**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral**

Al efectuar el estudio del material probatorio obrante en el plenario, la Sala encontró, (…) que en el expediente reposa la Resolución 0135 del 23 de septiembre de 2002 proferida por el Alcalde del Municipio de Barbosa, “Por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de concesión de alumbrado público del municipio de Barbosa Santander”, acto administrativo que no fue demandado en el sub-lite. Tal circunstancia, en principio, conduciría a un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, en la medida en que, siendo el corte final de cuentas del negocio jurídico objeto de la controversia, contenido en un acto administrativo, resultaría indispensable desvirtuar la presunción de legalidad de la que se halla investido, para poder analizar las pretensiones que giran en torno a la ejecución y terminación del contrato de concesión de alumbrado público allí liquidado. No obstante, tal y como lo ha manifestado la Sala, (…) S]e puede afirmar que la entidad conservaba la competencia para decidir como lo hizo, en tanto aún no estaba formalmente informada de la existencia del proceso y, por lo tanto, el acto administrativo se presume válido. No obstante, la Sala encuentra que esa decisión administrativa, si bien está investida de la presunción de legalidad, resulta ineficaz, puesto que no le es oponible al administrado que es su destinatario, esto es, al contratista del negocio jurídico objeto de la liquidación unilateral, en tanto no consta que la notificación de la misma, se haya producido en debida forma.

**ACTO ADMINISTRATIVO - Notificación personal - Ineficacia**

para que una entidad pueda omitir el deber de notificar personalmente una decisión administrativa de carácter particular y concreto a su destinatario, y acudir en su lugar a efectuarla mediante edicto, se requiere que aquella diligencia haya sido imposible para la entidad, porque a pesar de haber enviado la citación por correo certificado, no pudo conseguir la comparecencia del administrado a quien se le debe notificar la decisión. (…) una vez es proferido, si bien está investido de la presunción de legalidad como atributo predicable de todas las decisiones de esta naturaleza, para que cobre eficacia, esto es, para que pueda producir los efectos que está llamado a producir, tiene que ser puesto en conocimiento de su destinatario, en la forma indicada por la ley, porque de lo contrario, aun siendo legal, no se puede ejecutar ni se le puede exigir su cumplimiento al administrado. Expedido el acto administrativo, surge la obligación de ponerlo en conocimiento de la comunidad, o personalmente al interesado, para satisfacer la exigencia constitucional y legal de publicidad (…) El acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de derecho objetivo, o creador de situaciones jurídicas particulares y concretas, por ello, el conocimiento por parte de los administrados en sus efectos, es requisito sine qua non para su eficacia. Dicho en otras palabras, la correcta notificación del acto administrativo, si bien no constituye un elemento de su validez, sí es un requisito de eficacia del mismo. (…) La Sala encuentra que esa decisión administrativa, si bien está investida de la presunción de legalidad, resulta ineficaz, puesto que no le es oponible al administrado que es su destinatario, esto es, al contratista del negocio jurídico objeto de la liquidación unilateral, en tanto no consta que la notificación de la misma, se haya producido en debida forma.

**CONTRATO DE CONCESIÓN - Alumbrado público - Reiteración jurisprudencial - Cláusulas excepcionales**

En la jurisprudencia de esta Corporación se ha considerado que el tributo que se cobra por concepto de alumbrado público es un impuesto (…) P]ara la Sala no cabe duda de que el contrato de concesión celebrado para la prestación del servicio de alumbrado público por parte del Municipio de Barbosa, se rigió por las normas de la Ley 80 de 1993, en todo aquello no regulado expresamente por las normas específicas del sector eléctrico, tal y como al respecto lo ha reconocido la jurisprudencia: (…) Ahora, tal y como lo señala la CREG, el régimen aplicable a los contratos de concesión del servicio de alumbrado público es la Ley 80 de 1993 , por cuanto una de las partes contratantes es un ente territorial: el municipio o distrito, sujeto a 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. Ese vínculo que puede establecerse entre el municipio, como entidad responsable del servicio, y un tercero contratista es “una típica relación de ‘colaboración’, en el entendido que…obra como un verdadero colaborador en su prestación y no como una simple contraparte” .Y dado que se trató de un contrato celebrado por una entidad territorial, como lo es el referido municipio, se sometía a las facultades excepcionales consagradas en el artículo 14 del estatuto de contratación estatal, toda vez que no corresponde a ninguna de las exclusiones contempladas por esta norma.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral - Requisitos - Decreto 222 de 1983**

En relación con esta facultad excepcional de terminación unilateral, observa la Sala que la norma en cuestión recogió una serie de circunstancias atinentes al contratista que en el anterior estatuto de contratación administrativa, Decreto-Ley 222 de 1983, estaban contempladas como causales de caducidad del contrato , a pesar de que no involucraban una conducta contractualmente reprochable por parte del contratista, es decir, que no constituían por sí solas un incumplimiento de las obligaciones contraídas por aquel a través del negocio jurídico respectivo.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral - Ley 80 de 1993**

El estatuto de contratación estatal, Ley 80 de 1993, decidió reservar la declaratoria de caducidad exclusivamente para aquellos eventos de incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista –art.18-, y consagró en el artículo 17 la figura de la terminación unilateral para esas otras circunstancias que, de manera indirecta, pueden afectar la ejecución del contrato, para permitir a las entidades la finalización unilateral y anticipada de esa relación negocial, con miras a buscar la adecuada ejecución del objeto contractual bien sea directamente o a través de una nueva contratación.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral - Finalidad - Procedencia**

Esta facultad de terminación unilateral del contrato, tiene “… el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos … y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación …” de los mismos, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 80, al consagrar las facultades excepcionales que pueden ser utilizadas por las entidades estatales en sus contratos. Es claro entonces, que la terminación unilateral del contrato no fue concebida como una sanción al contratista, por cuanto los hechos que dan lugar a esta decisión no están fundados en una conducta contractualmente reprochable y sólo resulta posible, si se configura alguna de las causales expresamente establecidas en la norma. (…) es claro que la terminación unilateral del contrato no fue concebida por el legislador como una herramienta puesta a disposición de la administración, para que ella la utilice cuando un determinado contrato, por cualquier razón, le resulte incómodo, si la razón que la motiva es ajena a las exigencias del servicio público y no proviene de una circunstancia presentada con posterioridad a la celebración del respectivo contrato. (…) El cobro de sumas de dinero que un contratista haga a la entidad contratante, por sí sólo, no puede ser considerado sin más como una circunstancia que haga inconveniente la ejecución del contrato y que por lo tanto, justifique su terminación unilateral; pues si tal reclamación tiene su fundamento en obligaciones contractualmente adquiridas por la entidad estatal, ella está en el deber de cumplirlas y no puede eludirlas, mediante el expediente de recurrir a la terminación unilateral del contrato. Contrario sensu, si considera que las reclamaciones económicas que le hace su contratista no tienen fundamento contractual, bastará con que se niegue su reconocimiento. O si se trata de circunstancias que afectan la ecuación contractual, bien sea en contra del contratista o de la misma administración, habrá lugar a tomar las medidas que sean necesarias en aras de restablecer el equilibrio económico del contrato, en la forma autorizada por la ley, para garantizar su continuidad.

**CONTRATO ESTATAL - Pago - Disponibilidad presupuestal - Servicio público - Contrato de concesión**

El hecho de que, con posterioridad, la entidad contratante concluyera que el valor y la forma de pago acordados no serían compatibles con sus intereses, o no resultaban convenientes para sus finanzas, o carecían de soporte presupuestal para su reconocimiento, no la habilitaba para terminar unilateralmente el contrato, con fundamento en lo dispuesto por el numeral primero del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, puesto que no se trataba de una circunstancia que se hubiera presentado con posterioridad a la celebración del contrato, que hiciera inconveniente su ejecución, de cara a las exigencias del servicio público, como tampoco constituía una situación de orden público que impusiera su terminación.

**TERMINACIÓN DEL CONTRATO - Unilateral - Acto administrativo - Presunción de legalidad - Falta de prueba**

Otro de los argumentos que se esgrimió en el acto administrativo demandado para justificar la terminación unilateral del contrato de alumbrado público, fue el de que la Contraloría Departamental había puesto en entredicho y había cuestionado la legalidad del proceso licitatorio y del contrato mismo (…) Ni siquiera existe certeza en el proceso de que, efectivamente, tal actuación de la Contraloría Departamental se hubiera concluido, y mucho menos consta la decisión que, en tal caso, hubiera culminado la supuesta investigación fiscal, deduciendo la existencia de un detrimento patrimonial del Estado, por cuenta del contrato de concesión cuestionado. En tales condiciones, la Sala considera que el argumento expuesto en el acto administrativo y fundado en la existencia de esta investigación, resulta insuficiente para dar sustento a la decisión de terminar unilateralmente el contrato de concesión, no sólo porque no aparece debidamente acreditado, sino porque la responsabilidad fiscal de quienes administran recursos públicos, no se traduce en la facultad de la entidad contratante de dar por terminado el respectivo contrato, si no se comprueba, además, que resulta necesaria dicha terminación, por exigencias del servicio público o por la situación de orden público. (…) [D]e las razones dadas por la entidad para justificar la terminación unilateral del contrato, la única que está expresamente contemplada en la norma que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza, es la consistente en el embargo judicial de que fue objeto la sociedad concesionaria, puesto que, como se vio, expresamente así lo consagra el numeral 4º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993. (…) Al respecto, la Sala considera que, para la configuración de la causal de terminación unilateral del contrato en estudio, resulta insuficiente acreditar la existencia de un embargo judicial cualquiera del que hubiera sido objeto el contratista, puesto que la norma es clara al establecer, además, como requisito para ello, que la cesación de pagos, el concurso de acreedores o el embargo judicial a los que se refiere, deben ser un hecho que “afecte de manera grave el cumplimiento del contrato”, lo que podría pasar si, por ejemplo, el embargo recae sobre los elementos y equipos destinados al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o sobre los medios financieros dispuestos por el contratista para la ejecución de las prestaciones a su cargo, y siempre que ello conduzca a la afectación de la ejecución contractual, pues el embargo de un bien que no esté directamente destinado a la misma, no podría impedir, en principio, la consecución del objeto del contrato. Es necesario entonces, que se afecte la capacidad operativa y/o financiera del contratista a raíz de la medida cautelar, en una medida tal, que se vea imposibilitado para realizar las labores propias de su condición de contratista de la administración. O dicho en otras palabras, resulta necesario probar que la medida cautelar repercutió negativamente en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, en tal forma, que hubiera puesto en riesgo la correcta ejecución del contrato y la prestación del servicio público a su cargo. Es decir que, si bien la terminación unilateral por incapacidad financiera del contratista no es una decisión encaminada a sancionarlo por incumplido, lo cierto es que la ejecución de las obligaciones a su cargo sí debe verse afectada, para que se pueda configurar la causal de terminación unilateral en cuestión, y eso tiene que estar debidamente probado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 68001-23-31-000-2002-01780-01(38571)**

**Actor: INGENIERIA DE SERVICIOS PUBLICOS S.A.**

**Demandado: MUNICIPIO DE BARBOSA, SANTANDER**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)**

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 21 de enero de 2010, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El Municipio de Barbosa, Santander, celebró en el año 2000 un contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público con la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., el cual fue terminado unilateralmente el 1º de febrero de 2002, mediante Resolución 015 de esa fecha, acto que se fundó en i) los cobros excesivos que el contratista le estaba formulando al municipio, que excedían su capacidad presupuestal y lesionaban gravemente el interés público; ii) la investigación fiscal adelantada por la Contraloría Departamental de Santander en relación con la celebración y ejecución del contrato, y iii) el embargo judicial del que había sido objeto el concesionario.

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

**La demanda.**

El 9 de julio de 2002, en ejercicio de la acción de controversias contractuales y a través de apoderado debidamente constituido, la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., presentó demanda en contra del Municipio de Barbosa, Santander, en la cual se plantearon las siguientes pretensiones (f. 77 y 91, c. 4):

*PRIMERA: Se declare que el municipio de Barbosa incumplió la obligación de pagar con recursos propios, mediante incremento tarifario, la diferencia entre el monto de los recaudos por alumbrado público y la suma que se comprometió a pagar mensualmente al contratista; es decir, la cantidad de Cuarenta y Cuatro Millones Quinientos Ochenta y Tres Mil Ciento Quince Pesos ($44.583.115.oo).*

*SEGUNDA: Se declare que el recaudo no ha sido suficiente para cancelar el valor mensual de la retribución, y, por consiguiente, tampoco suficiente para constituir la reserva contemplada en la cláusula novena del contrato, con la que aspiraba precisamente a pagar cualquier diferencia que surgiera en caso que el monto de los recaudos de alumbrado público eventualmente no fueran suficientes para cubrir al concesionario la retribución pactada.*

*TERCERA: Se declare que tal situación se agravó por causa de la actual administración, en la medida que ésta en lugar de incrementar los recaudos mediante el incremento de la tarifa del alumbrado público, como estaba contemplado en el contrato, y de esa manera poder pagar al concesionario la retribución pactada, bajó la contribución del 21%, en que estaba al momento de firmarse el contrato, al 14%; tal como se desprende del acuerdo No. 002 de 2001, emanado del Consejo* (sic) *Municipal.*

*CUARTA: Se declare, conforme a las transferencias hechas por la Electrificadora de Santander al ente fiduciario encargo* (sic) *de administrar los recursos, que desde que se inició el contrato y hasta su terminación unilateral, el recaudo no ha sido suficiente para cubrir al concesionario la retribución pactada.*

*QUINTA: Se declare que el Municipio durante la vigencia del contrato fue renuente a restablecer el equilibrio financiero del contrato conforme al compromiso contractual adquirido, que para el caso debió ser mediante el pago de la diferencia con recursos propios, haciendo incremento tarifario, tal como se contempló en el literal b) de la Cláusula Octava del contrato.*

*SEXTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que es nula la Resolución No. 015 de febrero 1 de 2002, por medio de la cual el Señor Alcalde de Barbosa, Santander del Sur, declaró unilateralmente terminado el contrato de concesión del servicio de alumbrado público de ese Municipio, suscrito con la sociedad INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., por no ajustarse la terminación a ninguno de los presupuestos legales contemplados en el artículo 17, numerales 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 80 de 1993, en la medida que no se configuró ninguno de los eventos allí previstos para tal efecto.*

*SÉPTIMA: Se declare, entonces, que hubo falsa motivación y desviación de poder, al declarar nulo el contrato, máxime si se tiene en cuenta que el incumplimiento es atribuible exclusivamente a la actitud intransigente de la actual administración municipal, la cual desconoció olímpicamente los términos del contrato de concesión del alumbrado público del Municipio.*

*OCTAVA: Que en virtud de las declaraciones precedentes se condene al Municipio de Barbosa S.S., al pago de los perjuicios causados a la sociedad INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., en la doble modalidad de daño emergente y lucro cesante, así como la corrección monetaria y cualesquiera otros perjuicios e índices de ajuste monetario de tales sumas. Perjuicios que mi cliente estima inicialmente así: Por daño emergente y lucro cesante, la cantidad de Dos Mil Ciento Setenta y Siete Mil* (sic) *Millones de pesos ($ 2.177.000.000.oo), y por perjuicio patrimonial una cantidad igual, para un total de Cuatro Mil Trescientos Cincuenta y Cuatro Millones de Pesos ($ 4.354’.000.000.oo), mas la corrección monetaria, de tal manera que la condena se actualice hasta el momento del pago, de acuerdo con el índice de precios al consumidor, o cualquier otro ajuste a que haya lugar conforme a la ley* *(...).*

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora dio cuenta, en resumen, de los siguientes hechos:

1. El 15 de agosto de 2000, el Municipio de Barbosa y la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., celebraron el contrato de concesión del servicio de alumbrado público del Municipio de Barbosa, Santander, por un plazo de 20 años, en el cual se estableció como valor del mismo la suma de $ 631’677.275, correspondientes a la inversión inicial que debía efectuar el concesionario para el cambio de la tecnología de sodio del alumbrado público existente en el municipio, estableciéndose para el inicio de la operación y el mantenimiento del servicio la suma de $ 17’261.366.

