relación con el supuesto usufructo gratuito de los bienes del Distrito, explicó que tal afirmación contrariaba la realidad contractual, habida consideración de que en el negocio jurídico se había pactado su valor.

5.2. Sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR

La sociedad vinculada al extremo pasivo de la causa ejerció su derecho de contradicción a través de escrito aportado oportunamente.

En su contestación, se opuso a las pretensiones contenidas en el libelo introductorio por considerar que carecían de fundamento fáctico y jurídico para invocarlas y por cuanto, en su sentir, se fundaron en una interpretación errada del contrato y de sus antecedentes.

Frente a los hechos de la demanda, afirmó que el contrato de gestión cuya declaratoria de nulidad se deprecaba constituía un medio de instrumentación y regulación de las actividades del socio operador de la Empresa.

Añadió que aun cuando el negocio jurídico en referencia se encontraba apoyado en el Acuerdo No. 05 de marzo de 1994, no podía apartarse del hecho de que su fundamento normativo se hallaba en la Ley 142 de esa misma calenda.

Igualmente, adujo que en el contrato de gestión no se incluía algún tipo de derecho de usufructo, pues lo concedido a través de su celebración fueron facultades y deberes necesarios para el desarrollo de su objeto.

Enfatizó que a través del Acuerdo No. 05 de 1994 se suprimió de la estructura orgánica del Distrito de Cartagena del nivel descentralizado por servicios a la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena y se ordenó su disolución y liquidación. De ahí que el Distrito reasumió la gestión, administración y ejecución de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

Siguiendo esa dirección, precisó que, con fundamento en las atribuciones conferidas por el artículo 6 del Acuerdo No. 05 y dentro de los plazos otorgados, se constituyó la sociedad de economía mixta Acuacar con la cual posteriormente el Distrito de Cartagena celebró el contrato de gestión, cuya esencia natural e inherente a esa tipología era la de transferir la operación, explotación y mantenimiento de bienes de uso público para el efectivo cumplimiento del objeto contratado.

En ese orden, señaló que para la ejecución del contrato resultaba indispensable, aunque no se estableciera expresamente en el Acuerdo No. 05, que el Distrito entregara la administración de los sistemas de acueducto y alcantarillado de la ciudad.

Indicó que la sociedad de economía mixta, creada para la celebración del contrato de gestión, tenía un fin social que en el caso se tradujo en la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el Distrito de Cartagena.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:

Ineptitud sustantiva de la demanda

Al respecto, adujo que la demanda no señalaba las normas que se estimaban violadas, solo advertía una presunta configuración de las causales de nulidad de los contratos previstas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Esgrimió que tampoco se expresaba con precisión en qué consistía la transgresión del Acuerdo Distrital No. 05, el cual, por demás, contenía artículos que regulaban de manera disímil e inconcordante varias materias y procedió a enlistar cada una de ellas.

Indebida formulación de las pretensiones

Observó que en la demanda se pretendía, por un lado, la nulidad absoluta del contrato y, por otro, que se declarara la nulidad de una de sus cláusulas. Por tanto, en su sentir, dichas aspiraciones resultaban excluyentes.

Señaló que la pretensión orientada a la revisión del contrato por la supuesta fractura del sinalagma prestacional se encontraba vedada para el demandante, toda vez que los únicos facultados para elevar ese tipo de reclamación eran las partes del contrato.

Caducidad de la acción

Esgrimió que el término de caducidad de la acción cuando se pretendía la nulidad del contrato era de dos años, contados a partir de la fecha de su celebración.

Sobre el particular advirtió que su suscripción tuvo lugar antes del 20 de junio de 1995, por lo que al haber sido interpuesta la demanda el 20 de junio de 1997 su ejercicio fue extemporáneo.

Falta de capacidad para pedir por falta de legitimación en la causa por activa

Manifestó que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el demandante no podía pretender la nulidad del contrato, en tanto no era parte del negocio jurídico y tampoco era un tercero con interés directo para demandarla.

Inexistencia de las causales alegadas

Como fundamento de este medio exceptivo, la sociedad reiteró las razones de su oposición expuestas en torno a la ausencia de concepto de violación y a la errada interpretación del Acuerdo No. 05 de 1994, en relación con la facultad *pro tempore* otorgada al Alcalde para la celebración del contrato.

**7. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

Como cuestión previa, el a quo se refirió a la situación de coadyuvancia que se presentó en la primera instancia por parte de varias personas, tanto en el extremo activo como pasivo, para efectos de determinar su procedencia en la presente causa y hacer hincapié en el hecho de que no obstante no haberse emitido pronunciamiento expreso a ese respecto, tal falencia procesal habría de entenderse convalidada al no haber sido alegada por ninguna de las partes.

Seguidamente procedió a resolver las excepciones formuladas. En ese sentido consideró que la ineptitud sustantiva de la demanda no se hallaba probada en la medida en que en el libelo se consignaron las razones que sirvieron como sustento del cargo de nulidad.

Similar conclusión adoptó frente a la excepción de indebida acumulación de pretensiones, por cuanto estimó que, al pretender la nulidad del contrato, esta declaratoria llevaría ínsita la nulidad de la cláusula primera del mismo, por lo que no se evidenciaba la discordancia entre la súplica general y la particular.