2. En cuanto a la retribución, forma y condiciones de pago, el municipio se comprometió a transferir a favor del concesionario dentro de los 30 días siguientes a la prestación mensual del servicio de alumbrado, mediante giros a la empresa fiduciaria designada por éste, el 93.5% del recaudo de la facturación, prevista inicialmente por un monto de $ 44’583.115, incrementada mensualmente de conformidad con el IPC fijado por el gobierno nacional, y la facturación adicional causada por el ingreso de nuevos usuarios derivados del incremento al impuesto que pagan los contribuyentes por el servicio de alumbrado público, que para la época de celebración del contrato era del 21%.

3. Con el 6.5% restante, las partes acordaron conformar un Fondo de Reservas del 1.5% para expansiones, preferencialmente a zonas marginales, o para optimización del alumbrado, manejado en asocio con el municipio, y el otro 5% sería considerado como cuentas de difícil cobro.

4. El municipio se comprometió a que, en caso de que el monto de los recaudos no fuera suficiente para cubrir la retribución del concesionario, se restablecería el equilibrio financiero del contrato mediante los siguientes mecanismos: a) la transferencia, a favor del concesionario, de los montos acumulados en el ente fiduciario del Fondo de Reservas y de los dineros recibidos históricamente de las cuentas consideradas de difícil cobro; b) con recursos propios, haciendo incremento tarifario; c) por previo acuerdo económico aceptado por las partes, y d) mediante ampliación del plazo de la concesión.

5. Dado que el recaudo no fue suficiente para cancelar el valor mensual de la retribución y para constituir la referida reserva, durante la ejecución del contrato, no hubo dinero suficiente para restablecer el equilibrio financiero del contrato conforme a la opción a), por lo que procedía el segundo mecanismo, que era el pago con recursos propios del municipio.

6. La situación se agravó cuando la nueva administración, en cumplimiento del Acuerdo 002 de 2001, en lugar de aumentar el monto de la contribución, la disminuyó del 21% al 14%, sin que el municipio hubiera accedido a restablecer el equilibrio económico del contrato.

7. Pese a lo anterior, desde su inicio el 29 de agosto de 2000, el contratista venía dando cumplimiento a sus obligaciones.

8. La Contraloría inició una investigación tendiente a establecer la legalidad del proceso licitatorio que culminó con la adjudicación del contrato a la demandante, sin que se hubiera producido una decisión al respecto, por lo que esta no era justificación suficiente para que el Alcalde Municipal terminara unilateralmente el contrato, como en efecto lo hizo, en una clara desviación de poder y falsa motivación, además de que este hecho no es de los contemplados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 como causa de la terminación unilateral de los contratos.

9. El contratista fue objeto de embargo por orden del Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, pero esta situación no afectó el cumplimiento del contrato con el Municipio de Barbosa.

**Causales de nulidad**

La demandante manifestó que el acto demandado es violatorio de las normas que rigen la responsabilidad contractual: arts. 1594, 1600, 1602, 1603, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1618 del Código Civil y arts. 879, 871, 1036, 1046, 1047 y 1051 del Código de Comercio, así como los artículos 62 y 73 del Decreto Ley 222 de 1983. Así mismo, arts. 29, 90, 113, 116 y 122 de la Constitución Política y arts. 2, 3 y 44 del Decreto 01 de 1984.

Adujo que el acto administrativo demandado está viciado por desviación de poder y violación del debido proceso, pues se cita, como motivación de la decisión, una investigación fiscal iniciada por la Contraloría Departamental, que no había concluido con fallo condenatorio; y la existencia de un proceso ejecutivo en contra del contratista, que de ninguna manera comprometió el cumplimiento del contrato. Es decir, que a juicio del demandante, el municipio lo sancionó con base en falsas motivaciones, mediante una decisión arbitraria e ilegal.

Agregó que la demandada desconoció, además, que ella misma no había cumplido con sus obligaciones contractuales, pues no tomó las decisiones necesarias para hacer que las tarifas fueran suficientes para cancelar el valor del contrato y no efectuó la correspondiente asignación presupuestal para pagar la diferencia con recursos del municipio.

**El trámite de la primera instancia.**

La demanda fue admitida por auto del 25 de junio de 2003, en el cual se ordenó su notificación personal a la entidad demandada y al representante del Ministerio Público (f. 97, c. 4).

**La contestación de la demanda**

El Municipio de Barbosa contestó la demanda en forma extemporánea[[1]](#footnote-1) (f. 102, c. 4).

**Alegatos de conclusión**

En la oportunidad procesal para presentar alegatos finales, sólo intervino la parte actora, con memorial en el cual reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Se refirió a las pruebas del proceso, las cuales, a su juicio, son demostrativas de los hechos en los que fundó sus pretensiones, en especial, que no se configuró ninguno de los supuestos previstos en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 para la terminación unilateral del contrato, pues la demanda ejecutiva en contra de la sociedad contratista, que se citó en el acto administrativo como causa de la decisión, de ninguna manera afectó de forma grave la ejecución del contrato y, por lo tanto, no justificaba la decisión de terminación unilateral. Que habiéndose proferido el acto con fundamento en ese hecho, el mismo está viciado por falsa motivación, desviación de poder y violación del debido proceso. Agregó que *“tampoco es cierto, e igual configura una falsa motivación y un verdadero abuso de poder, la afirmación de que se haya dado aplicación al procedimiento establecido en las causales de terminación unilateral previstas en las cláusulas décima séptima y vigésima del contrato”,* y que no hay duda de que el acto administrativo demandado fue expedido *“por fuera de toda consideración de servicio público. Y solamente con el afán de dar cumplimiento a compromisos electorales del alcalde de bajar la tarifa de alumbrado”* (f. 292, c. 4).

**La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo de Santander decidió negar las pretensiones de la demanda, por considerar que se habría materializado una de las causales de terminación unilateral del contrato, consagradas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 (f. 304 a 311, c. ppl.):

*La Sala observa que en el caso de la concesión de la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Barbosa por parte de la empresa INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., efectivamente sucedió una de las causales expuestas en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 que facultan la terminación unilateral del contrato de concesión, el hecho de que el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá ordenó el embargo y retención hasta un límite de 240.000.000 millones de pesos a la firma concesionaria, se constituye en una causal para decretar la terminación unilateral del contrato, establecida en el numeral cuarto del artículo 17 de la ley 80 de 1993, también es evidente el alto monto del límite del embargo que es de doscientos cuarenta millones de pesos, cantidad que sin duda pone en riesgo la capacidad operativa de la empresa INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. y consecuentemente la prestación del servicio de alumbrado público para el Municipio de Barbosa.*

*Además de la anterior consideración al folio 272 del expediente se observa una constancia expedida por el juzgado que conoce del proceso ejecutivo en mención en la que se indica que la empresa concesionaria propuso una fórmula de conciliación a través de la cual se comprometía a realizar los pagos debidos, pero llegada la fecha límite para cumplir dicha obligación esta no fue cumplida por parte de INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A.*

*Esta Corporación considera que las anteriores circunstancias como lo son el embargo judicial, el monto del mismo y la prueba del incumplimiento de la obligación contraída en dicho proceso ejecutivo mediante conciliación, son motivos más que suficientes para considerar que efectivamente se afecta gravemente el cumplimiento del contrato de concesión* (f. 304 a 311, c. ppl.).

**El recurso de apelación.**

La sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., interpuso recurso de apelación (f. 313, c. ppl.), en el que pidió que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que el *a-quo* partió de dos premisas falsas para decidir como lo hizo: i) de un lado, al afirmar que el embargo del que fue objeto la sociedad demandante, fue de $ 240’000.000, a partir de lo manifestado por la entidad en el acto administrativo demandado, ya que no existe en el expediente prueba alguna o indicio que apoyen tal afirmación del Alcalde, mientras que sí existen pruebas de que la cantidad fue inferior; y ii) de otro lado, el apelante considera que también fue una premisa falsa la que tuvo en cuenta el tribunal *a-quo,* cuando fundó su decisión en el incumplimiento de la sociedad demandante respecto de lo acordado en la audiencia de conciliación llevada a cabo en el proceso ejecutivo, pues *“tanto la audiencia de conciliación como el incumplimiento del acuerdo de pago establecido en ella, ocurrieron con posterioridad a la terminación del contrato de concesión. Por lo que no es dable deducir, como lo hizo la Sala, que al Alcalde le asistió razón”,* por lo que al ser hechos posteriores, no pudieron influir en su decisión de terminar unilateralmente el contrato de concesión.

Por otra parte, el apelante manifestó que la existencia del embargo del que fue objeto la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., tampoco podía admitirse como justificativa de la decisión de terminación unilateral del contrato, porque el mismo no afectó gravemente su ejecución, como lo establece la norma que autoriza esta clase de decisiones, si se tiene en cuenta que los embargos fueron del 12 y 27 de julio y del 16 de octubre de 2001, y la terminación unilateral se produjo el 1º de febrero de 2002, y en ella no se adujo que el contratista hubiera incurrido en incumplimiento alguno de sus obligaciones, por lo que se puede concluir que el embargo del que fue objeto, no puso en riesgo la capacidad operativa del contratista ni la prestación del servicio de alumbrado público del Municipio de Barbosa, y al mencionarlo como causa del acto acusado, se incurrió en una falsa motivación.

Sostuvo que, *contrario sensu,* fue la terminación unilateral del contrato la que afectó su capacidad financiera, y fue por ello que meses después, cuando se produjo la conciliación en el proceso ejecutivo, la sociedad demandante no pudo cumplir con el compromiso de pago allí contraído, pues ya no recibía los ingresos provenientes de la concesión.

Agregó que fue el Municipio de Barbosa quien incumplió gran parte de sus obligaciones durante la ejecución del contrato, pues siempre se negó a restablecer el equilibrio económico del mismo, a pesar de lo cual el concesionario cumplió a cabalidad con sus obligaciones.

Por otra parte, afirmó que el *a-quo* ha debido tener en cuenta las consecuencias de la contestación extemporánea de la demanda por parte del Municipio de Barbosa, a la luz de lo establecido en el artículo 95 del C.P.C. y considerarlo como un indicio grave en su contra.

Finalmente, adujo el apelante que, si bien el Tribunal acudió al artículo 58 de la Ley 143 de 1994 para apuntalar la idea de que el contrato de concesión podía terminarse unilateralmente, olvidó tener en cuenta que dicha norma contempla entre otras obligaciones, la de indemnizar en caso de terminación anticipada y la de preservar los intereses de las partes dentro de un sano equilibrio. Y que el artículo 64 de la referida ley, específicamente se refiere al deber de indemnizar al concesionario en caso de terminación unilateral del contrato.

**6. El trámite de la segunda instancia.**

El recurso fue admitido por auto del 3 de mayo de 2010 y ejecutoriado este último, mediante proveído del 10 de junio del mismo año se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (f. 326 y 328, c. ppl.).

En esta oportunidad procesal sólo intervino la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., mediante memorial en el que insistió en que el Tribunal *a-quo* no valoró todas las pruebas obrantes en el proceso, las cuales son demostrativas de los hechos que fundamentan sus pretensiones (f. 329, c. ppl.).

**II.- CONSIDERACIONES**

## Competencia del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 21 de enero de 2010, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación[[2]](#footnote-2).

**Hechos probados**

Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis[[3]](#footnote-3):

1) Mediante Acuerdo No. 036 del 4 de enero de 1999 (f. …), el Concejo Municipal de Barbosa autorizó al Alcalde Municipal para contratar por el sistema de concesión el servicio de alumbrado público, para el suministro, instalación, mantenimiento, expansión y administración de la infraestructura y demás elementos necesarios para la prestación del referido servicio, y para contratar el suministro de energía para dicho alumbrado y la interventoría para el contrato de concesión. También lo autorizó para hacer las modificaciones necesarias al convenio interinstitucional para prestación del servicio de alumbrado público celebrado con la electrificadora, para adaptarlo al contrato de concesión, teniendo en cuenta la facturación del impuesto de alumbrado público liquidado en el recibo de energía domiciliaria, su recaudo, y el suministro de la energía con destino al mismo. De igual manera, se autorizó al Alcalde para fijar, reajustar o modificar las tarifas del servicio de alumbrado público, para atender satisfactoriamente el suministro, administración, mantenimiento, expansión o urgentes necesidades de este servicio, de tal manera que no generara ninguna deuda a cargo del municipio.

2) El 28 de enero de 2000, el Alcalde del Municipio de Barbosa celebró un contrato de consultoría con el señor Jaime Orlando Forero Mayorga (f. 65, c.5), cuyo objeto fue *“(…) realizar el estudio y evaluación del Alumbrado Público, elaboración de pliegos, trámites de licitación (avisos, prensa, etc.) aclaraciones a proponentes, responder objeciones y presentar al señor Alcalde los resultados y recomendaciones, de acuerdo a especificaciones técnicas establecidas por la Alcaldía, y conforme a la propuesta presentada por EL CONTRATISTA (…)”*.

3) Como resultado del anterior contrato, el señor Jaime Orlando Forero Mayorga presentó un informe el 9 de marzo de 2000 (f. 32, c. Anexos 1), en el cual recomendó la celebración de un contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público del Municipio de Barbosa, por cuanto este cambio, *“permite la vinculación de Capital Privado a la satisfacción de un servicio público municipal importante, permitiendo al Municipio pasar de una prestación costosa y calamitosa, a un servicio autocosteable, lo cual es igualmente política del Gobierno Nacional”.* En las proyecciones financieras que efectuó, respecto del posible contrato de concesión a celebrarse, determinó como *“Facturación Mensual Necesaria para manejo del Alumbrado”,* la suma de $ 43’916.718 (f. 51, c. Anexos 1).

4) Mediante Resolución 050 del 28 de marzo de 2000, el Alcalde del Municipio de Barbosa ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 001 para dar en concesión el alumbrado público municipal (C. 5[[4]](#footnote-4), sin foliar).

5) En la información básica del pliego de condiciones que rigió la Licitación Pública abierta por el Municipio de Barbosa *“para contratar por concesión la financiación, repotenciación con tecnología de sodio, operación y mantenimiento del alumbrado público municipal”*, se anunció que el objeto de dicha licitación era contratar, por concesión, el suministro de materiales, equipos y mano de obra para la repotenciación con tecnología de sodio del alumbrado público del municipio, y la operación y mantenimiento de la infraestructura destinada al mismo, durante el término de la concesión. Se estableció que el servicio a contratarse, comprendía los siguientes aspectos (f. 150 a 203, c. 5 –foliatura parte inferior de las páginas-):

1- Administración, mediante el manejo idóneo y eficiente de los recursos materiales y humanos, con el fin de alcanzar un grado óptimo en la prestación del servicio y la máxima cobertura, siendo responsabilidad del concesionario establecer su propio esquema financiero, a fin de darle operatividad a la concesión.

2- Mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura, y atención de los reportes de la interventoría y los usuarios sobre fallas, así como la reparación de las mismas.

3- Expansión de la infraestructura en áreas urbanas y rurales del municipio donde se requiriera el servicio, la cual sería financiada con recursos del concesionario cuando implicara el incremento de usuarios aportantes del impuesto de alumbrado, salvo cuando se tratara de la expansión de infraestructura instalada por usuarios particulares, entidades territoriales o por empresas de servicio público a nuevos lugares creados por el desarrollo vial o urbanístico del municipio y sus corregimientos, caso en el cual el concesionario debía incorporarlos al sistema de alumbrado, extendiéndoles el servicio de operación y mantenimiento; la cartera de difícil cobro (valor facturado menos recaudado por impuesto de alumbrado) y recuperada históricamente, sería destinada a financiar la ampliación del servicio a zonas marginales o rurales, adicional de los recursos previstos para tal fin en la oferta presentada.

4- Modernización, mediante la reducción de los costos de operación, con la incorporación de los avances tecnológicos que permitieran hacer un uso más eficiente de la energía eléctrica, entre los que se incluía la sustitución de la totalidad de las luminarias incandescentes y de mercurio por luminarias de sodio. Se debía garantizar que a partir del segundo año de la concesión habría una eficiencia como mínimo del 85% en el sistema de alumbrado en todo el territorio del municipio y con ese porcentaje mínimo debía entregarse el sistema al término de la concesión.

5- Reversión al municipio de los bienes adscritos al servicio de alumbrado público, una vez finalizado el contrato.

6- Término de la concesión: sería propuesto por los oferentes sin sobrepasar de 20 años.

7- Área de cubrimiento del servicio: perímetro urbano y rural del municipio dentro de sus límites oficiales.

8- Suministro de energía: Por la electrificadora local o quien haga sus veces en el futuro, en virtud de convenio con el municipio.

9- Operación, mediante la puesta en funcionamiento y la prestación del servicio de alumbrado público en el área urbana y rural del municipio. El costo del suministro de energía eléctrica y el recaudo del impuesto de alumbrado, facturado en conjunto con la energía domiciliaria, sería negociado directamente por el municipio con la electrificadora, y el valor tentativo que debía ser considerado era el de $ 154 kw/hora para el mes de enero de 2000, que podía ser reajustado por indexación, según las normas reguladoras de este servicio.

10- Interventoría, vigilancia y control del contrato, las haría el municipio mediante un interventor designado para ello.

11- Respecto a la financiación, se consignó:

*f)* ***Financiación***

*Los servicios prestados por la empresa concesionaria, se costearán con la tasa que por concepto de prestación del servicio de alumbrado, paguen los usuarios del mismo.*

*El Municipio cederá al Concesionario durante el tiempo de la CONCESIÓN, los recaudos de la tasa, que paguen los usuarios por concepto del servicio de alumbrado, para que en primer lugar el CONCESIONARIO cancele el valor de la energía suministrada para el funcionamiento del servicio y en segundo lugar con las sumas restantes se cancele la retribución a que tiene derecho por el contrato de CONCESIÓN.*

*El monto total de la facturación y su correspondiente recaudo esperado del impuesto de alumbrado público, será propuesto en la oferta de tal forma, que permita hacer autocosteable la prestación del servicio.*

En el pliego de condiciones se incluyó el inventario de las luminarias del municipio, que debían ser cambiadas inmediatamente se iniciara la ejecución del contrato, según programación aceptada y contemplada en la oferta:

Bombillas incandescentes 200 vatios 42 unidades

Bombillas incandescentes 150 vatios 11 unidades

Faroles decorativos 150 vatios 106 unidades

Bombillas de mercurio 125 vatios 785 unidades

Bombillas de mercurio 250 vatios 98 unidades

Bombillas de mercurio 250 vatios 98 unidades

Bombillas de mercurio 400 vatios 22 unidades

Bombillas de sodio 70 vatios 522 unidades

Bombillas de sodio 150 vatios 1 unidad

Bombillas de sodio 250 vatios 261 unidades

Bombillas de sodio 400 vatios 1 unidad

Reflectores 1000 vatios 11 unidades

Según allí se lee, las luminarias descritas e instaladas en ese momento, tenían un cubrimiento del 95% y se pretendía con la licitación, un cubrimiento del 100%, relacionando el pliego las luminarias que se necesitaban para ello:

Luminaria de sodio de 70 vatios 1350 unidades

Luminaria de sodio de 150 vatios 104 unidades

Luminaria de sodio de 250 vatios 296 unidades

Luminaria de sodio de 400 vatios 12 unidades

Faroles de sodio de 70 vatios 199 unidades

En los aspectos financieros de la oferta, se consignó:

*8. ASPECTOS FINANCIEROS*

*a. Garantía del aporte financiero requerido*

*Para garantizar la financiación del proyecto, el oferente deberá demostrar:*

1. *Cuando los recursos provienen de una Entidad Financiera, anexará una carta de dicha entidad que certifique la aprobación de los créditos que garanticen la financiación del proyecto o, su intención de estudiar el crédito para dar viabilidad al proyecto.*
2. *Cuando se piense financiar el proyecto con recursos propios, se anexarán Declaraciones de Renta de los dos (2) últimos años, balances refrendados por Contador Público (…) y demás documentos que garanticen al Municipio la disponibilidad de fondos para abocar el proyecto.*

*b. Composición de los recursos financieros iniciales para dar operatividad a la Concesión.*

*c. Determinación certificada de la entidad Fiduciaria.*

*d. Esquema Financiero de la Concesión y Control de Calidad*

*e. Determinación del Valor Presente de Personal y Equipos.*

*f. Cálculo del valor presente de Repotenciación, Operación y Mantenimiento*

*g. Determinación de recursos para expansiones a zonas marginales y rurales no servidas actualmente.*

*h. Determinación de los recursos necesarios para cubrimiento por expansión derivada del crecimiento urbano.*

*i. Determinación de los recursos financieros necesarios en valor presente de Facturación y Recaudo provenientes del Impuesto de Alumbrado Público, para tener un servicio autocosteable.*

*j. Datos básicos para el cálculo del Flujo Financiero proyectado.*

*k. Explicación del Flujo Financiero.*

*l. Flujo Financiero proyectado.*

En los factores de calificación de las ofertas, específicamente el relacionado con los aspectos financieros, se le asignó un puntaje de 350 puntos (sobre un total de 1000) y dentro de los rubros a calificar, se incluyó:

* *Determinación de los recursos financieros necesarios en valor presente de Facturación y Recaudo provenientes del Impuesto de Alumbrado Público, para tener un servicio autocosteable……………..……. 50 ptos.*

*Si el valor de la Facturación y el Recaudo por concepto del Impuesto de Alumbrado Público son los más convenientes para el Municipio y muestran estabilidad durante el proceso histórico para hacer un servicio autocosteable, se asignarán ……………………….…… 50 Ptos.*

*Penalizaciones de acuerdo a inconsistencias, incrementos de tarifas futuras e inconveniencias demostradas[[5]](#footnote-5).*

* *Datos básicos para el cálculo del Flujo*

*Financiero proyectado………………………………………………20 Ptos.*

*Si los datos básicos son consignados en este cuadro y ellos son satisfactorios se asignará un puntaje de …………. ……………20 Ptos.*

*En caso contrario se penalizará de acuerdo a inconsistencias[[6]](#footnote-6).*

* *Explicación del Flujo Financiero …………………………………. 30 Ptos.*

*Si las partidas consignadas en el Flujo Financiero se encuentran explicadas en cuanto a su origen y manejo en forma coherente, se asignarán …………………………………………………………. 30 Ptos.*

*En caso contrario se penalizará de acuerdo a inconsistencias[[7]](#footnote-7)*

* *Flujo Financiero Proyectado……………………………………… 60 Ptos.*

*Si el Flujo Financiero muestra una operación financiera satisfactoria a criterio del Municipio, se asignarán ……………………………… 60 Ptos.*

*En caso contrario se penalizará de acuerdo a inconsistencias[[8]](#footnote-8)*

En la descripción del contrato objeto de la licitación, respecto de la forma de pago, el pliego de condiciones consignó:

***7. FORMA DE PAGO***

*El monto de la remuneración al contratista del servicio derivado del CONTRATO que se celebre en virtud de esta Licitación, se costeará con las tarifas que por concepto de prestación del servicio paguen los usuarios del mismo, las cuales deben cubrir los gastos de operación del mismo.*

*En caso de que el monto de lo recaudado no fuere suficiente para cubrir la retribución del CONCESIONARIO, el Municipio establecerá* (sic) *el equilibrio financiero del contrato, bien sea con sus propios recursos, mediante negociación aceptada por las partes, mediante la ampliación del plazo de la CONCESIÓN o haciendo el incremento tarifario que se requiere.*

*El Municipio cancelará al Concesionario el valor del servicio de alumbrado público, dentro de los cinco (5) primeros días el mes siguiente al de su recaudo.*

*El Municipio reconocerá al CONCESIONARIO en caso de mora en el pago, por concepto de la prestación del servicio de Alumbrado Público, el interés de mora vigente en el momento de producirse el retardo y fijado por el Gobierno Nacional. El CONCESIONARIO renuncia al cobro de intereses sobre intereses.*

*Si el contrato celebrado fuere de concesión, el pago de la contraprestación del CONTRATISTA a favor del Municipio se hará, con base en la propuesta favorecida, quedando fijada en el texto del contrato.*

*El Municipio recibirá y estudiará alternativas en la forma de pago del Contrato.*

6) La sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., presentó oferta en la licitación pública para la adjudicación del contrato de concesión de alumbrado público en el Municipio de Barbosa (f. 98 a 137, c. 10), en la cual consignó, entre otras cosas, como valor de la propuesta básica (inversión inicial en repotenciación), la suma de $ 631’677.275.

En los aspectos financieros de la oferta, consignó:

***INGENIERÍA FINANCIERA DEL PROYECTO***

*Con la filosofía y las premisas expuestas, se realizó la Ingeniería Financiera del Proyecto, encontrándose:*

*1.- Los costos de operación de la Concesión son muy altos durante la repotenciación, disminuyendo hacia el futuro.*

*Para obviar esto, se programó una financiación adicional a la bancaria por parte del Concesionario, con periodo de gracia prolongado y tiempo de amortización extenso. El crédito bancario se redujo lo máximo posible. Las utilidades del Concesionario se consideran al final de la Concesión y considerados como porcentaje de los Saldos Acumulados positivos de Caja, constituyéndose en ingresos de éxito del manejo realizado (…).*

*La repotenciación física con tecnología de Sodio es posible hacerla en 90 días. Financieramente y teniendo en cuenta las premisas concernientes a los usuarios, se proyecta a 12 meses como la solución económica encontrada más favorable. (Se hizo análisis hasta los tres años de duración de la repotenciación)[[9]](#footnote-9) (…).*

Así mismo, obra en la oferta un cuadro de datos básicos, en el cual se consignó como facturación mensual del impuesto de alumbrado, la suma de $ 44’583.115, con pérdidas por no recaudo del 5%, para un recaudo del impuesto de alumbrado público, de $ 42’353.959 (f. 89). Y en la proyección del flujo financiero del contrato durante cada uno de los 20 años de la concesión, el proponente partió de considerar como ingresos, los recaudos del impuesto de alumbrado público, y manifestó que *“La cifra consignada corresponde al menor valor hallado para darle viabilidad al proyecto durante toda la vida de la Concesión”*.

En la referida proyección del flujo financiero, todos los cálculos los efectuó partiendo del entendido de que los ingresos mensuales por concepto del impuesto de alumbrado público serían, mínimo, de $ 42’353.850, a partir del tercer mes de la primera anualidad, e irían aumentando año a año. En la explicación del flujo financiero que presentó, al dar cuenta de los egresos, consignó, en relación con las utilidades del concesionario, que *“Cancelado el crédito por Ingresos Diversos, se retira a favor del Concesionario como su utilidad una partida de los Saldos Acumulados de Caja positivos”*. Y en el flujo financiero proyectado mes a mes, durante los 240 meses de duración del contrato de concesión, sólo reporta utilidades para el concesionario a partir del mes 37.

7) Mediante Resolución No. 0147 del 26 de julio de 2000, el Alcalde del Municipio de Barbosa adjudicó la Licitación 001 a la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A. (f. 279, c. 5).

8) El 15 de agosto de 2000, el Municipio de Barbosa, Departamento de Santander, y la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., celebraron un contrato de concesión –sin número- cuyo objeto fue la prestación del servicio de alumbrado público en el área territorial del Municipio de Barbosa, con una duración de 20 años –prorrogables- contados a partir de la entrega del alumbrado por parte del municipio al concesionario. Se destacan del negocio jurídico, las siguientes estipulaciones (f. 7, c. 4):

*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: El presente contrato tiene por objeto la prestación del servicio de alumbrado público en el área territorial del Municipio de BARBOSA (Santander) definido este servicio, por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante resolución No. 043 de 1995, artículo 1º, como la iluminación de las vías, parques y demás espacios públicos, de libre circulación, que no se encuentran a cargo de ninguna persona natural o jurídica, de derecho privado o público, diferente del Municipio, con el propósito de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades vehiculares y peatonales, así como la instalación, mantenimiento y el suministro de energía nocturno para el alumbrado ornamental especial de determinados sectores de la ciudad convenidos previamente con la Alcaldía, por la época de festividades navideñas, en el lapso comprendido entre el 5 de diciembre y el 6 de enero de cada año. El servicio de alumbrado descrito, no contempla el suministro de energía eléctrica para el sistema de semaforización electrónico, relojes, Monumentos Nacionales, vías y demás servicios y dependencias operadas en concesión por terceros diferentes del Municipio los cuales, estarán a cargo de los concesionarios o entidades encargadas de dichos servicios al igual que su administración, mantenimiento, operación y expansiones. El Servicio a prestarse, comprende los siguientes aspectos: a) Administración (…). B) Operación (…) C) Mantenimiento (…) D) Expansión (…) E) Modernización (…).*

*CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: (…) 1) Establecer las garantías en los montos y términos estipulados (…). 2) Recibir la infraestructura adscrita a la prestación del servicio (…) mediante inventario (…) 3) Conformar la organización administrativa y técnica requerida (…). 4) Cumplir el objeto del contrato dentro del plazo pactado. 5) Hacer las inversiones económicas necesarias (…). 6) Desarrollar el objeto del contrato utilizando materiales adquiridos por el contratista (…). 7) Mantener la cobertura, regularidad, continuidad y calidad del servicio (…). 8) Utilizar en la prestación del servicio los sistemas y procedimientos adecuados, acorde con los avances de la técnica. 9) Conservar en correcto estado de funcionamiento los equipos ofrecidos o sus equivalentes, reemplazar los averiados y retirarlos del servicio. 10) Cumplir con los códigos de distribución y operación del sistema eléctrico nacional. 11) Realizar programas de cobertura del servicio, extendiéndolo (…). 12) Dar su visto bueno al valor de la facturación por el suministro de energía para el alumbrado público (…) 13) Cancelar el consumo de energía eléctrica para el alumbrado público, permitiendo descontar de los recaudos por concepto de la tasa de alumbrado público, el valor del suministro. 14) Dar un trato cortés y amable a los usuarios (…). 15) Adoptar los mecanismos de protección y la señalización en las vías públicas, durante la ejecución de obras y trabajos (…). 16) Formular al Municipio las sugerencias que conduzcan a la eficiencia y mejor prestación del servicio. 17) Rendir un informe trimestral (…). 18) Acatar todas las órdenes, recomendaciones y sugerencias que le imparta el Municipio (…). 19) Devolver al Municipio (…) los equipos, herramientas y elementos, etc. que le sean encomendados por la entidad contratante para la mejor prestación del servicio. 20) Vincular por su cuenta y riesgo personal (…). 21) Suministrar capacitación al personal a su servicio (…). 22) Asumir el pago de los impuestos (…). 23) Constituir un fideicomiso en una sociedad fiduciaria (…) en cuya virtud se constituye un patrimonio autónomo, el cual servirá de eje para la consecución de financiaciones, otorgamiento de garantías y administración de todos los recursos necesarios para la ejecución del contrato. El CONCESIONARIO deberá transferir al patrimonio autónomo los derechos de tipo patrimonial derivados del presente contrato, sin desprenderse de las obligaciones relativas a la ejecución del contrato mismo (…).*

*CLÁUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO: (…) 1) Ceder los recaudos por concepto de la tasa de alumbrado público, a favor del CONCESIONARIO. En caso de que no sea posible costear el servicio de alumbrado, con los ingresos que se reciben por concepto de la facturación pagada por los usuarios, el Municipio transferirá oportunamente al CONCESIONARIO los recursos suficientes para financiar el saldo faltante para garantizar la correcta prestación del servicio o acordará el pago con otros bienes tal como lo ordena la CREG para hacer autocosteable el proyecto (Resolución No. 043/95). 2) Suministrar oportunamente la información que requiere el CONCESIONARIO para la ejecución del objeto de este contrato. 3) Ordenar de manera irrevocable a las entidades financieras o empresas recaudadoras de los recursos aquí comprometidos con cargo al presente contrato, para que giren los respectivos dineros al fideicomiso que el CONCESIONARIO ha de constituir en virtud del presente contrato. A requerir a más tardar dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación que le hiciere el CONCESIONARIO al ente recaudador del impuesto de alumbrado en el evento de mora o retardo en los traslados de los dineros recaudados en los términos y plazos pactados. Así mismo, a prestar* (sic) *las respectivas acciones penales por peculado contra el representante legal de dicha empresa recaudadora, en el caso de no obtener respuesta satisfactoria dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a dicho requerimiento (…). 4) Realizar las apropiaciones presupuestales requeridas, para dar cumplimiento a las obligaciones de pago que pudieran derivarse del presente contrato* (las subrayas son de la Sala)*.*

*CLÁUSULA SÉPTIMA: VALOR DEL CONTRATO. Este tiene un valor de seiscientos treinta y un millones seiscientos setenta y siete mil doscientos setenta y cinco pesos ($631.677.275) el cual corresponde a la inversión que debe efectuar el concesionario para el cambio a tecnología de sodio (…). El valor mensual inicial de la Operación y Mantenimiento del servicio está considerado en la suma de diecisiete millones doscientos sesenta y un mil trescientos sesenta y seis pesos ($17.261.366).*

*CLÁUSULA OCTAVA: RETRIBUCIÓN, FORMA Y CONDICIONES DE PAGO: El ente recaudador designado por el Municipio transferirá en forma irrevocable dentro de los treinta (30) días siguientes a la prestación mensual del servicio de alumbrado, a la Empresa FIDUCIARIA designada por el CONCESIONARIO, el recaudo de la facturación prevista inicial por un monto de cuarenta y cuatro millones quinientos ochenta y tres mil ciento quince pesos ($44.583.115) la cual se incrementará mensualmente en el IPC (…) y en la facturación adicional causada por el ingreso de nuevos usuarios derivados del crecimiento poblacional en el Municipio. Dicha facturación corresponde al impuesto que pagan los contribuyentes por el servicio de alumbrado público. El Municipio retribuirá al CONCESIONARIO como amortización de su inversión inicial, atención de las expansiones causadas por el crecimiento de la población y el costo mensual del servicio de alumbrado público prestado en virtud de este contrato de CONCESIÓN, con el noventa y tres punto cinco por ciento (93.5%) de la facturación total precitada, siendo parte de esta retribución el valor de la energía proporcionada al alumbrado y descontado por el recaudador. El porcentaje restante del seis punto cinco por ciento (6.5%) del total de la facturación del impuesto de alumbrado, lo componen un Fondo de Reservas del uno punto cinco por ciento (1.5%) para expansiones preferencialmente a zonas marginales u optimización del alumbrado y manejado en asocio con el Municipio y, cinco por ciento (5%) restante considerado como cuentas de Difícil* (sic) *cobro. En caso de que el monto de los recaudos no fuere suficiente para cubrir la retribución del concesionario, el Municipio restablecerá el equilibrio financiero del contrato mediante los siguientes mecanismos, en el orden que a continuación se señala: a) Mediante la transferencia a favor del concesionario de los montos acumulados en el ente fiduciario del Fondo de Reservas y de los dineros recibidos históricamente de las cuentas consideradas de Difícil Cobro. b) Con sus propios recursos, haciendo incremento tarifario d)* (sic) *Por previo acuerdo económico aceptado por las partes o en último caso, e) Ampliación del plazo de la CONCESIÓN (…)* (las subrayas son de la Sala).