Tampoco encontró configurado el fenómeno de la caducidad, comoquiera que entre la fecha de publicación del contrato de gestión y la época en que se interpuso la demanda no habían transcurrido dos años.

En lo concerniente a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, el fallador de primer grado advirtió que, con arreglo al artículo 45 de la Ley 80 de 1993, vigente para el momento en que se presentó la demanda, la nulidad absoluta del contrato podría ser alegada por cualquier persona y, atendiendo a que para ese momento aún no se había expedido la Ley 446 de 1998, no le era exigible al demandante la demostración de un interés directo.

Luego de realizar un recuento de lo probado en el proceso, el Tribunal abordó el análisis de fondo del asunto, en desarrollo de lo cual se refirió a la nulidad absoluta por celebración del contrato contra expresa prohibición legal y constitucional.

Al pronunciarse sobre el particular, la primera instancia consideró que en este asunto no se materializó la referida causal, habida cuenta de que su configuración solo tendría cabida cuando se contrariaran normas de rango constitucional o legal, eventualidad que no comprendía los casos en que se vulneraran disposiciones de inferior jerarquía normativa como acontecía en el caso del Acuerdo No. 05 de 1994.

Enseguida emprendió el análisis de la nulidad absoluta por desviación de poder. Para ese propósito tuvo en consideración los dos supuestos fácticos que le sirvieron al actor, en orden a estructurar la advertida ilegalidad.

El primer aspecto se centró en la autorización pro tempore conferida al Alcalde por el Concejo Distrital. En este escenario se refirió al contenido de cada una de las disposiciones del Acuerdo No. 05 de 1994, al cabo de lo cual anotó que en ese acto no se había fijado un término concluyente para que el mandatario celebrara el contrato de gestión, al mismo tiempo en que se habría de constituir la sociedad prometida, pues el plazo otorgado se confirió para este último evento y no para el primero.

El segundo supuesto se erigió sobre la base de la ausencia de correspondencia entre la tipología del contrato que se autorizó celebrar y el que efectivamente se suscribió, dado que, para el actor, la facultad conferida se restringió a la celebración de un contrato de delegación y no a uno de concesión.

Tras repasar nuevamente el contenido del Acuerdo No. 05 de 1994, el Tribunal precisó que la autorización conferida al Alcalde expresamente comprendía la celebración de un contrato para la prestación del servicio público de acueducto, alcantarillado y aseo en la ciudad de Cartagena.

Así mismo, de la lectura del objeto contractual, para el a quo no quedó manto de duda acerca de que el acuerdo al que llegaron las partes negociantes correspondió a un contrato de concesión para la gestión del servicio público, que se ajustó a la autorización instrumentada en el Acuerdo No. 05.

Ante ese panorama, el juez de primer grado advirtió que no existían evidencias probatorias a partir de las cuales resultara posible sostener que la actuación del Alcalde Distrital se fundó en motivos distintos al buen funcionamiento del servicio y a la realización satisfactoria de los fines del Estado.

Finalmente, el Tribunal precisó que si bien para la época de interposición de la demanda el actor tenía legitimación procesal por activa para pretender la nulidad del contrato, en todo caso no se encontraba facultado para solicitar su revisión por causas generadoras de alteración de su equilibrio económico, por cuanto esta pretensión se reservaba de manera exclusiva a los extremos co- contratantes.

**8. El recurso de apelación**

El actor presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Al sustentarlo insistió en que la celebración del contrato de gestión se efectuó luego de expirar la competencia temporal concedida al Alcalde de Cartagena mediante el Acuerdo No. 05 de 1994.

Agregó que el contrato de concesión suscrito entre el Distrito de Cartagena y la sociedad Acuacar S.A. E.S.P. se adjudicó a través de contratación directa, circunstancia que contrariaba lo consagrado en el Estatuto de Contratación Estatal, el cual imponía que todo contrato de concesión debía estar precedido de licitación pública.

**9. Actuación en segunda instancia**

**9.1.** Mediante providencia del 31 de marzo de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

**9.3.** Por medio de providencia del 12 de mayo de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, las partes allegaron escrito en el cual reiteraron los argumentos expuestos en etapas procesales precedentes.

El Ministerio Público guardó silencio.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad de la acción; **3)** legitimación en la causa; **4)** cuestión previa: de la coadyuvancia; **5)** análisis de la apelación; **5.1)** de la tipología y del régimen contractual que informó el contrato celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR; **5.2)** de la autorización pro-tempore concedida al Alcalde Distrital de Cartagena mediante Acuerdo No. 05 para la celebración del contrato de concesión; **5.3)** de la necesidad de adelantar procedimiento de selección de licitación pública por parte del Distrito de Cartagena para la escogencia del concesionario para la gestión, operación y prestación del servicio de acueducto y alcantarillado y **6)** costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

**1.1.-** Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75[[2]](#footnote-2) de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la solicitud de nulidad del contrato celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR. De lo advertido se precisa que la entidad contratante, Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, es un ente territorial.