9) El 29 de agosto de 2000, el Municipio de Barbosa y la sociedad Ingecaribe Ltda., suscribieron un contrato de interventoría al contrato de concesión de alumbrado público celebrado entre la entidad territorial y la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., con una duración igual a la del contrato de concesión. En la forma de pago del contrato, se consignó el 7% del valor mensual cancelado al concesionario, y que fuera transferido por el ente recaudador a la empresa fiduciaria designada para el manejo del impuesto de alumbrado público (f. 8, c. Anexos 1).

10) El 29 de agosto de 2000, las partes y el representante legal de la firma interventora, suscribieron el acta de inicio del contrato, acta en la que se consignó, entre otras cosas (f. 17, c. 4):

*(…) y acordaron: PRIMERO: EL MUNICIPIO transfiere a favor de EL CONCESIONARIO en forma irrevocable los valores de facturación y sus respectivos recaudos del impuesto de Alumbrado Público, a partir del día primero (01) de septiembre del año dos mil (…). Igualmente el recaudo del impuesto de alumbrado previsto contempla un incremento del siete por ciento (7%) sobre el valor a pagar a EL CONCESIONARIO como retribución de los servicios contemplados en la cláusula sexta del CONTRATO y lo convenido en el contrato respectivo de la prestación de los servicios de Ingecaribe Ltda., en su calidad de interventor. SEGUNDO: La infraestructura existente de alumbrado público será entregada y recibida de acuerdo a labor de campo realizada entre el INTERVENTOR, EL CONCESIONARIO y la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. EPS,* (sic) *(…). QUINTO: EL MUNICIPIO transfiere al patrimonio autónomo en el cual se constituye la Concesión del Alumbrado en el Municipio y como parte de la infraestructura de él, los recaudos en poder de la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., los cuales serán imputados a los pagos que deban hacerse al concesionario, al igual que las cuentas de difícil cobro derivadas del manejo causadas hasta la fecha (…).*

11) Mediante oficio del 29 de agosto de 2000, el Alcalde Municipal de Barbosa informó a la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., sobre la celebración, con la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público, en virtud del cual se le haría entrega al concesionario de la infraestructura del mismo a partir del 1º de septiembre de ese año; se le informó así mismo, que el interventor de ese contrato adelantaría a nombre del municipio y en cumplimiento de las Resoluciones 076/97 y 089/96, la negociación del valor de la energía, la facturación y su respectivo recaudo del impuesto de alumbrado público, servicios a ser proporcionados por la referida electrificadora; igualmente, que el municipio transfería al patrimonio autónomo constituido para la concesión del alumbrado, los saldos recaudados y pendientes de pago con su recuperación histórica, causados hasta esa fecha por concepto del cobro de alumbrado público, para ser depositados al igual que los nuevos recaudos, en la fiducia designada por el concesionario, los cuales serían imputados al pago de los servicios prestados por éste (f. 19, c. 4).

12) El 1º de septiembre de 2000, la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. y el Municipio de Barbosa, celebraron un contrato por medio del cual la primera se comprometió a i) suministrar la energía eléctrica requerida para el funcionamiento del sistema de alumbrado público del municipio, ii) facturar el impuesto de alumbrado público, conjuntamente con el consumo mensual de energía eléctrica suministrada, pero en forma discriminada para sus clientes del Municipio de Barbosa y iii) recaudar el referido impuesto; al respecto, se pactó, entre otras cosas (f. 21, c. 4):

*CLÁUSULA TERCERA: LIQUIDACIÓN Y RECAUDO DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO: ESSA ESP, facturará conjuntamente con el consumo mensual de energía eléctrica suministrada, pero en forma discriminada a sus clientes en el municipio de Barbosa, el valor resultante de la aplicación DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO aprobada y autorizada por la administración municipal, según el último acuerdo municipal vigente así: a) A LOS USUARIOS DEL SERVICIO RESIDENCIAL Y RURAL: El valor de la facturación mensual del servicio de energía en el sector urbano y rural se adicionará en un veintiuno por ciento (21%); b) SERVICIO INDUSTRIAL, COMERCIAL, OFICIAL Y OTROS: Al valor de la facturación mensual del servicio de energía se adicionará un veintiuno por ciento (21%) por concepto de alumbrado público.* ***PARÁGRAFO PRIMERO:*** *El Municipio se obliga a comunicar a la ESSA ESP, mediante documento oficial, por lo menos con treinta (30) días de antelación a su aplicación, cualquier modificación que se adopte sobre el valor del impuesto aludido.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO:*** *El recaudo lo realizará ESSA ESP a través del sistema financiero local (…). Los valores no recibidos durante un periodo de facturación por concepto de la aplicación del impuesto de alumbrado público se consideran como una deuda del usuario para con el municipio, quien podrá ejercer las acciones legales (…).* ***CLÁUSULA CUARTA: FACTURACIÓN:*** *ESSA ESP facturará mensualmente al municipio los siguientes conceptos: a) Por suministro de energía, el valor resultante de multiplicar la tarifa estipulada en la cláusula novena por la cantidad total de KWH calculados de acuerdo a la fórmula establecida en la cláusula octava; b) Por facturación y recaudo del Impuesto de alumbrado público a sus clientes, una suma equivalente al 5% del valor total facturado por este concepto (…).* ***QUINTA: FORMA DE PAGO Y DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS:*** *Los dineros recaudados por concepto del impuesto de alumbrado público, se destinarán en su orden a los siguientes fines: a) Al pago de la energía consumida en el alumbrado público de calles, avenidas, parques, zonas verdes (…); b) Al pago de los valores facturados por concepto de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público; c) Si existieren, después de cubiertos los conceptos enunciados en los literales anteriores, saldos a favor del municipio, estos recursos serán consignados en una cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. Y Helm Trust S.A. en la cuenta corriente (…), destinada únicamente al mantenimiento y construcción de obras de alumbrado público, cuya planeación, ejecución y operación será responsabilidad del municipio. La ESSA ESP girará el remanente en la cuenta preestablecida, dentro de los 30 días siguientes a la finalización del periodo de recaudo establecido por la ESSA ESP en las facturas correspondientes al último ciclo mensual de recaudo. Si el resultado es negativo, el MUNICIPIO deberá consignar, en la cuenta corriente que la ESSA ESP indique, dentro de los 30 días siguientes al recibo del Estado de Cuentas, el valor correspondiente. (…)* ***CLÁUSULA OCTAVA: TARIFA:*** *La tarifa de la energía eléctrica que suministra la ESSA ESP al Municipio para la prestación del servicio de alumbrado público será de $ 160,oo vigente para el nivel de tensión I (220V) en $/KW (…). El valor de la tarifa podrá ser modificado cuando los costos estructurales del sistema sean cambiados por la CREG (…)* (las subrayas son de la Sala)*.*

13) El 30 de octubre de 2000, la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., celebró contrato de fiducia mercantil de administración y pagos con Helm Trust S.A., cuyo objeto fue: *“(…) la conformación de un Patrimonio Autónomo que se denominará FIDEICOMISO ALCALDÍA DE BARBOSA, el cual tendrá como finalidad la administración de los recursos provenientes del contrato de concesión, a través del Fondo Común Ordinario administrado por LA FIDUCIARIA así como la realización de los pagos que EL FIDEICOMITENTE le indique a LA FIDUCIARIA y la constitución de un Fondo de Reserva”.* En la cláusula segunda de este contrato, se consignó, en cuanto a los bienes fideicomitidos: “*El ente recaudador designado por el MUNICIPIO, esto es, la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.P.S.*(sic) *transferirá en forma irrevocable dentro de los 30 días siguientes los dineros recaudados por concepto de la prestación mensual del servicio de alumbrado a LA FIDUCIARIA. El recaudo de la facturación total mensual efectuados* *los descuentos pertinentes por parte del recaudador, se distribuirá así: 1. El 93.5% se pagará al concesionario, quien en desarrollo del presente contrato dispondrá de los recursos mediante pagos a TERCEROS. 2. El 6.5% se destinará a la constitución de LOS FONDOS DE RESERVA (…)”.* Como remuneración de la fiduciaria por su gestión de administración y pagos, se pactó una comisión fija mensual de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes en la fecha de pago, y el fideicomitente la autorizó para descontar esos valores con cargo a los recursos administrados(f. 39, c. 4).

14) El 29 de enero de 2001, el Concejo Municipal de Barbosa expidió el Acuerdo No. 002, mediante el cual modificó el Acuerdo No. 028 de 1999[[10]](#footnote-10), y estableció la porcentualidad del consumo de energía por el cobro de alumbrado público, en los siguientes términos (f. 37 y 38, c. 4):

*ARTÍCULO PRIMERO: Modifíquese los literales a, b y c del artículo primero del Acuerdo 028 de 1999 quedando de la siguiente manera:*

1. *SERVICIO RESIDENCIAL: Se cobrará el 14% del consumo de energía, con destino al pago de alumbrado público.*
2. *SERVICIO COMERCIAL: Se cobrará el 14% del consumo de energía, con destino al pago de alumbrado público.*
3. *SERVICIO INDUSTRIAL: Se cobrará el 14% del consumo de energía, con destino al pago de alumbrado público.*

15) El 10 de agosto de 2001, el Alcalde Municipal de Barbosa envió oficio al Contralor Departamental de Santander, en el cual le solicitó adelantar una auditoría integral al contrato y a las formalidades previas que adelantó el municipio para entregar por el sistema de concesión el servicio de alumbrado público en dicha entidad territorial, para lo cual adujo que cuando el municipio tenía contratado el servicio con la Electrificadora de Santander, se generaban algunos recursos adicionales a favor del municipio luego de cancelar el valor de la energía, pero que con el contrato de concesión, la empresa Ingeniería de Servicios Públicos S.A., le había pasado al municipio una cuenta por la suma de $ 121’037.338 en 6 meses de trabajo, por lo cual, el Alcalde consideraba que con el nuevo contrato se estaban lesionando gravemente los intereses fiscales del Municipio de Barbosa, que no contaba con los recursos para responder por esas cuentas y las que se generaran durante el año, lo que en poco tiempo pondría en apuros económicos a la entidad. Afirmó así mismo, que se observaban vicios y errores en la realización del contrato, lo que estaba generando un enorme daño a los usuarios de la empresa de energía y al municipio, que eran quienes a final de cuentas pagaban las facturas (f. 248, c. 5).

16) Consta que la Contraloría Departamental de Santander llevó a cabo tres visitas especiales los días 17 (dos de ellas) y 21 de agosto de 2001 a la empresa Ingeniería de Servicios Públicos S.A., destinadas a:

16.1. Efectuar inspección ocular al alumbrado público del municipio para hacer un análisis promedio respecto de la eficiencia y la repotenciación del alumbrado, para lo cual tomaron como muestra las luminarias correspondientes a los barrios Uribe Uribe, Saman, Pinos, Diamante, Cr. 11, Cr. 9 y la Cr. 10; según el acta de visita especial, se encontró:

* Se inspeccionaron un total de 894 luminarias, que equivalen a un 100%
* 756 luminarias encendidas, que equivalen a un 84,56%
* 138 luminarias apagadas, que equivalen a un 15,44%

En cuanto a la repontenciación, se encontró:

Se inspeccionaron un total de 894 luminarias, encontrándose repontenciadas las siguientes:

-10 faroles de 70 W de Na

- 30 de 250 W de Na

- 25 de 70 W de Na

16.2) Inspeccionar los materiales nuevos con que contaba el concesionario para la repotenciación, mantenimiento y cambio del alumbrado público; la visita se hizo al sitio donde el contratista almacenaba el material disponible para ello, y se encontraron:

* 10 faroles de plaza de 70 W de sodio de 208 V, marca Schréder Colombia S.A.
* 60 luminarias de 70 W de sodio de 220 V, referencia AX1-SN
* 60 brazos para luminaria de 1.20 mts.
* 60 brazos para luminaria de 1.50 mts.
* 60 collarines de 6 a 8 pulgadas.
* 60 collarines de 4 a 6 pulgadas.
* 500 conectores bimetálicos
* 3 cajas de BAND-IT acero inoxidable, ¾’’ de 30,5 mts. c/u.
* 40 reactancias de 250 W 208 – 220 – 240V para sodio a 60 hz.

16.3) Revisar documentación del concesionario, a quien se le pidió aportar: estados financieros de la empresa a la fecha, conformación de la parte administrativa de la empresa (personal, vehículos, inversiones, depósitos, créditos); informe sobre el número de luminarias que se habían cambiado y su respectiva repotenciación y mantenimiento rural y urbano, señalando los sectores donde se realizaron los cambios; informes trimestrales presentados al municipio, copia de los oficios enviados por el municipio a la concesionaria, copias de los oficios de los inventarios por cambio de luminarias y que debieron ser reportados al municipio, y copia de los inventarios que se habían registrado por concepto de stock de materiales en bodega.

16.4) Se practicó inspección ocular a la bodega de la empresa y se relacionaron los elementos allí encontrados: 2 luminarias de 125 de mercurio, 4 luminarias de 70 de sodio, 6 luminarias de 225 de sodio, 3 luminarias de 70 sodio en mal estado, 5 faroles usados de 125 mercurio, 4 faroles inservibles, 8 luminarias de 125 mercurio inservibles, 1 de 225 mercurio, *“lo anterior en materiales de segunda que han sido retirados de la red de alumbrado público”*. También se encontraron: bombillos mercurio de 125, 250 unidades; mercurio 250, 12 unidades; sodio 70, 57 unidades; sodio 250, 42 unidades; 1 contactor 220 vatios de 250 sodio para 17 luminarias; 2 contactores de 250 sodio para 25 luminarias; 7 lámparas de 125 mercurio (redactancia); 17 lámparas de 250 sodio (redactancia); 8 lámparas de 250 sodio; 5 lámparas de 25 mercurio; 31 fotoceldas; *“todo lo anterior, en estado de deterioro”* (f. 88, 89 y 90, c. Anexos 1).