Hechas las anteriores precisiones, teniendo en cuenta que la entidad que conforma el extremo pasivo, según los dictados del literal a), numeral 1) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, es una entidad estatal se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

**1.2.-** También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones se estimó en la suma de $2.500’000.000, monto que resulta superior a la suma equivalente a  500  S.M.L.M.V.  ($86’002.500,oo)[[3]](#footnote-3), exigida en la Ley 446 de 1998, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2. Procedencia y oportunidad de la acción**

El presente debate versa sobre la presunta nulidad absoluta del contrato publicado el 21 de junio de 1995 que fuere celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR, aspecto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A.[[4]](#footnote-4), corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

Ahora bien, en orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

"*Artículo 136. Caducidad de las acciones.*

*“10. (…).*

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

*“(…).*

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

En el caso concreto se observa que aun cuando se desconoce la fecha de suscripción del contrato sometido a examen, lo cierto es que en el plenario figura su texto completo[[6]](#footnote-6) insertado y publicado en la Gaceta Distrital No. 024 del 21 de junio de 1995, de manera que será esta la fecha que se adopte como referente para efectos del cómputo de la caducidad.

En esta línea se advierte que en el texto contractual se estableció un plazo de 26 años contados a partir de su perfeccionamiento. De allí resulta viable concluir que si tiene como fecha referente para este propósito el 21 de junio de 1995, se concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido, habida consideración de que la demanda se interpuso el 20 de junio de 1997, es decir, cuando aún no habían transcurridos los cinco años dispuestos en el citado precepto normativo.

**3. Legitimación en la causa**

En relación con la legitimación en la causa por activa, para la Sala cobra relevancia indicar lo siguiente:

A la luz de los dictados del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, la nulidad absoluta del contrato inicialmente podía ser alegada por las partes, por el Ministerio público o por el tercero que acreditara interés directo en el contrato.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993, por cuenta de la disposición contenida en su artículo 75 se abrió la posibilidad para que la nulidad absoluta del contrato pudiera ser alegada “*por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio*”.

Como se aprecia, por mérito de esta disposición normativa se suprimió el requisito orientado a la acreditación del interés directo para demandar la nulidad absoluta del contrato y se habilitó a cualquier persona para que enjuiciara su legalidad ante el Juez competente.

Con todo, este escenario de libre concurrencia a la causa litigiosa tuvo un tránsito temporal debido a que años más tarde, a partir de la reforma normativa al Código Contencioso Administrativo introducida a través de la expedición de la Ley 446 de 1998, el legislador regresó una vez más a los supuestos jurídicos de la compilación primigenia y al efecto prescribió que la formulación de la pretensión anulatoria del contrato dentro del marco de la acción contractual concernía a las partes, al Ministerio Público “*o cualquier tercero que acredite un interés directo*”.

A propósito de esta cuestión, cabe acotar que tanto la jurisprudencia de lo contencioso administrativo[[7]](#footnote-7) como la constitucional[[8]](#footnote-8) han coincidido en considerar que el interés directo al que aluden las normas en el contexto del contrato celebrado por una entidad pública no guarda correspondencia con el ánimo público dirigido exclusivamente a mantener un estado inalterable de legalidad. Contrario sensu, para su configuración se exige además que se procure definir una situación que eventualmente podría afectar el ejercicio y goce de un derecho subjetivo, que incluso puede no ser siempre de contenido económico.

Retomando el estudio del *sublite*, la Sala recuerda que la presente demanda se interpuso el 20 de junio de 1997 por el abogado Alcides Arrieta Meza[[9]](#footnote-9), fecha en que ya se había promulgado la Ley 80 de 1993 que facultaba a cualquier persona, con o sin interés directo, para que, en ejercicio de la acción contractual, deprecara la nulidad absoluta del contrato, y antes de haberse expedido la Ley 446 de 1998.

Ante este panorama, la Sala encuentra que resultaba procedente resolver de fondo las pretensiones invocadas por el actor, aunque no fuera parte de los extremos co-contratantes, tal como lo consideró el *a quo*, de tal suerte que lo mismo ocurre en relación con los argumentos de alzada por él propuestos. Por contera, su análisis se abordará enseguida.

Por otro lado, la Sala halla legitimados en la causa por pasiva al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y a la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR, dada su calidad de partes co-contratantes dentro del negocio jurídico sobre el cual recae la solicitud de nulidad.

**4. Cuestión previa: De la coadyuvancia**

Observa la Sala que los señores Humberto Gutiérrez Morales, Indelso Macías del Río y Casimiro Guerrero de Ávila mediante escrito[[10]](#footnote-10) presentado el 18 de septiembre de 2013 ante el Tribunal de primera instancia, es decir, luego de haberse proferido la sentencia apelada, manifestaron que coadyuvaban la impugnación.

Con todo, el recurso de apelación fue admitido mediante auto del 31 de marzo de 2014 y a través del proveído del 12 de mayo de la misma anualidad se dispuso correr traslado para alegar de conclusión sin que en ninguna de esas dos providencias se hubiere realizado un pronunciamiento expreso frente a la mencionada intervención.

Ahora bien, la intervención de terceros en los procesos contenciosos de simple nulidad se encuentra parcialmente regulada en el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo. En ese mismo precepto se consagró que la intervención de terceros en procesos contractuales o de reparación directa se sometería a las normas del Estatuto de Procedimiento Civil.

A su turno, el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil consagra que “*quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante, de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia*”.

Así mismo, contempla que el coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que coadyuva en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho de litigio.

Precisado lo anterior, la Sala observa que en el escrito de coadyuvancia no se pretende nada distinto que la revocatoria de la sentencia de primera instancia bajo razonamientos similares a los expuestos en la sustentación del recurso de apelación interpuesto por el demandante.

Aunado a lo advertido y aunque la ausencia de pronunciamiento expreso frente al escrito de coadyuvancia podría constituir una anomalía procesal, no puede perderse de vista que, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 140 del C.P.C, las irregularidades del proceso que no constituyan causales de nulidad, como ocurre en este caso, se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente a través de los recursos procedentes.

**5. Análisis de la apelación**

La inconformidad expuesta en el recurso de alzada estribó en dos aspectos medulares.

* El contrato celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR fue suscrito por el ente territorial tras haber expirado la autorización temporal otorgada por el Concejo Distrital.
* La tipología del contrato celebrado correspondía a la de una concesión cuya celebración, por su misma naturaleza, debió estar precedido de una licitación pública para la escogencia del contratista.

En orden a abordar el análisis de la apelación, la Sala inicialmente se referirá a la tipología del contrato cuya declaratoria de nulidad se depreca, pues la conclusión que de allí se extraiga servirá de fundamento para establecer el régimen jurídico que lo informó y, de esta manera, las normas que gobernaron la etapa previa a su formación y a su celebración.

5.1.De la tipología y del régimen contractual que informó el contrato celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR

Previo a analizar el texto contractual, con el fin de indagar acerca de su tipología, la Sala estima necesario extenderse a los antecedentes que enmarcaron la etapa que precedió su celebración, en la medida en que a través de su examen resulta viable establecer la necesidad que la motivó y la finalidad perseguida.

Reposan en el expediente varios proyectos de acuerdos presentados durante el año 1993 por la Alcaldía de Cartagena a consideración del Concejo Distrital de esa ciudad, así como propuestas ciudadanas procedentes de varios gremios y asociaciones sindicales presentadas ante la misma Corporación Pública, de cuyo contenido se evidencia que durante el inicio de la década de los 90’s, la Empresa de Servicios Públicos Distrital de Cartagena, que hasta entonces se encargaba de las prestación directa del servicio de acueducto y alcantarillado, atravesó una crisis financiera, operacional y técnica que con el transcurso del tiempo se tornó insuperable[[11]](#footnote-11).

Las dificultades de la Empresa, según los mencionados documentos, obedecieron a deficiencias en el desempeño institucional, en el sistema de administración financiera y de control fiscal, en el sistema de abastecimiento de agua potable y en el sistema de alcantarillado de aguas servidas, circunstancias que, a su turno, condujeron a un déficit en los metros cúbicos diarios de agua potable y al surgimiento de pasivos laborales, tributarios, crediticios e interinstitucionales cuya cobertura total no resultaba realizable.

La problemática expuesta trajo como resultado la expedición del Acuerdo Distrital No. 05 del 11 de marzo de 1994[[12]](#footnote-12), por el cual el Concejo Distrital de Cartagena decidió suprimir de la estructura orgánica del nivel descentralizado por servicios del Distrito a la “Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena” la cual debía disolverse y liquidarse.

Al mismo tiempo, dispuso que el Distrito de Cartagena habría de reasumir la gestión, administración, ejecución y prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo de ese ente territorial. Igualmente, autorizó al Alcalde Distrital para constituir una sociedad de economía mixta, con el fin de que esta asumiera en forma directa o indirecta la prestación de aquellos.

También facultó al mandatario distrital para que celebrara un contrato de delegación con la sociedad que se constituiría, para la gestión, administración, ejecución y prestación de los referidos servicios públicos.

En este contexto se tiene que el Alcalde de Cartagena, por cuenta del aludido Acuerdo, quedó autorizado para la celebración de dos negocios jurídicos.

El primero consistía en el contrato de sociedad, en virtud del cual se crearía la sociedad de economía mixta con capital público, el cual procedería en gran parte del mismo Distrito de Cartagena, y privado en las proporciones que las partes convinieran y que sería el ente jurídico encargado en adelante de asumir la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos señalados.

El segundo habría de corresponder al contrato de delegación que debía celebrarse con la sociedad de economía mixta que para ese efecto se habría de conformar y, que, en últimas, asumiría las funciones que inicialmente tuvo la extinta Empresa de Servicios Públicos Distrital de Cartagena.

Es respecto del segundo contrato sobre el que recae la solicitud de declaratoria de nulidad materia de la presente controversia.

Las pruebas obrantes en el plenario revelan que el 30 de diciembre de 1994, mediante Escritura No. 5427[[13]](#footnote-13) de la Notaría 2ª de Cartagena, en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo No. 05 de 1994, se constituyó la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR, bajo la forma de sociedad de economía mixta con aportes públicos y privados.

Al año siguiente, en la gaceta distrital del 21 de junio de 1995 se publicó el contrato celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la recién creada Sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR, el cual se denominó *“contrato para la gestión integral de los servicios de acueducto y alcantarillado”* que constituye el objeto de análisis.

5.1.1. De la tipología contractual

Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente[[14]](#footnote-14).