17) El 30 de septiembre de 2001, el interventor del contrato de concesión, Ingecaribe Ltda., presentó al Alcalde Municipal de Barbosa el informe anual de interventoría de la concesión de alumbrado público septiembre 2000-agosto 2001, en el cual hizo un recuento de todas las actuaciones y actividades llevadas a cabo desde la formalización del acta de inicio, en agosto de 2000. En dicho informe se consignó, entre otras cosas (f. 1 a 21, c. 8):

*(…) La interventoría recibió el día 19 de junio de parte del Concesionario los informes trimestrales SEGUNDO y TERCERO de labores adelantadas por el Concesionario, correspondientes al período de Diciembre de 2000 a Febrero de 2001 y al período de Marzo a Mayo de 2001. Estos informes se encuentran ajustados a lo ejecutado por el Concesionario en el terreno y conforme a lo establecido en el contrato de Concesión. Estos informes fueron radicados por la Interventoría el día 21 de junio en las oficinas de la Alcaldía Municipal, con copia de Control Interno.*

*(…)*

*En el informe No. 11 correspondiente al mes de Julio, la Interventoría solicita comedidamente al Señor Alcalde que los reclamos y quejas de los usuarios del servicio de alumbrado público que sean recepcionadas en alguna de las oficinas de la Administración Municipal, sean remitidas a la oficina de Atención al usuario del Concesionario de este servicio, para que el seguimiento de atención y solución de estas quejas pueda llevarse a cabo en forma cabal por parte de esta Interventoría.*

*A partir del acta de conciliación No. 007 correspondiente al mes de Junio, que se suscribió el día 23 de Julio de 2001, en virtud del convenio existente con la Electrificadora de Santander para el suministro de energía con destino al alumbrado público así como su facturación y recaudo, se aplicó la rebaja de la tasa de alumbrado público del 21% al 14% que se venía cobrando sobre el consumo de energía domiciliaria, de acuerdo a instrucciones recibidas en la Electrificadora de Santander S.A. por parte de la Alcaldía Municipal.*

*En vista de esta situación, el Concesionario manifiesta su intención de invocar el Numeral 1) de la Cláusula Tercera del contrato de concesión, para no entorpecer el normal desarrollo de este contrato.*

*(…)*

*Por segunda ocasión se liquidó la tasa de alumbrado público con el porcentaje del 14%, lo cual está causando graves dificultades para que el concesionario pueda atender el normal desarrollo del contrato y los compromisos adquiridos con proveedores y personal de planta. El concesionario manifiesta nuevamente su intención de acudir con sus asesores jurídicos para resolver la situación.*

*(…)*

*Al término de este primer año de labores de la Concesión, la Interventoría constató que el sistema de alumbrado público presenta una eficiencia del 84.5%, esto es todavía existe un 15.5% de luminarias apagadas. En la Cláusula Segunda, Numeral E) del contrato de Concesión está establecido que al terminar la etapa de Repontenciación, se tenga una eficiencia al menos del 85%. La Interventoría oficia al Concesionario para que mejore este nivel de eficiencia en razón al número de solicitudes de daños y anomalías reportadas por los usuarios, pendientes por resolver.*

*A fecha 30 de agosto de 2001 existen 98 reportes de quejas de usuarios, pendientes por resolver, después de haber realizado a esta fecha 1145 normalizaciones de luminarias por parte del Concesionario.*

Así mismo, informa que en ese primer año, se habían suscrito 11 actas de conciliación con la Electrificadora de Santander en virtud del convenio del municipio con esta última para el suministro de energía con destino al alumbrado público y el servicio de facturación y recaudo, las cuales arrojaron como totales, las siguientes cifras:

Recaudado: $ 338’581.079

Valor energía: $ 142’133.133

Facturación recaudo y otros: $ 18’512.522

Giros a Fiducia: $ 177’935.424

Aclarando que, de estos últimos giros a la Fiducia, se le cancelaban los honorarios a la interventoría, en un monto equivalente al 7% del valor de los recaudos, previo descuento del valor del servicio de facturación y recaudo que efectúa la empresa de energía, así como el IVA y la retefuente.

Agregó que en desarrollo del programa de mantenimiento contemplado en el literal C) de la Cláusula Primera del contrato de concesión, de la infraestructura del alumbrado público, en el primer año de ejecución contractual, se efectuaron 1145 normalizaciones de luminarias que se encontraban apagadas en diversos sectores.

18) El 1º de octubre de 2001, la contratista presentó al Municipio de Barbosa una cuenta de cobro por valor de $ 298’629.286, por concepto de:

*1º Intereses de mora por retrasos en los pagos parciales realizados $ 2’926.305*

*2º Intereses de mora sobre Saldos Insolutos Liquidado hasta:Spt.30/01 $ 23’793.446*

*3º Por saldos insolutos mensuales de acuerdo a liquidación anexa $271’909.535*

*Valor adeudado por el Municipio de Barbosa (Sant.) $298’629.286*

*(…)*

*Nota: La liquidación correspondiente al mes de Agosto de 2001, fue ya valorada conjuntamente entre la Interventoría y la Electrificadora. Hasta la fecha, no se ha recibido ningún pago por dicho concepto.*

*La labor correspondiente al mes de Septiembre de 2001, fue realizada y aún no liquidada.*

19) Obran múltiples comunicaciones de los años 2000, 2001 y 2002, de juntas de acción comunal, comerciantes y residentes de distintos sectores del Municipio de Barbosa, quejándose por el estado de las luminarias y la deficiencia del alumbrado público (f. 160 a 181, c. 1).

20) En oficio del 9 de noviembre de 2001, la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A. le pide información al Alcalde Municipal de Barbosa sobre el destino de los $65’228.502,64 que eran el saldo del recaudo que había hecho la Empresa de Energía de Santander, por concepto del impuesto de alumbrado público para agosto de 2000, cuando se liquidó el convenio que entonces existía entre ésta y el municipio para el suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado, ya que esos recursos eran de destinación exclusiva para el mismo y debieron ser entregados al concesionario de dicho servicio, a quien se le habían ofrecido *“en compensación por la diferencia entre los recaudos que se venían haciendo y los ingresos necesarios para hacer de la concesión de alumbrado público en Barbosa un servicio autocosteable”* (f. 271, c. 5)*.*

21) Obra en el plenario proyecto de auto del 9 de noviembre de 2001[[11]](#footnote-11), de la Contraloría Departamental de Santander, en el que se resuelve declarar abierta una investigación fiscal con ocasión de la celebración del contrato de concesión del alumbrado público del Municipio de Barbosa (f. 139, c. Anexos 1).

22) El 13 de noviembre de 2001, el concesionario le pidió al Alcalde Municipal de Barbosa información sobre las actuaciones que hubiera adelantado para dar cumplimiento al contrato de concesión, teniendo en cuenta la modificación del porcentaje a cobrar por impuesto de alumbrado público llevada a cabo por el Concejo Municipal, con lo que pasó de un 21% a un 14% del consumo de la energía domiciliaria, sin que existiera una partida presupuestal o mecanismo económico diferente que le permitiera al municipio cumplir con sus obligaciones contractuales, dado que la rebaja porcentual en cuestión había llevado a que el reconocimiento económico constituido por las transferencias de los recaudos del impuesto de alumbrado a la concesión fuera ínfimo, tal y como constaba en los informes trimestrales presentados por el concesionario, siendo inclusive de cero pesos la correspondiente a los recaudos del mes de agosto de 2001. Agregó que *“Adicionalmente, nuestras Cuentas de Cobro por la diferencia mensuales* (sic) *a que somos acreedores, no han sido atendidas lo que hace por lo expuesto, que el contrato de Concesión suscrito con el Municipio para atender su alumbrado público ha sido por parte de su administración, desconocido y vulnerado”* (f. 272, c. 5).

23) Obra informe de la Personería Municipal de Barbosa del 19 de diciembre de 2001, en el que se registró el mal funcionamiento del alumbrado público en dicho municipio y la deficiente prestación del servicio, por lo que se recomendó a la administración municipal tomar las medidas necesarias para preservar los derechos de los habitantes, que estaban sometidos a pagar la respectiva tarifa, por un servicio que no estaban recibiendo en buenas condiciones (f. 182 a 221, c. 4).

Se refirió al contrato de concesión celebrado por el municipio con la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., y a la inexistencia de alumbrado público en los escenarios deportivos, que a pesar de hacer parte del espacio público, el contratista consideraba que estaban exceptuados de la obligación a su cargo, pero que la Electrificadora de Santander relacionaba para el cobro de la carga instalada, por lo que resultaba inadmisible la pretensión del concesionario, en el sentido de que se instalaran contadores en dichos escenarios, para su cobro al municipio; señaló el incumplimiento contractual del concesionario, pues el alumbrado público no funcionaba en un porcentaje del 33,97%, y el concesionario no contaba en el municipio con el personal ni con el equipo propuestos en su oferta.

En dicho informe, también se dio cuenta de los ingresos que por concepto de alumbrado público se obtuvieron antes de la modificación del impuesto al mismo y después de la modificación, advirtiendo que cuando se cobraba el 21%, lo máximo recaudado fue por $ 36’522.064 en el mes de febrero de 2001, suma inferior a la contemplada en la cláusula séptima del contrato, como facturación mínima mensual, que fue de $ 44’583.115, concluyendo que *“como se puede ver en ningún momento el municipio ha recaudado dicha suma para hacer que el contrato sea sostenible y siempre se ha estado en déficit a favor del concesionario (…). De igual manera se pensó que con la concesión no se comprometería recursos propios del presupuesto del municipio y a la fecha ha sucedido todo lo contrario pues se está afectando recursos del presupuesto toda vez que se tomó como base un recaudo que no es posible conseguir a través del impuesto de Alumbrado Público ni aún así cuando estuvo en el 21% y para poder cubrir con el valor estipulado en el contrato se tendría que cobrar al usuario más o menos el 30%”.*

Concluyó así, que entre septiembre de 2000 y junio de 2001, se le adeudaban al concesionario $ 159’875.487, y el recaudo mensual en ese momento, no alcanzaba para cubrir ese déficit, no obstante lo cual consideró que *“el contratista está obteniendo beneficios más allá de los razonables y justos toda vez que si con el recaudo mensual no se alcanza a cubrir el valor base de recaudos, debe asumir el municipio dicho pago y esto es injusto pues el servicio es pésimo”.*

Por todo lo anterior, estimó que el municipio debía tomar una decisión en relación con este contrato, pues no se estaba cumpliendo con el objetivo del mismo, que era brindar una mayor eficiencia en la prestación de ese servicio a los habitantes del municipio.

24) En el expediente reposan las siguientes actas de conciliación del convenio de alumbrado público celebrado entre el Municipio de Barbosa y la Electrificadora de Santander, llevadas a cabo por funcionarios de esta empresa y el interventor del contrato de alumbrado público, Ingecaribe Ltda., a través de su representante legal, señor Jaime Orlando Forero Mayorga:

1- Acta de conciliación 001 del año 2000, del 13 de diciembre de 2000, por concepto de recaudo, energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante los meses de septiembre y octubre de 2000 (f. 41, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 57’601.409

Valor energía alumbrado público: $ 24’830.295

Valor mantenimiento $ 442.395,40

Total $ 57’601.409 $ 25’272.690,40

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 32’328.718,60 los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

2- Acta de conciliación 002 del año 2000, del 27 de diciembre de 2000, por concepto de recaudo, energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante el mes de noviembre de 2000 (f. 44, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 31’768.011

Valor energía alumbrado público: $ 13’027.374

Total $ 31’768.011 $ 13’027.374

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 18.740.637.oo los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

3- Acta de conciliación 001 del año 2001, del 18 de enero de 2001, por concepto de recaudo, energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante el mes de diciembre de 2000 (f. 47, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 29’949.457

Valor energía alumbrado público: $ 11’517.049

Servicio facturación y recaudo: $ 6’066.712

IVA $ 910.008

Retefuente venta bienes $ 606.671

Total $ 30’556.128 $ 18’493.769

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 12.062.359.oo los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

4- Acta de conciliación 002 del año 2001, del 15 de marzo de 2001, por concepto de recaudo, energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante el mes de enero de 2001 (f. 49, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 31’636.658

Valor energía alumbrado público: $ 11’900.951

Servicio de facturación y recaudo: $ 1’658.818

IVA por facturación y recaudo: $ 265.411

Total $ 31’636.658 $ 13’825.180

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 17’811.478.oo, los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

5- Acta de conciliación 004 del año 2001, del 23 de abril de 2001, por concepto de recaudo y energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante el mes de marzo de 2001 (f. 52, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 31’321.360

Valor energía alumbrado público: $ 11’195.663

Servicio facturación y recaudo 5%: $ 3’094.941

IVA por facturación y recaudo: $ 495.191

Retefuente venta bienes: $ 704.784

Total $ 32’026.144 $ 14’785.795

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 17.240.349.oo los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

6-Acta de conciliación 005 del año 2001, del 24 de mayo de 2001, por concepto de recaudo y energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante el mes de abril de 2001 (f. 55, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 28’328.044

Valor energía alumbrado público: $ 12’546.804

Servicio facturación y recaudo 5%: $ 1’521.715

IVA por facturación y recaudo: $ 243.474

Retefuente venta bienes: $ 167.389

Total $ 28’495.433 $ 14’311.993

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 14.183.440.oo los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

7- Acta de conciliación 006 del año 2001, del 27 de junio de 2001, por concepto de recaudo y energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante el mes de mayo de 2001 (f. 58, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 30’323.639

Valor energía alumbrado público: $ 11’719.463

Servicio facturación y recaudo 5%: $ 1’146.890

IVA por facturación y recaudo: $ 183.502

Ajuste considerado $ 481.860

Retefuente venta bienes: $ 126.158

Total $ 30’931.657 $ 13’049.855

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 17.881.802.oo los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

8- Acta de conciliación 007 del año 2001, del 24 de julio de 2001, por concepto de recaudo y energía del alumbrado público, y otros conceptos registrados durante el mes de junio de 2001 (f. 62, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 20’357.968

Valor energía alumbrado público: $ 12’173.072

Servicio facturación y recaudo 5%: $ 987.478

IVA por facturación y recaudo: $ 157.996

Retefuente venta bienes: $ 108.623

Total $ 20’466.591 $ 13’318.546

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 7’148.045.oo los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

9- Acta de conciliación 008 del año 2001, del 22 de agosto de 2001, por concepto de recaudo y energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante el mes de julio de 2001 (f. 66, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 20’454.992

Valor energía alumbrado público: $ 11’721.330

Servicio facturación y recaudo 5%: $ 1’037.978

IVA por facturación y recaudo: $ 166.076

Retefuente reversa movimiento año 2001: $ 1’272.834

Total $ 20’454.992 $ 13’318.546

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 6’256.774.oo los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

10- Acta de conciliación 009 del año 2001, del 25 de septiembre de 2001, por concepto de recaudo y energía del alumbrado público y otros conceptos registrados durante el mes de agosto de 2001 (f. 69, c. 11):

Recaudo por impuesto de alumbrado público: $ 20’317.479

Valor energía alumbrado público: $ 12’530.257

Servicio facturación y recaudo 5%: $ 1’053.853

IVA por facturación y recaudo: $ 168.616

Total $ 20’317.479 $ 13’752.726

*“El saldo a favor del Municipio de Barbosa y a cargo de la Empresa ESSA ESP., asciende a la suma de $ 6’564.753.oo los cuales serán consignados en la cuenta única del Contrato de Fiducia Mercantil de administración y pagos celebrado entre la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A. y Helm Trust S.A. (…)”.*

25) El Alcalde Municipal de Barbosa, Departamento de Santander, expidió la Resolución No. 015 del 1º de febrero de 2002[[12]](#footnote-12), por medio de la cual declaró terminado el contrato de concesión del servicio de alumbrado público del municipio, suscrito con la firma Ingeniería de Servicios Públicos S.A., ordenó proceder a su liquidación, decidió designar para la prestación del servicio de alumbrado público de manera provisional a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Barbosa ESBARBOSA E.S.P., y ordenar a la Electrificadora de Santander que dejara todos los dineros que por concepto de alumbrado público tuviera en su poder en esa fecha y con posterioridad a la misma, a disposición de la Tesorería del Municipio de Barbosa. En las consideraciones del acto administrativo, luego de dar cuenta de la adjudicación en licitación pública y de la celebración del respectivo contrato el 15 de agosto de 2000, se consignó como justificación de la decisión lo siguiente (f. 5, c. 1):

*(…) – Que con posterioridad a la firma del contrato el concesionario ha venido solicitando el pago de unas cuantiosas cuentas de cobro que exceden la capacidad presupuestal del Municipio y lesionan gravemente el interés público.*

*- Que en las cláusulas décima séptima y vigésima del contrato de concesión se pactó expresamente la terminación unilateral, sus efectos y el procedimiento[[13]](#footnote-13).*

*- Que la Contraloría del Departamento ha puesto en entredicho y ha cuestionado gravemente la legalidad del proceso licitatorio y posterior selección y adjudicación del contrato de concesión referido iniciando apertura de proceso de responsabilidad fiscal número 00017, mediante Resolución del 9 de noviembre de 2001, contra JOSÉ ELBERTO CUADRADO TORRES, Alcalde Municipal de Barbosa, CARLOS HERNÁN RUBIO SOTO, Gerente y representante legal de la firma INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. y contra JAIME ORLANDO FORERO MAYORGA representante legal de INGECARIBE LTDA.*

*- Que el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá D.C., ordenó el embargo y retención hasta un límite de doscientos cuarenta millones de pesos ($240.000.000) a la firma concesionaria del alumbrado público del Municipio de Barbosa, INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., afectando gravemente el cumplimiento del contrato.*

26) El 11 de marzo de 2002, la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., envió comunicación al Alcalde Municipal de Barbosa, con la cual le remitió el cuadro de cantidades de obra ejecutadas por la concesionaria del alumbrado público en el período comprendido entre el 1º de septiembre de 2000 y el 28 de febrero de 2002, para que aquel aprobara las cantidades de obra relacionadas, que coincidían con la certificación dada al contratista por la interventoría, y así realizar su cuantificación económica, para efectos de dar cumplimiento a la liquidación del contrato, contemplada en la Resolución 015 de 2002 (f. 84 a 93, c. 11).