El contenido de las obligaciones principales contraídas por ACUACAR en virtud de la celebración del contrato en estudio fue el siguiente:

*“1-. Mantener, operar y explotar todos los edificios, máquinas y bienes y redes de que actualmente dispone EL DISTRITO y que se detallan en el Anexo I, para captar, procesar, transportar y distribuir agua potable dentro de la zona cuyos linderos y mapas aparecen en el Anexo II, y en las condiciones de eficiencia y calidad que en el Anexo VIII se describen.*

*“2.- Mantener, operar y explotar todos los edificios, máquinas, bienes y redes de que actualmente dispone el DISTRITO y que se detallan en el Anexo III, para captar, transportar, tratar y disponer de las aguas residuales dentro de la zona cuyos linderos y mapa aparecen en el Anexo IV, y en las condiciones de eficiencia y calidad que en el anexo VIII se describen.*

*“La entrega que se hace de los bienes mencionados en los Anexos I y III, y que constará en actas, no transfiere su propiedad a ACUACAR; sin embargo, mientras el contrato no termine esta tendrá la propiedad plena sobre los que adquiera o construya, con sus propios recursos, para el cumplimiento de este contrato, de todo lo cual mantendrá inventariado y actualizado. ACUACAR usará estos bienes únicamente para los propósitos y dentro del régimen del presente contrato”.*

Como remuneración pactada en favor de ACUACAR se acordó en su cláusula doce que:

*“Para remunerar los servicios de ACUACAR, éste tendrá derecho a establecer y recaudar, para sí a cargo de los usuarios de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la zona a la que este contrato se refiere, y con la periodicidad que aparece en el anexo XIV, un precio por la prestación del servicio. ACUACAR ejercerá este derecho en un todo de acuerdo con el régimen tarifario que establece la ley; con las resoluciones que para desarrollarlo expida la Comisión de Regulación”.*

A su turno, de conformidad con la cláusula sexta, ACUACAR se obligó a aportar el capital y a conseguir el financiamiento necesario para asumir los gastos que le correspondían para cumplir con el objeto del contrato, bajo su exclusiva responsabilidad y se comprometió a mantener como capital para ese propósito la suma de $4.000’000.000. También asumió los costos, gastos y riesgos asociados al contrato. En todo caso, el Distrito ejercería la dirección y vigilancia sobre su ejecución.

Finalmente, el plazo del contrato se acordó en 26 años, al cabo de los cuales ACUACAR habría de entregar en funcionamiento todos los bienes que recibiera y que construyera o adquiriera para cumplir con su objeto.

Pues bien, el recorrido expuesto muestra que aun cuando la celebración del contrato que ocupa la atención de la Sala, en primer lugar, fue autorizada por el Concejo bajo el rótulo de “contrato de delegación” y, una vez celebrado, fue denominado “de gestión”, ciertamente, tanto de los antecedentes que precedieron su suscripción, como del contenido de las prestaciones descritas en el Acuerdo No. 05 que instrumentó la autorización otorgada por el Concejo Distrital, y del contenido inmerso en las obligaciones detalladas propiamente en el texto contractual que se acaba de referir, emerge con claridad que en realidad su tipología se identificó con la un contrato de concesión para la operación y prestación de servicios públicos de Acueducto y Alcantarillado en el Distrito Cartagena.

En efecto, para desentrañar los elementos esenciales del contrato de concesión, la Sala acude al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues sin perjuicio de que ese no sea el régimen aplicable al contrato, como más adelante se explicará, no puede dejarse de lado el hecho de que fue esa compilación la que de manera general definió el contrato de concesión como aquel que celebran las entidades estatales con una de estas finalidades: de un lado, otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; de otro lado, encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o un bien destinado al servicio o uso público.

En ambos casos el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal.

Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden ─artículo 32, numeral 4°─.

Es claro así que, en desarrollo del contrato celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR, el ente territorial concedió a la sociedad la explotación de la existente infraestructura del Distrito para que asumiera la operación y prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Cartagena, por cuenta y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y dirección del ente territorial concedente, a cambio del cobro periódico a los usuarios del servicio de tarifas reguladas por la ley y por la respectiva comisión.

A lo indicado cabe agregar que la finalidad perseguida con su celebración no fue otra que la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público en el Distrito de Cartagena, a través de la creación de la sociedad de economía mixta que habría de reemplazar las funciones asumidas en un inicio por la desaparecida entidad oficial Empresa de Servicios Públicos Distrital de Cartagena.

Por último y en lo que atañe a esta cuestión, es relevante acotar que la autorización otorgada al Alcalde mediante el Acuerdo No. 05 para la celebración del contrato en cuestión en modo alguno puede entenderse desbordada por haberse celebrado una concesión y no un contrato de delegación como lo sostiene el actor.

Sobre el particular se reitera que con independencia de la denominación que se le hubiere asignado al contrato autorizado en el texto del Acuerdo, ciertamente su objeto quedó claramente definido en ese mismo documento como aquel en virtud del cual la sociedad creada asumiría la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, funciones que fueron precisamente las que se concretaron a cargo de la sociedad de economía mixta en el contrato posteriormente celebrado.

5.1.2. Del régimen normativo

En este punto debe precisarse que para la época en que se expidió el Acuerdo No. 05 del 11 de marzo de 1994, por medio del cual se suprimió la Empresa de Servicios Públicos Distrital de Cartagena, se autorizó al Alcalde para crear la sociedad de economía mixta y para celebrar el consecuencial contrato para conceder a esta última la operación del servicio público, aún no se había expedido la Ley 142 de 1994, dado que esta fue dictada y publicada posteriormente, el 11 de julio de 1994.

Ahora bien, tanto la constitución de la sociedad de economía mixta ACUACAR llevada a cabo el 30 de diciembre de 1994, como la celebración del contrato de concesión que tuvo lugar en junio de 1995 se produjeron en vigencia de la Ley 142 de 1994 por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en cuyo artículo 31 dispuso que *“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1**del artículo 32[[15]](#footnote-15) de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa*”.

Es de advertir que el mencionado parágrafo excluyó de cobertura del Estatuto de Contratación a algunas entidades que no obstante ser de naturaleza estatal, en sus actos y contratos habrían de regirse por regulación especial o por el derecho común, según fuera el caso.

De allí se concluye que el régimen contractual de las entidades estatales que prestaran servicios públicos domiciliarios, por regla general, no estarían gobernadas por el Estatuto de Contratación del Estado, salvo algunas eventualidades expresamente consagradas por el legislador.

Siguiendo esa línea se observa que la Ley 142 de 1994, en su artículo 39reguló los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, enunciando los siguientes:

**39.1.-.** Contratos de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, cuyo régimen sería el de la Ley 80 de 1993. Dentro de estos se encuentra la concesión de aguas y del espectro electromagnético.

**39.2.** Contratos de administración profesional de acciones, los cuales se sujetarían a las normas del derecho privado.

**39.3.-** Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y el goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban. En este supuesto los negocios jurídicos celebrados se someterían al derecho privado.

**39.4.-** Contratos para el uso compartido o la interconexión de redes, caso en el cual el régimen jurídico corresponde al derecho privado.

**39.5.** Contratos para la extensión de la prestación de un servicio que, en principio, sólo beneficia a una persona, en virtud del cual ésta asume el costo de las obras respectivas y se obliga a pagar a la empresa el valor definido por ella, o se obliga a ejecutar independientemente las obras requeridas, de acuerdo con el proyecto aprobado por la empresa. En este caso los contratos se encuentran bajo el imperio del derecho común.

Como se observa, el contrato que ocupa la atención de la Sala bien puede enmarcase dentro del supuesto contemplado en el ordinal 39.3 en referencia, en atención a que se trató de una concesión distinta de las descritas en el ordinal 39.1, que fue realizada por un ente oficial para entregar en concesión a una sociedad formada con aportes públicos y privados la operación del servicio público de acueducto y alcantarillado, funciones que, por mandato constitucional, correspondían al Distrito. En eventos como este el régimen contractual habría de corresponder al contenido en las normas del derecho privado.

5.2. De la autorización pro-tempore concedida al Alcalde Distrital de Cartagena mediante Acuerdo No. 05 para la celebración del contrato de concesión

Se afirma en el recurso de alzada que el contrato celebrado entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. ACUACAR fue suscrito por el ente territorial tras haber expirado la autorización temporal otorgada por el Concejo Distrital al Alcalde.

Para resolver el cargo de inconformidad, la Sala precisa la necesidad de acotar de entrada que la autorización para celebrar contratos otorgada al Alcalde por parte del Concejo Distrital halla su génesis normativa en el articulo 313-3 de la Carta Política, con sujeción a la cual a esta Corporación Pública le corresponde “*Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo*”.

Por su parte, con apego a lo dispuesto en el artículo 315 y 367 de la Constitución Política, al Alcalde le asiste, entre muchos otros, el deber de asegurar la prestación de los servicios públicos a su cargo y el de cumplir los acuerdos del Concejo de conformidad con los acuerdos respectivos y con arreglo a la Ley 80 de 1993[[16]](#footnote-16) se le asigna la función de celebrar contratos a nombre del ente territorial.

En este marco de competencias constitucionales y legales, el 11 de marzo de 1994 el Concejo Distrital de Cartagena expidió el Acuerdo No. 05, por medio del cual se suprimió de la estructura orgánica del Distrito de Cartagena, del nivel descentralizado por servicios, a la Empresa de Servicios Públicos Distrital de Cartagena, se ordenó su disolución y liquidación, se reasumió por parte del Distrito la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos y se concedieron autorizaciones al Alcalde Mayor.

De la lectura de las determinaciones adoptadas en el acto que viene de referirse, para la Sala conviene detenerse en el examen específico de tres de ellas, contenidas en los artículos 5, 6 y 7 que a continuación se trascriben:

*“ARTICULO 5º. Facúltase hasta el 31 de diciembre de 1994 al Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena, para contratar temporalmente con terceros, personas naturales o jurídicas, de Derecho Privado o de Derecho Público, la operación total o parcial de uno, algunos o todos los servicios públicos que se le confían, dentro del marco legal que la rija.*

*“ARTICULO 6°. Autorízase al Alcalde Mayor hasta el 31 de diciembre de 1994, para que constituya una Sociedad de Economía Mixta con amplia y democrática participación del capital privado y público, en las proporciones que se acuerden entre la Administración y los particulares, la cual podrá asumir en forma directa o indirecta la prestación de los Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo desarrollando las funciones de regulación, control y contratación de las actividades necesarias para garantizar la calidad, continuidad y permanencia de estos servicios en la ciudad de Cartagena y sus corregimientos y en los Municipios del Área Metropolitana si esta llegara a constituirse.*