27) El 20 de junio de 2002, el concesionario envió comunicación al Alcalde Municipal de Barbosa en la que le informa que ha estado pendiente de sus instrucciones para llevar a cabo la liquidación del contrato ordenada en el acto de terminación unilateral, la cual, a pesar de haber transcurrido los 4 meses establecidos en el referido acto y en la Ley 80 de 1993, no se había producido. Por lo tanto, le adjuntó cuenta de cobro por los servicios y suministros proporcionados por la firma durante la ejecución de las funciones de concesionario del alumbrado, con las cantidades de obra certificadas por el interventor del contrato (f. 94, c. 11).

28) Mediante oficio del 12 de julio de 2002, la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A. le manifestó al Alcalde Municipal de Barbosa que la entidad había incumplido con su obligación de liquidar el contrato –en asocio con el contratista o unilateralmente- dentro de un periodo máximo de 4 meses contados a partir la fecha de expedición del acto de terminación unilateral –febrero 1 de 2002-. Y además, que la cuenta de cobro radicada ante esa entidad el 24 de junio de 2002, por $ 392’537.017, correspondía al valor de la obra ejecutada y liquidada hasta febrero 28 de ese año, se fundamentaba en la propuesta presentada por el concesionario y aceptada por el municipio en el proceso licitatorio para la adjudicación de la concesión, el reporte de cantidades de obra elaborado por la interventoría designada por el municipio y la aceptación de esas mismas cantidades por la misma administración, al producirse el silencio administrativo frente a la comunicación enviada por el contratista en marzo 20 de 2002 (f. 33, c. 11).

29) Mediante Resolución No. 0135 del 23 de septiembre de 2002, el Alcalde de Barbosa liquidó unilateralmente el contrato de concesión de alumbrado público municipal celebrado con Ingeniería de Servicios Públicos S.A.[[14]](#footnote-14). En el acto administrativo, la entidad resolvió (f. 196, c. Anexo 1):

***ARTÍCULO PRIMERO:*** *Liquidar en forma unilateral el contrato de concesión de alumbrado público, con la firma INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A.*

***ARTÍCULO SEGUNDO:*** *Tomar como base para la liquidación, las cantidades, elementos y servicios proporcionados por el concesionario en la cuenta de cobro radicada el 24 de Junio de 2002 y a precios comerciales del presente año en aras de mantener el equilibrio económico de la siguiente forma: (…)[[15]](#footnote-15).*

***ARTÍCULO TERCERO.*** *INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., recibió la suma de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($177.935.424.60) y según la liquidación unilateral, realmente se le debió cancelar la suma de CIENTO QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE ($ 115.802.996.00), existiendo una diferencia de SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON SESENTA CENTAVOS M/CTE ($ 62.134.428.60), a favor del Municipio de Barbosa.*

***ARTÍCULO CUARTO.*** *Ordenar a INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., reintegrar al Municipio de Barbosa la suma de SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON SESENTA CENTAVOS M/CTE ($ 62.134.428.60).*

30) El 29 de diciembre de 2003, el Municipio de Barbosa y la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., suscribieron un convenio mediante el cual esta última se comprometió a prestar el servicio de alumbrado público al municipio, con las siguientes obligaciones: a) suministro de la energía eléctrica, b) liquidación y facturación del impuesto de alumbrado público a los usuarios de energía eléctrica en el municipio, c) el recaudo del impuesto, y d) el mantenimiento, la repotenciación, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público, en los términos pactados en dicho contrato (f. 243, c. 4).

31) Obra oficio del 26 de agosto de 2004, dirigido al Tribunal Administrativo de Santander por Helm Trust S.A., en el cual le informó sobre los recursos puestos a disposición del Fideicomiso por la Alcaldía de Barbosa, a través del ente recaudador designado, es decir, la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., fueron los siguientes (f. 237, c. 4):

**FECHA RECURSOS RECIBIDOS**

Sep. 2000 -

Oct. 2000 -

Nov. 2000 -

Dic. 2000 32.328.718,60

Ene. 2001 -

Feb. 2001 30.802.996.oo

Mar. 2001 -

Abr. 2001 45.528.547.oo

May. 2001 17.240.349.oo

Jun. 2001 14.183.440.oo

Jul. 2001 17.881.802.oo

Ago. 2001 7.148.045.oo

Sep. 2001 6.256.774.oo

Oct. 2001 6.564.753.oo

Nov. 2001 -

Dic. 2001 -

Ene. 2002 -

**TOTAL $ 177.935.424.60**

Informó que el Fondo de Reserva, cuyo porcentaje se había establecido en el 6.5%, se provisionó en diciembre de 2000, fecha en la que ingresaron los primeros recursos al fideicomiso, pero que luego, por instrucciones del fideicomitente, Ingeniería de Servicios Públicos S.A., se acordó que el Fondo se conformaría únicamente por el 1.5% y por ello, los recursos del Fondo de Reserva fueron los siguientes:

**FECHA RECURSOS RECIBIDOS**

Sep. 2000 -

Oct. 2000 -

Nov. 2000 -

Dic. 2000 2.101.366,oo

Ene. 2001 -

Feb. 2001 470.000.oo

Mar. 2001 -

Abr. 2001 682.928.21

May. 2001 -

Jun. 2001 -

Jul. 2001 268.227.oo

Ago. 2001 107.222.18

Sep. 2001 93.851.61

Oct. 2001 829.100.11

Nov. 2001 -

Dic. 2001 -

Ene. 2002 -

**TOTAL RECURSOS $ 4.552.695.11**

32) La Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., el 31 de agosto de 2004, envió respuesta al requerimiento del Tribunal Administrativo de Santander, en la cual dio cuenta de la relación de los valores recaudados ese año por concepto de Alumbrado Público, e informó que los dineros a favor del municipio fueron consignados en la cuenta de la Fiducia HELM TRUST S.A., anexando cuadro con los valores y las tarifas aplicadas en el año 2004 (f. 269 a 271, c. 4):

*RECAUDO POR IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO*

*MUNICIPIO DE BARBOSA (600)*

|  |  |
| --- | --- |
| ***MES*** | ***2004*** |
| *ENERO* | *31.560.990* |
| *FEBRERO* | *25.481.923* |
| *MARZO* | *38.400.318* |
| *ABRIL* | *29.482.685* |
| *MAYO* | *31.170.626* |
| *JUNIO* | *34.950.377* |
| *JULIO* | *31.026.262* |
| *(…)* |  |
| *TOTAL* | *222.073.181* |

33) El Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, envió constancia al Tribunal Administrativo de Santander sobre el proceso ejecutivo No. 2001-0293, demandante: Luz Marina Hoyos Gómez, demandado: Ingeniería de Servicios Públicos S.A., en el cual se libró mandamiento de pago en contra del demandado, por las sumas contenidas en los cheques K3751289 por $ 10’000.000 y K3751290 por $ 40’000.000; por incumplimiento del acuerdo conciliatorio llevado a cabo[[16]](#footnote-16); se reanudó la actuación y mediante auto del 4 de junio de 2003 se abrió el proceso a pruebas. Mediante autos del 12 y 27 de julio y del 16 de octubre de 2001, se decretaron medidas cautelares, cristalizándose el secuestro de bienes muebles de propiedad de la demandada –no especifica cuáles-, y el embargo de la razón social de la misma (f. 272, c. 4).

34) En el certificado de existencia y representación de la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 4 de marzo de 2002, consta (f. 2, c. 4):

*Que por oficio No. 1502 del 19 de julio de 2001 inscrito el 31 de julio de 2001 bajo el No. 63207 del Libro VIII, el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, comunicó que en el proceso ejecutivo No. 2001-0293 de Luz Marina Hoyos Gómez, contra Ingeniería de Servicios Públicos S.A., se decretó el embargo de la razón social de la sociedad de la referencia, estableciendo como límite de la medida la suma de $80.000.000.00.*

35) Obra en el plenario el dictamen pericial que ordenó el Tribunal *a-quo* y que fuera solicitado por la parte actora para que *“con base en la totalidad de la actuación administrativa que reposa en las oficinas de la Alcaldía de Barbosa y en las demás entidades involucradas en el contrato, como la Electrificadora de Santander y la entidad fiduciaria, determinen el monto de los perjuicios sufridos por mi representada con ocasión de la terminación intempestiva y unilateral del contrato por parte de la demandada”* (f. 86, c. 4)*.* El dictamen fue rendido por un ingeniero eléctrico el 22 de octubre de 2004, y en él consignó el siguiente cuadro explicativo de los perjuicios que calculó, en un monto de $ 2.517’013.772 (f. 273 a 279, c. 4):

***VALORACIÓN DEL PERJUICIO-PROCESO DE TERMINACIÓN UNILATERAL DE LA CONCESIÓN DE ALUMBRADO PÚBLICO EN BARBOSA (SANTANDER)***

***CUADRO 1. PRINCIPAL***

***Utilidades del mes 23 al 240 (a febrero 28 de 2002) $566.441.122,31***

***Utilidades de la repotenciación (14 meses) $ 15.319.755,11***

***SUBTOTAL******$581.760.877,42***

*Disminución patrimonial $331.520.000,00*

*Daños y perjuicios a la imagen de ISP (Base Patrimonial) $165.760.000,00*

*Valores dejados de cancelar durante el transcurso*

*del contrato (a feb. 28/02) $367.186.295,36*

***SUBTOTAL $1.446.227.172,79***

*Intereses de mora causados a octubre de 2004* ***$ 1.070.786.598,73***

***TOTAL (Ajustado al peso) $2.517.013.772,00***

El perito explicó que en el cuadro calculó “*el valor resultante del valor presente neto (a* *febrero de 2002) de las utilidades dejadas de percibir por el contratista desde la culminación unilateral del contrato”*; en cuanto a la repotenciación, tuvo en cuenta los 14 meses en los que la misma no se desarrolló, de los 36 previstos, y usó esa proporción sobre el valor total de $ 39’393.656, de la cotización del contratista.

Para la disminución patrimonial, tomó el dato de la misma propuesta, específicamente del certificado de Cámara de Comercio, en el que se especifica un valor de patrimonio neto de $ 281’520.000 y un activo corriente de $ 50’000.000, para un valor total de $ 331’520.000, explicando que *“se asume una disminución total del patrimonio en libros de la empresa debido a su situación financiera actual, de acuerdo a lo expresado por la parte demandante”* (la Sala subraya)*.*

Manifestó que *“Los daños y perjuicios de $165.760.000,oo se calcularon con base en una afectación correspondiente al 50% de la base patrimonial, considerando que la empresa con la experiencia certificada del contrato, podría acceder a unas posibilidades mínimas de contratación del 50% del valor de acuerdo con las costumbres y normatividad contractual vigentes”.*

A continuación plasmó en un cuadro la relación de los saldos dejados de percibir por el contratista *“de acuerdo con información suministrada por ISP[[17]](#footnote-17), mes a mes durante la ejecución del contrato”* (subraya la Sala), lo que arrojó como resultado que el concesionario dejó de recibir en el año 2000, $ 52’409.589; en el 2001, $ 238’473.412 y en el 2002, $ 45’657.163, valores que fueron llevados a otro cuadro, de saldos por cancelar, en donde se trajeron a valor presente, y dieron un total de $ 367’186.295,36.

El auxiliar de la justicia también calculó los intereses de mora, para lo cual tuvo en cuenta, mes a mes durante 30 meses, las resoluciones que establecieron el interés bancario corriente y en consecuencia, el interés moratorio máximo, teniendo en cuenta que no puede exceder de 1,5 veces del anterior.Y acotó que *“Treinta (30) meses corresponden a 2,5 años. El interés moratorio promedio anual es de 29,62%. Mediante estos valores se calcula un valor de mora de $ 1.070’786.598,73. Al sumar estos valores y ajustar al peso se obtiene el valor final de $ 2.517’013.772, tal como se indicó al inicio”[[18]](#footnote-18).*

**El problema jurídico**

Teniendo en cuenta los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y los hechos probados, deberá la Sala establecer i) si el acto administrativo demandado por medio del cual el Alcalde del Municipio de Barbosa terminó unilateralmente el contrato de concesión del servicio de alumbrado público es ilegal y ii) de concluir que sí lo fue, cuáles son las consecuencias de su anulación.

**Cuestión previa**

Al efectuar el estudio del material probatorio obrante en el plenario, la Sala encontró, como ya se dijo –hecho probado 29-, que en el expediente reposa la Resolución 0135 del 23 de septiembre de 2002 proferida por el Alcalde del Municipio de Barbosa, *“Por medio de la cual se liquida unilateralmente el contrato de concesión de alumbrado público del municipio de Barbosa Santander”,* acto administrativo que no fue demandado en el *sub-lite.*

Esa resolución de liquidación unilateral fue remitida al Tribunal Administrativo de Santander en virtud de la solicitud que éste le hizo al Municipio de Barbosa, de enviar todos los antecedentes administrativos relacionados con el contrato de concesión de alumbrado público celebrado con la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., en auto del 25 de junio de 2003 (f. 97, c. 4), y en cumplimiento de lo ordenado en el auto de pruebas del 9 de julio de 2004 (f. 223, c. 4), en el que se ordenó oficiar a la Alcaldía de Barbosa para que remitiera copia auténtica del expediente contentivo de la totalidad de la actuación administrativa que se adelantó con relación al contrato, su terminación, *“(…) y demás actuaciones conexas, incluyendo toda la correspondencia anterior y posterior a la celebración del contrato”,* oficio que fue efectivamente remitido al municipio (f. 227, c. 4)*.*

En el expediente obra la comunicación del 21 de agosto de 2004, por medio de la cual el alcalde del Municipio de Barbosa, en cumplimiento de lo ordenado, remitió al Tribunal *a-quo* la documentación solicitada, entre la cual se halla, precisamente, la *“Liquidación unilateral de contrato de concesión de alumbrado público (…)”* (f. 262, c. 4).

Tal circunstancia, en principio, conduciría a un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, en la medida en que, siendo el corte final de cuentas del negocio jurídico objeto de la controversia, contenido en un acto administrativo, resultaría indispensable desvirtuar la presunción de legalidad de la que se halla investido, para poder analizar las pretensiones que giran en torno a la ejecución y terminación del contrato de concesión de alumbrado público allí liquidado.