*“ARTICULO 7º. El Alcalde Mayor queda facultado para delegar y celebrar el respectivo contrato de delegación con la Empresa que se constituirá para la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.*

*“Esta delegación no implica limitación a la facultad del Distrito de gestionar, administrar, ejecutar o contratar por derecho propio o por separado, las futuras ampliaciones o construcciones de nuevas infraestructuras de los sistemas de servicios y la prestación de los mismos”.*

De la redacción de los artículos en comento, particularmente de la contenida en el artículo 7 del Acuerdo que es la que interesa de manera prevalente a la Sala y que presenta cierta confusión, se precisa en primer lugar la necesidad de interpretar que aunque en esta disposición se implementa el término de delegación, su utilización en este contexto resulta inadecuada en tanto no consulta la verdadera naturaleza de esta herramienta jurídica propia de la organización administrativa de la estructura del Estado.

En efecto, no puede perderse de vista que el acto de delegación administrativa comporta la transferencia de funciones constitucionales y legalmente asignadas en cada órgano y autoridad a otro desprovisto de ellas. Así pues, como se anotó, la competencia del Alcalde para celebrar contratos emana directamente del orden superior, lo que de suyo impide que otro órgano le delegue una función que ya le fue concedida al mandatario distrital por el legislador y que constituye el fundamento para el válido ejercicio de sus competencias en la celebración de contratos.

En el marco expuesto, la comprensión que merece la disposición analizada debe atender exclusivamente a aquella según la cual el Concejo dispensó al Alcalde una autorización para celebrar el contrato de concesión y no bajo el entendido de que constituyó un acto de delegación para ese mismo propósito.

Se observa pues, que el Concejo concedió al Alcalde Distrital autorización para que hasta el 31 de diciembre de 1994 efectuara dos gestiones:

La primera consistió en contratar temporalmente con terceros la operación total o parcial de uno, algunos o todos los servicios públicos que se le confiaban dentro del marco legal respectivo.

La segunda se concretó en la constitución de una sociedad de economía mixta con amplia participación de capital público y privado, la cual asumiría de manera directa o indirecta la prestación del servicio público de acueducto, alcantarillado y aseo.

Una vez conformada la respectiva sociedad, acto que no podría efectuarse con posteridad al 31 de diciembre de 1994, se dispuso que el Acalde quedaría facultado para celebrar el respectivo contrato de delegación, a cuya verdadera tipología ya se refirió la Sala en acápite anterior, para que la sociedad creada asumiera la gestión, administración y prestación del servicio público de acueducto, alcantarillado y aseo en el Distrito de Cartagena.

Se tiene entonces que para la celebración del contrato entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena S.A E.S.P. ACUACAR, que naturalmente debía llevarse a cabo con posteridad a la constitución de esta última sociedad, no se fijó una limitante temporal por parte del Concejo, toda vez que este lindero únicamente se habría de cumplir en relación con el plazo concedido para la creación de Acuacar.

Ahora, del contexto fáctico que se dejó reseñado puede colegirse válidamente que la primera gestión a la que se hizo referencia, relativa a la facultad para contratar temporalmente con terceros la prestación de los mencionados servicios públicos, se justificó en la necesidad de garantizar la continuidad de su prestación mientras se conformaba la persona jurídica que en lo sucesivo asumiría la gestión y operación de los mismos.

Desde esa perspectiva resulta acertado considerar que el supuesto detallado en el artículo 5 del Acuerdo No. 05 versó sobre un proceso de contratación contingente que no podría exceder la fecha prevista para la creación de la nueva operadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de Cartagena, pues una vez constituida sería esta la que en adelante asumiría su gestión, administración y prestación.

Así pues, se impone concluir que los argumentos del recurso orientados a poner en tela de juicio la asuencia de autorización pro-tempore del Alcalde para la suscripción del contrato son infundados.

5.3. De la necesidad de adelantar procedimiento de selección de licitación pública por parte del Distrito de Cartagena para la escogencia de concesionario para la gestión, operación y prestación del servicio de acueducto y alcantarillado

El segundo cargo de alzada aludió a que la tipología del contrato celebrado entre el Distrito y Acuacar correspondía a la de una concesión cuya celebración, por su misma naturaleza, debió estar precedida de una licitación pública para la escogencia del contratista.

Sea lo primero señalar que este argumento no fue debatido en la primera instancia en razón de que en la demanda nada se dijo sobre el particular, omisión que, en principio, impediría su análisis de fondo en segunda instancia por carencia de competencia funcional para abordar el examen de supuestos fácticos adicionales a los ventilados ante el a quo.

Sin embargo, en consideración a que en varias oportunidades esta Subsección ha emprendido el análisis oficioso de la legalidad de un contrato celebrado por entidades públicas cuando advierte la posible configuración de objeto ilícito por vulneración de normas de orden público, entre ellas, las que imponen la obligación de adelantar licitación pública como mecanismo de selección de contratistas por parte de las entidades del Estado, la Sala procederá a revisar este punto.

Con ese cometido se recuerda que al examinar el régimen normativo que informó el contrato de concesión suscrito entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena - Acuacar S.A E.S.P. ACUACAR para la gestión, operación y prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, se evidenció que tanto para la época de conformación de la sociedad de economía mixta[[17]](#footnote-17) que fungiría como concesionaria, como para la fecha en que se celebró el negocio jurídico[[18]](#footnote-18) bajo análisis, ya se había promulgado la Ley 142 de 1994, normativa que en su artículo 39reguló los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos y determinó que este tipo de contratos de concesión, como el que ahora examina la Sala, por las razones que ya se explicaron, quedaría sometido al imperio del derecho privado.

Como consecuencia de lo anterior, es del caso concluir que para la escogencia del concesionario no resultaba imperativo adelantar el procedimiento de licitación pública regulado en el Estatuto de Contratación Estatal como equivocadamente lo insinúa el libelista.

Siguiendo esta orientación, no sobra destacar que si bien la regla relativa al régimen contractual aplicable a este tipo de concesiones sufrió una modificación a través de la expedición de la Ley 689 de 2001, mediante la cual en su artículo tercero dispuso que “*Los contratos que celebraran los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993",* claramente esta reforma normativa se introdujo cinco años después de haberse celebrado el contrato subexamine, por manera que esta circunstancia no tenía la virtualidad de alterar el régimen de contratación que imponían las disposiciones legales vigentes al tiempo de su perfeccionamiento.

Con todo, incluso de convalidar la hipótesis según la cual, dado que como en la etapa previa a la constitución de la sociedad de economía mixta y a la formación del contrato de concesión y para el momento en que se otorgó la autorización para celebrarlo por parte del Concejo aún no había sido expedida la Ley 142 de 1994, de tal suerte que debía acudirse a la regla de selección consagrada en la Ley 80 de 1993, por ser esta la norma vigente para la fecha en que se concedió al mandatario la autorización para ese propósito, tampoco en ese evento tendrían cabida los argumentos de alzada.

Aunque la óptica que ofrece el material probatorio frente a este aspecto es bastante precaria, debido a que no fue un aspecto de discusión por parte del actor, ello no es óbice para desprender que la escogencia de las personas naturales o jurídicas que habrían de aportar el recurso privado para la conformación de la sociedad de economía mixta que, en calidad de concesionaria, asumiría la operación de los servicios públicos, efectivamente estuvo precedida de convocatoria pública.

Tal cual se evidencia de la cláusula tercera del contrato de concesión celebrado entre el Distrito de Cartagena y la sociedad Aguas de Cartagena - Acuacar S.A. E.S.P. en cuyo contenido se enlistaron los documentos que harían parte integral de ese convenio, dentro de los cuales se aprecian los siguientes:

*“6.- Los términos de referencia para seleccionar el Socio Operador de ACUACAR.*

*“7.- La propuesta de socio operador, los documentos que este presentó con aquella, y sus aclaraciones en aquellas partes que no se oponen al texto de este documento.*

*“(…).*

*“9-.la Resolución por medio de la cual se adjudicó este contrato”.*

De lo anotado, resulta propio concluir que el ente territorial, ciertamente, adelantó una convocatoria pública para escoger al que habría de fungir como su socio operador y que una vez seleccionado procedió a conformar la sociedad de economía mixta con la participación del mencionado adjudicatario y de capital del Distrito, al cabo de lo cual, seis meses después, celebraron el contrato de concesión.

Así pues, desde las perspectivas analizadas la Sala encuentra que los argumentos de alzada carecen de asidero fáctico y jurídico, situación que impone confirmar la sentencia impugnada.

**6. Costas**

No hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

**F A L L A**

**PRIMERO. - CONFIRMAR,** por las razones expuestas,la sentencia proferida el dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013) por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

**SEGUNDO. -** Sin condena en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. En el texto contractual aportado al plenario no se evidencia la fecha de su suscripción. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 20 de junio de 1997, correspondió a $172.005,oo. [↑](#footnote-ref-3)
4. El texto de la norma en referencia con la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1984 vigente para la época de presentación de la demanda era el siguiente: "*Artículo 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. **Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante**[**Sentencia C-709 de 2001**](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14504#0)**, bajo el entendido de que si se produce modificación o adición del contrato inicialmente celebrado, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas.** [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls. 7-28 c2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, dictada el 6 de diciembre de 2004 dentro del expediente 13.529, C.P. Maria Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consultar sentencia C-221 1999 de la Corte Constitucional, proferida el 14 de abril de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz. [↑](#footnote-ref-8)
9. El demandante es un ciudadano ajeno a la relación contractual. [↑](#footnote-ref-9)
10. 415-416 c1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls. 151-265 c2 [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls. 30-31 c2. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 101-105 c2. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390, Actor: COINVERPROL LTDA. Vrs. Junta Administradora Seccional de Deportes Bogotá D.C., C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-14)
15. “*Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades*.

“*En todo caso, su actividad contractual se someterá a lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley*”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 80 de 1993*. “Articulo 11.- De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.*

 *“ (…).*

*“Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:*

*“ (…).*

*“ b). A nivel territorial. (…), los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Su creación data del 30 de diciembre de 1994. [↑](#footnote-ref-17)
18. Se publicación se llevó a cabo mediante gaceta distrital No. 046 del 21 de junio de 1995. [↑](#footnote-ref-18)