No obstante, tal y como lo ha manifestado la Sala, *“(…) esa exigencia sólo resulta procedente en aquellos eventos en los cuales el contratista fue debidamente notificado y tuvo conocimiento de la existencia del acto de liquidación unilateral del contrato, antes de la presentación de la demanda, o del vencimiento del término para su reforma. Porque de lo contrario, ese acto administrativo le es inoponible, lo que significa que será admisible la demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales, que en tales circunstancias, se presente sin su impugnación”[[19]](#footnote-19).*

Se advierte que, en el presente caso, dicha resolución fue proferida el 23 de septiembre de 2002, es decir con posterioridad a la presentación de la demanda, que se produjo el 9 de julio de 2002, pero antes de que se le notificara el auto admisorio de la misma a la entidad demandada, lo cual sucedió el 8 de septiembre de 2003. En tales condiciones, se puede afirmar que la entidad conservaba la competencia para decidir como lo hizo, en tanto aún no estaba formalmente informada de la existencia del proceso y, por lo tanto, el acto administrativo se presume válido.

No obstante, la Sala encuentra que esa decisión administrativa, si bien está investida de la presunción de legalidad, resulta ineficaz, puesto que no le es oponible al administrado que es su destinatario, esto es, al contratista del negocio jurídico objeto de la liquidación unilateral, en tanto no consta que la notificación de la misma, se haya producido en debida forma.

En efecto, la Resolución 0135 de 2002 no fue notificada personalmente a la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., sino mediante edicto, que, según se lee allí mismo, fue fijado en lugar visible de la Alcaldía de Barbosa el 8 de octubre de 2002, *“por no haber sido posible la notificación personal del representante legal de la firma INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A.”.*

Al respecto, se observa que de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del C.C.A:

*“Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará* ***por correo certificado*** *una citación (…)”* a la dirección que se tenga en la entidad. Y añade la norma, que *“****La constancia del envío de la citación se anexará al expediente.*** *El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto”* (La Sala resalta).

Y el artículo 45 *ibídem,* que regula la notificación de los actos administrativos por edicto, establece que:

*“Si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días* ***del envío de la citación,*** *se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia”* (Las negrillas son de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que, para que una entidad pueda omitir el deber de notificar personalmente una decisión administrativa de carácter particular y concreto a su destinatario, y acudir en su lugar a efectuarla mediante edicto, se requiere que aquella diligencia haya sido imposible para la entidad, porque a pesar de haber enviado la citación por correo certificado, no pudo conseguir la comparecencia del administrado a quien se le debe notificar la decisión.

En el presente caso, tal y como se registró en los hechos probados –pie de página 14-, el Alcalde del Municipio de Barbosa, luego de terminado el contrato, envió comunicación al representante legal de la sociedad concesionaria citándolo para liquidar de común acuerdo el contrato; y que, según registró en acta suscrita por varios funcionarios de la entidad, aquel no se hizo presente. Esto, unido a la profusa correspondencia cruzada entre las partes a lo largo de la relación contractual, resulta demostrativo de que el contratista era perfectamente ubicable para la entidad, quien, sin embargo, afirmó que no fue posible citar a su representante legal para notificarle personalmente el acto administrativo de liquidación unilateral.

Aparte de lo anterior, la Sala no halló en el plenario prueba alguna de que la entidad demandada hubiera enviado por correo certificado la referida citación, ni el resultado de dicho envío, por lo que, en realidad, no hay prueba de la aducida imposibilidad de llevar a cabo la notificación personal del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato de concesión de alumbrado público.

El artículo 48 del CCA, dice:

*“Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación* ***ni producirá efectos legales la decisión,*** *a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales”* (Las negrillas son de la Sala)*.*

Esta disposición alude a la eficacia del acto administrativo, el cual, una vez es proferido, si bien está investido de la presunción de legalidad como atributo predicable de todas las decisiones de esta naturaleza, para que cobre eficacia, esto es, para que pueda producir los efectos que está llamado a producir, tiene que ser puesto en conocimiento de su destinatario, en la forma indicada por la ley, porque de lo contrario, aún siendo legal, no se puede ejecutar ni se le puede exigir su cumplimiento al administrado.

Expedido el acto administrativo, surge la obligación de ponerlo en conocimiento de la comunidad, o personalmente al interesado, para satisfacer la exigencia constitucional y legal de **publicidad (**Art. 209 Constitución Política y 3º código contencioso administrativo; actualmente, art. 3º de la Ley 1437 de 2011).

Son las formas o medios legales de llevar al conocimiento de los interesados, los actos administrativos. Son de tres clases: **publicación, comunicación y notificación**  y están reguladas en los artículos 43 a 48 del código contencioso administrativo (actualmente, los artículos 65 a 73, C.PA.C.A). Su pretermisión no produce la invalidación del acto, pero afecta su **eficacia y oponibilidad.**

El acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de derecho objetivo, o creador de situaciones jurídicas particulares y concretas, por ello, el conocimiento por parte de los administrados en sus efectos, es requisito  **sine qua non**  para su eficacia. Dicho en otras palabras, la correcta notificación del acto administrativo, si bien no constituye un elemento de su validez, sí es un requisito de eficacia del mismo:

*“La falta de notificación o la notificación irregular de los actos administrativos, fenómenos que tienen efectos equivalentes según lo preceptuaba el Decreto Extraordinario Nº 2733 de 1959 y no lo dispone hoy el Decreto Extraordinario Nº 01 de 1984, no es causal de nulidad de los mismos; en efecto,* ***dicha notificación es necesaria****, cuando así lo señala la ley (y lo hace para todos los actos administrativos de contenido particular que hayan culminado una actuación administrativa),* ***como una condición de su eficacia****; es decir en tanto* ***constituye una de las etapas del procedimiento que tiene por objeto dar firmeza a la decisión administrativa, la cual —a su turno— es requisito necesario para su ejecución válida****. En otros términos la notificación del acto administrativo no dice relación con su validez jurídica la cual no sufre variación por el hecho de que se haya cumplido con la obligación de notificarlo legalmente o se haya prescindido de dicha diligencia; el acto administrativo que nació viciado no se sanará porque, con posterioridad, se notifique legalmente; y al revés, el acto que nace válido no pierde validez porque se deje de notificar o porque la notificación sea irregular.*

*Es una simple aplicación del principio según el cual el examen de validez jurídica de los actos administrativos que hace el contralor jurisdiccional se debe efectuar, por regla general, en el momento de su nacimiento, de modo que las circunstancias posteriores no afectan una situación inicial”[[20]](#footnote-20)* (negrillas fuera de texto).

En consecuencia, la falta de notificación del acto administrativo, lo hace inoponible a su destinatario, razón por la cual se considera que, en el presente caso, al no estar probada, no se le puede exigir al demandante que también hubiera demandado un acto administrativo, respecto del cual no hay certeza de que conociera de su existencia.

En tales condiciones, no se puede afirmar que la demanda fue inepta por no haber incluido la impugnación del acto de liquidación unilateral del contrato, y resulta procedente el análisis de fondo de las pretensiones.

**El servicio de alumbrado público**

Lo primero que cabe advertir, al emprender el estudio de las pretensiones de la demanda y el recurso de apelación que hoy ocupan a la Sala, es que el negocio jurídico materia de la presente controversia, corresponde a un contrato de concesión celebrado por un municipio (Barbosa-Santander) para la prestación del servicio de alumbrado público.

Al respecto, se observa que de tiempo atrás, el legislador ha contemplado el deber a cargo del Estado de velar por la satisfacción de esta necesidad de las comunidades y de otorgarles a los municipios, entidades llamadas en primer lugar a responder por su prestación, los recursos necesarios para sufragar los gastos derivados de dicho servicio público.

Como antecedente, se tiene que la Ley 97 de 1913, le otorgó al Concejo Municipal de Bogotá la facultad de crear el impuesto sobre el servicio de alumbrado público –literal d) del artículo 1º-, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional[[21]](#footnote-21), y que, posteriormente, mediante la Ley 84 de 1915, esa facultad fue extendida a todos los demás concejos municipales.

En la jurisprudencia de esta Corporación se ha considerado que el tributo que se cobra por concepto de alumbrado público es un impuesto, dado que corresponde a un servicio del que “*gozan todos los habitantes de una jurisdicción territorial, quieran o no acceder al mismo; que****se genera por la mera prestación del servicio;****que se cobra indiscriminadamente a todos sus beneficiarios; y que el contribuyente puede o no beneficiarse con el servicio de acuerdo con las condiciones en que se preste, sin que pueda derivarse una relación directa entre el tributo cobrado y el beneficio al que se accede habitual o esporádicamente”[[22]](#footnote-22).*

El servicio de alumbrado público ha estado, pues, a cargo de los municipios, que, constitucional y legalmente autorizados para ello, han establecido el cobro del referido impuesto, para efectos de acometer la prestación del mismo, ya sea directamente, o a través de la contratación de un tercero, tal y como lo autoriza la ley.

En efecto, de un lado está la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación de las entidades estatales[[23]](#footnote-23), al que se encuentran sometidas también las territoriales[[24]](#footnote-24), la cual dispone que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran para el cumplimiento de los fines estatales –art. 40-, y que en su artículo 32 establece que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, define la norma, entre ellos, el de concesión, en los siguientes términos:

*4º. Contrato de Concesión.*

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

No obstante, se observa también que poco tiempo después, el legislador expidió la ley de energía eléctrica, esto es, la Ley 143 de 1994, ***“por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”,* normatividad que reguló de manera específica, en su capítulo XI, el contrato de concesión a celebrarse en esta clase de actividades.**

**Es así como dispuso que *“(m)ediante*** *el contrato de concesión, la Nación, el departamento, el municipio o distrito competente podrán confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad a una persona jurídica privada o pública o a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente”* **–art. 55-.**

**La ley determinó que el contrato de concesión debía establecer claramente, entre otros, las condiciones de prestación del servicio, la forma y condiciones de** remuneración para el concesionario, que se definirán teniendo en cuenta el servicio concedido, la duración y prórroga, la obligatoriedad de prestar el servicio a quien lo solicite en el caso de la interconexión, transmisión y distribución, las condiciones de sustitución por parte del concedente para asegurar la continuidad y regularidad del servicio, las causales de terminación anticipada, las indemnizaciones, las causales para declarar la caducidad y los efectos de la misma, las sanciones por incumplimiento, la liquidación de bienes y las normas aplicables al contrato –artículo 58-.

Observa la Sala que, en cuanto a las disposiciones de la Ley 143 de 1994, el contrato de concesión al que alude, se refiere específicamente, como toda la regulación contenida en ese estatuto, a las *actividades del sector,* señaladas en el artículo 1º de la referida ley: actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, ninguna de las cuales corresponde al servicio de mantenimiento y expansión del alumbrado público de los municipios.

No obstante, la Corte Constitucional ha considerado que el de alumbrado público, si bien no es un servicio domiciliario, tiene conexidad con el de energía eléctrica:

*Si 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,[[25]](#footnote-25) a más de la destinación de los mismos, como se vio anteriormente[[26]](#footnote-26).*

**La Comisión de Regulación de Energía y Gas, reglamentó la prestación del servicio de alumbrado público a través de la Resolución CREG 043 de 1995**[[27]](#footnote-27)**, *“****Por la cual se regula 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”.* En el artículo 1º, definió este servicio como aquel  *“(…) 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”*.

Dispuso la resolución, que el suministro de energía eléctrica para este servicio es responsabilidad de la empresa distribuidora o comercializadora con quien el municipio lo acuerde, mediante convenios o contratos celebrados con tal finalidad;pero la responsabilidad por el mantenimiento de los postes, redes, transformadores exclusivos para alumbrado público, luminarias y demás elementos destinados para la prestación del servicio de alumbrado público, es del municipio, que es la entidad competente para prestar el servicio dentro del perímetro urbano y el área rural comprendidos en su jurisdicción, debiendo propender por su expansión –art. 2º-. Esta misma norma dispone que “*El municipio podrá realizar el mantenimiento y la expansión por su propia cuenta o mediante convenio o contrato celebrado con la misma empresa de servicios públicos que le suministre la energía eléctrica o con cualquier otra persona natural o jurídica que acredite idoneidad y experiencia en la realización de dichas labores. En todo caso, dichas actividades se cumplirán con sujeción a la normalización técnica aplicable”*. Al respecto, en el artículo 8º de la Resolución CREG 043 de 1995, se dispuso:

***Artículo 8º. Contrato de suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público.***

*Con sujeción a las normas que lo rigen, el municipio podrá celebrar convenios o contratos para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público. Los contratos deberán contener, como mínimo, los siguientes aspectos:*

***8.1. Suministro:***

*1. Objeto*

*2. Obligaciones y deberes de las partes contratantes (condiciones especiales del suministro).*

*3. Estado actual del servicio (inventario de luminarias).*

*4. Forma de lectura y estimación del consumo (de acuerdo con lo establecido en la presente resolución).*

*5. Tarifas del suministro (la cual debe corresponder a la determinada por la entidad competente).*

*6. Períodos de facturación.*

*7. Forma de pago.*

*8. Intereses moratorios.*

*9. Causales de revisión del convenio.*

*10. Causales de terminación anticipada.*

*11. Duración del contrato.*

***8.2. Mantenimiento:***

*1. Objeto.*

*2. Obligaciones y deberes de las partes contratantes (condiciones especiales del mantenimiento).*

*3. Estado actual del servicio (inventario de luminarias).*

*4. Modalidad y periodicidad del mantenimiento.*

*5. Valor del servicio del mantenimiento.*

*6. Metodología para su cálculo.*

*7. Facturación.*

*8. Forma de pago.*

*9. Causales de revisión del convenio.*

*10. Causales de terminación anticipada.*

*11. Duración del contrato.*

***8.3. Expansión:***

*1. Objeto*

*2. Obligaciones y deberes de las partes contratantes (condiciones especiales de la expansión, alcances).*

*3. Estado actual del servicio (inventario de luminarias)*

*4. Modalidad y periodicidad de la expansión.*

*5. Valor del servicio de la expansión.*

*6. Metodología para su cálculo.*

*7. Facturación.*

*8. Forma de pago.*

*9. Causales de revisión del convenio.*

*10. Causales de terminación anticipada.*

*11. Duración del contrato*

*Las actividades de que trata el presente artículo podrían ser desarrolladas por uno o varios contratistas, a juicio de la entidad contratante. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta el principio de eficiencia, que procura una correcta utilización y asignación de los recursos disponibles*.

**Por su parte, el artículo 9º estableció que los municipios son responsables del pago del suministro, mantenimiento y expansión del servicio, indicando que aquellos pueden celebrar convenios con las empresas de servicios públicos** con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los usuarios, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras. Se indicó que en tales convenios se estipularían la forma de manejo y administración de dichos recursos por parte de las empresas de servicios públicos, las cuales no asumirían obligaciones por manejo de cartera, y que, en todo caso, el municipio les debía cancelar la totalidad de la deuda por el servicio de alumbrado público, dentro de los períodos señalados para tal fin. En el parágrafo 2º de la norma, se dispuso que *“El municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento”*.

Mediante Resolución No. 81132 del 3 de junio de 1996[[28]](#footnote-28), el Ministerio de Minas y Energía reglamentó el otorgamiento de los contratos de concesión para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público, y estableció que los municipios podrán, previa autorización de los concejos, otorgar contratos para el suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público; que el concesionario tendría, entre otras, las siguientes obligaciones: i) cumplir con los códigos de distribución y operación del sistema eléctrico nacional; ii) comprometerse a cumplir un cronograma de cobertura, el cual se incluirá en el respectivo contrato de concesión; y iii) elaborar y ejecutar un plan de expansión de cobertura por medio de circuitos nuevos y un plan de modernización y mejoramiento de la eficiencia energética de los circuitos existentes que serán presentados y aprobados por el INEA, para lo cual se fijaría un plazo dentro del contrato para cumplir con esta obligación; también dispuso el acto administrativo, que el concesionario podría acceder a una línea de crédito blando y de largo plazo con la Financiera Eléctrica Nacional FEN, para ejecutar los planes de modernización de circuitos existentes y de instalación de nuevos circuitos, cuando tales planes fueran aprobados por el INEA y el manejo de los recursos se realizara a través de un contrato de fiducia, con el fin de garantizar el cumplimiento del objetivo propuesto.

De acuerdo con la anterior enunciación normativa, para la Sala no cabe duda de que el contrato de concesión celebrado para la prestación del servicio de alumbrado público por parte del Municipio de Barbosa, se rigió por las normas de la Ley 80 de 1993, en todo aquello no regulado expresamente por las normas específicas del sector eléctrico, tal y como al respecto lo ha reconocido la jurisprudencia[[29]](#footnote-29):

*Ahora, tal y como lo señala la CREG, el régimen aplicable a los contratos de concesión del servicio de alumbrado público es la Ley 80 de 1993[[30]](#footnote-30), por cuanto una de las partes contratantes es un ente territorial: el municipio o distrito, sujeto a 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[[31]](#footnote-31) respectivas[[32]](#footnote-32).*

*Ese vínculo que puede establecerse entre el municipio, como entidad responsable del servicio, y un tercero contratista es “una típica relación de ‘colaboración’, en el entendido que…obra como un verdadero colaborador en su prestación y no como una simple contraparte”[[33]](#footnote-33).*

Y dado que se trató de un contrato celebrado por una entidad territorial, como lo es el referido municipio, se sometía a las facultades excepcionales consagradas en el artículo 14 del estatuto de contratación estatal, toda vez que no corresponde a ninguna de las exclusiones contempladas por esta norma[[34]](#footnote-34).

**La terminación unilateral del contrato**

El artículo 17 de la Ley 80 de 1993, dispone:

***&$******ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.*** *La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:*

*1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*

*2o. <Aparte subrayado del numeral 2o. CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Por muerte o incapacidad física permanente[[35]](#footnote-35) del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

*3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.*

*4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

*Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.*

*La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.*

En relación con esta facultad excepcional de terminación unilateral, observa la Sala que la norma en cuestión recogió una serie de circunstancias atinentes al contratista que en el anterior estatuto de contratación administrativa, Decreto-Ley 222 de 1983, estaban contempladas como causales de caducidad del contrato[[36]](#footnote-36), a pesar de que no involucraban una conducta contractualmente reprochable por parte del contratista, es decir, que no constituían por sí solas un incumplimiento de las obligaciones contraídas por aquel a través del negocio jurídico respectivo.

El estatuto de contratación estatal, Ley 80 de 1993, decidió reservar la declaratoria de caducidad exclusivamente para aquellos eventos de incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista –art.18-, y consagró en el artículo 17 la figura de la terminación unilateral para esas otras circunstancias que, de manera indirecta, pueden afectar la ejecución del contrato, para permitir a las entidades la finalización unilateral y anticipada de esa relación negocial, con miras a buscar la adecuada ejecución del objeto contractual bien sea directamente o a través de una nueva contratación.

Es decir que esta facultad de terminación unilateral del contrato, tiene *“… el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos …* *y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación …”* de los mismos, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 80, al consagrar las facultades excepcionales que pueden ser utilizadas por las entidades estatales en sus contratos.

Es claro entonces, que la terminación unilateral del contrato no fue concebida como una sanción al contratista, por cuanto los hechos que dan lugar a esta decisión no están fundados en una conducta contractualmente reprochable y sólo resulta posible, si se configura alguna de las causales expresamente establecidas en la norma.

Como lo ha sostenido la Sala, “*Cada vez que un organismo o entidad estatal ejerce la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, debe proceder al reconocimiento y pago de las compensaciones “… e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial” (artículo 14, numeral 1, inciso 2, Ley 80). Lo anterior pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos no comporta ninguna sanción y, por tanto, tampoco genera inhabilidad alguna para el contratista afectado (contrario a lo que sucede con la caducidad)”[[37]](#footnote-37).*

En el presente caso, la entidad demandada terminó unilateralmente el contrato de concesión de alumbrado público celebrado con la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A. –hecho probado 25-, fundada en los siguientes argumentos:

*– Que con posterioridad a la firma del contrato el concesionario ha venido solicitando el pago de unas cuantiosas cuentas de cobro que exceden la capacidad presupuestal del Municipio y lesionan gravemente el interés público.*

*- Que la Contraloría del Departamento ha puesto en entredicho y ha cuestionado gravemente la legalidad del proceso licitatorio y posterior selección y adjudicación del contrato de concesión referido iniciando apertura de proceso de responsabilidad fiscal número 00017, mediante Resolución del 9 de noviembre de 2001, contra JOSÉ ELBERTO CUADRADO TORRES, Alcalde Municipal de Barbosa, CARLOS HERNÁN RUBIO SOTO, Gerente y representante legal de la firma INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. y contra JAIME ORLANDO FORERO MAYORGA representante legal de INGECARIBE LTDA.*

*- Que el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá D.C., ordenó el embargo y retención hasta un límite de doscientos cuarenta millones de pesos ($240.000.000) a la firma concesionaria del alumbrado público del Municipio de Barbosa, INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., afectando gravemente el cumplimiento del contrato.*

Aparte de relacionar los hechos que justificaron la decisión administrativa, la entidad estatal no especificó las causales de terminación unilateral del contrato que, a su juicio, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, se habían configurado.

Al analizar cada una de las razones esgrimidas en el acto administrativo acusado, se advierte que sólo la última de ellas –haber sido embargado el contratista- está contemplada en la ley como causal de terminación unilateral del contrato, en determinadas circunstancias, como se verá más adelante.

**Las dos primeras circunstancias alegadas**

Dado que las demás causales del artículo 17 se refieren a la muerte o incapacidad física permanente del contratista persona natural, a la disolución del contratista persona jurídica, a la interdicción judicial, declaración de quiebra o cesación de pagos, concurso de acreedores o embargo del contratista, en relación con los hechos consistentes en que i) el contratista presentó cuantiosas cuentas de cobro que excedían la capacidad presupuestal del municipio y lesionaban gravemente el interés público, y ii) que la Contraloría Departamental inició un proceso de responsabilidad fiscal con ocasión de la adjudicación y celebración del contrato de concesión, sólo podrían esgrimirse a la luz de la primera causal de terminación unilateral: *cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*

Esta causal de terminación unilateral, enlistada en el numeral 1º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, corresponde a aquellos eventos en los cuales a pesar de que al momento de su celebración, el contrato era necesario y se justificaba su ejecución, por circunstancias que se presentan con posterioridad a su firma, y que resultan ajenas al contratista, se torna inconveniente o contrario al interés general y lo hacen inadecuado para cumplir sus fines, por lo que se impone su terminación. Es decir, que se produce un cambio en la situación de hecho existente al momento de celebración del contrato, que justifica su extinción.

Tal es el caso que se presenta, en palabras de la doctrina, cuando *“(…) se produce una modificación tan profunda en los motivos de hecho determinantes del convenio, que la Administración se ve obligada a revocarlo por haber desaparecido la necesidad pública que satisfacía o porque nuevas exigencias públicas lo imponen. En la primera hipótesis, el contrato se revoca por carecer de causa; en la segunda, por haberse cumplido la condición que determina la extinción de todo contrato administrativo, es decir, la incompatibilidad entre su vigencia y las necesidades públicas colectivas afectadas por su ejecución”[[38]](#footnote-38).* Ello sucede, por ejemplo, en los contratos de concesión de servicios públicos, cuando el progreso técnico hace obsoleta la forma de prestación contratada.

Es claro, entonces, que la terminación unilateral del contrato en tales circunstancias, obedece a razones de buena administración y a la más correcta satisfacción del interés general, que prima sobre el particular, por lo que procede, aún a costa del relativo sacrificio del contratista, toda vez que, si bien no podrá seguir ejecutando el contrato del que pensaba derivar unas justas ganancias, la misma norma que establece la facultad en cabeza de la administración, le ordena tomar las medidas necesarias para resarcirlo en sus derechos.

Son esas razones las que justifican una decisión de terminación unilateral, por lo que se requiere, para que la decisión sea válidamente tomada, que se reúnan los siguientes condicionamientos:

1) Debe tratarse de un hecho que se produzca con posterioridad a la celebración del contrato. Por lo tanto, la administración no puede acudir a esa decisión de terminación unilateral para solventar situaciones anteriores o concomitantes al surgimiento del contrato, y que han debido ser previstas, porque razonablemente lo eran.

2) Que el hecho no sea imputable al contratista. Es decir, que la terminación unilateral no puede ser utilizada como una sanción frente al incumplimiento contractual, para el cual la ley ha concebido otras soluciones, como la declaratoria de caducidad del contrato.

3) Que el hecho, objetivamente, dificulte la mejor satisfacción del interés público: *“El mero cambio de criterio para juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de un contrato, no es valedero. Para que pueda admitirse la revocación por tales causas, es menester que existan fundamentos objetivos que permitan valorar el cambio de las condiciones bajo las cuales fue celebrado y que obsten o dificulten la mejor satisfacción del interés público”.[[39]](#footnote-39)*

De acuerdo con lo anterior, es claro que la terminación unilateral del contrato no fue concebida por el legislador como una herramienta puesta a disposición de la administración, para que ella la utilice cuando un determinado contrato, por cualquier razón, le resulte incómodo, si la razón que la motiva es ajena a las exigencias del servicio público y no proviene de una circunstancia presentada con posterioridad a la celebración del respectivo contrato.

En el *sub-lite,* el Alcalde Municipal de Barbosa adujo la inconveniencia del contrato, que, a su juicio, lesionaba gravemente el interés público, porque el contratista había presentado unas cuantiosas cuentas de cobro, que excedían la capacidad presupuestal del municipio.

Lo primero que cabe advertir frente a esta justificación dada por el municipio en el acto administrativo demandado, es que el cobro de sumas de dinero que un contratista haga a la entidad contratante, por sí sólo, no puede ser considerado sin más como una circunstancia que haga inconveniente la ejecución del contrato y que por lo tanto, justifique su terminación unilateral; pues si tal reclamación tiene su fundamento en obligaciones contractualmente adquiridas por la entidad estatal, ella está en el deber de cumplirlas y no puede eludirlas, mediante el expediente de recurrir a la terminación unilateral del contrato. *Contrario sensu,* si considera que las reclamaciones económicas que le hace su contratista no tienen fundamento contractual, bastará con que se niegue su reconocimiento. O si se trata de circunstancias que afectan la ecuación contractual, bien sea en contra del contratista o de la misma administración, habrá lugar a tomar las medidas que sean necesarias en aras de restablecer el equilibrio económico del contrato, en la forma autorizada por la ley, para garantizar su continuidad.

En el presente caso, se observa que, tal y como se probó en el plenario, el concesionario, el 21 de octubre de 2001, presentó al Municipio de Barbosa una cuenta de cobro por valor de $ 298’629.286, por concepto de saldos insolutos mensuales hasta el 30 de septiembre del mismo año, más intereses de mora por éstos y por los retrasos en los pagos parciales realizados –hecho probado 18-.

También consta que, después de terminado el contrato, el concesionario presentó a la entidad, para ser tenida en cuenta en la liquidación final, una cuenta de cobro por $392’537.017, correspondientes al valor de la obra ejecutada y liquidada hasta febrero 28 de 2002 –hecho probado 28-.

Está probado que el Alcalde Municipal de Barbosa, el 10 de agosto de 2001, le pidió a la Contraloría Departamental adelantar una investigación del contrato y sus antecedentes, ya que el concesionario le había pasado al municipio una cuenta de cobro por valor de $ 121’037.338, en 6 meses de trabajo –hecho probado 15-.

Y también consta que la Personería Municipal de Barbosa, en el informe que presentó sobre el contrato de concesión celebrado con Ingeniería de Servicios Públicos S.A., dio cuenta de la deuda que, para junio de 2001, tenía el municipio con el concesionario, por valor de $ 159’875.487, advirtiendo que el recaudo mensual en ese momento no alcanzaba para cubrir ese déficit, a pesar de lo cual, consideró que el contratista estaba obteniendo beneficios más allá de los razonables y justos, debiendo asumir el municipio dicho pago, lo que era injusto para la entidad, pues el servicio era pésimo –hecho probado 23-.

Luego, es cierto que el concesionario le pasó cuentas de cobro al municipio, que el Alcalde consideró excesivas. No obstante, resulta necesario analizar las razones por las cuales el contratista estaba haciendo estas reclamaciones económicas, para determinar si las mismas obedecían o no a lo pactado en el contrato.

Sobre este aspecto, lo primero que cabe advertir es que en el negocio jurídico se pactó como valor fiscal del mismo, la suma de $ 631’677.275, que era el costo de la inversión que debía efectuar el concesionario para el cambio a la tecnología de sodio –cláusula séptima-, que correspondía a la etapa de repotenciación a la que aludió el pliego de condiciones y que, según la oferta, sería llevada a cabo en los primeros 3 años de ejecución del contrato –hecho probado 6-.

Por otra parte, también se acordó en el contrato que el servicio de alumbrado público a cargo del concesionario -que implicaba, además de la repotenciación, el costo del suministro de energía eléctrica, que debía ser cancelado a la Electrificadora de Santander, el valor de la administración, los costos del mantenimiento mensual, la reparación de los elementos que presentaran fallas y la expansión del servicio de alumbrado-, le sería pagado con los recursos obtenidos del impuesto de alumbrado público a cargo de los usuarios del servicio; impuesto que era recaudado por la empresa de energía eléctrica, en virtud de convenio con el municipio, que adquirió el compromiso de transferir al concesionario –a través de la empresa fiduciaria designada por éste para tal fin- el total de lo recaudado por tal concepto, quedando de cargo del contratista los pagos del consumo mensual de energía eléctrica, los pagos a los proveedores, el descuento del porcentaje correspondiente al pago del contrato de interventoría, etc.; se acordó que de lo recaudado se le entregaría al concesionario el 93.5% para estos fines y para su propia remuneración, y que el 6.5% restante, se destinaría al Fondo de Reservas y a las cuentas de difícil cobro –cláusula octava del contrato, hecho probado 8-.

Pero así mismo, consta que las partes acordaron en el contrato que en caso de que el monto de los recaudos no fuere suficiente para cubrir la retribución del concesionario, el municipio debía restablecer el equilibrio financiero del contrato, para lo cual se contemplaron diferentes mecanismos: a) Mediante la transferencia a favor del concesionario, de los montos acumulados en el ente fiduciario, del Fondo de Reservas y de los dineros recibidos históricamente de las cuentas consideradas de difícil cobro; b) con los recursos propios del municipio, haciendo incremento tarifario; c) por previo acuerdo económico aceptado por las partes o, en último caso, d) mediante la ampliación del plazo de la concesión.

Y lo cierto es que, en cumplimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones, el concesionario, en su oferta, aceptada por la entidad concedente, hizo sus proyecciones financieras sobre la base de un ingreso mensual mínimo por concepto de impuesto de alumbrado, de $ 42’353.959 –hecho probado 6-, circunstancia que no se produjo durante el tiempo de ejecución del contrato y hasta su terminación unilateral por parte del Municipio de Barbosa, el 1º de febrero de 2002 –hecho probado 25-.

En efecto, tal y como se pudo constatar en el plenario, al menos en los meses de septiembre a diciembre de 2000 y de enero a agosto de 2001, los recursos recaudados mensualmente, por concepto del servicio de alumbrado público, no ascendieron nunca a la suma de $ 42’353.959, lo que se tradujo en que, luego de cancelado el valor del consumo de energía para el alumbrado público y otros descuentos de la electrificadora, le fueran girados al concesionario, a través de la fiduciaria, los siguientes montos: 32’328.718,60, por los meses de septiembre y octubre de 2000; $ 18.740.637.oo, por el mes de noviembre de 2000; $ 12.062.359.oo, por el mes de diciembre de 2000; $ 17’811.478.oo, por el mes de enero de 2001; $ 17.240.349.oo, por el mes de marzo de 2001; $ 14.183.440.oo, por el mes de abril de 2001; $ 17.881.802.oo, por el mes de mayo de 2001; $ 7’148.045.oo, por el mes de junio de 2001; $ 6’256.774.oo, por el mes de julio de 2001 y $ 6’564.753.oo, por el mes de agosto de 2001 –hecho probado 24-, es decir que en el primer año de ejecución del contrato de concesión, según registró el interventor, se hicieron recaudos por valor de $ 338’581.079, se pagó el suministro de energía por valor de $ 142’133.133 y se giró a la fiducia la suma de $ 177’935.424 –hecho probado 17-.

Y no se puede perder de vista que, de esos recursos, tenían que salir los gastos mensuales de operación y mantenimiento, que el concesionario calculó en $17.261.366 –cláusula séptima del contrato-, el porcentaje (7%) correspondiente al pago del contrato de interventoría –hecho probado 9-, y el pago de los servicios de la fiduciaria por su gestión de administración y pagos, que ascendía al equivalente de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes –hecho probado 13-.

Se probó así mismo en el plenario, que el concesionario, en desarrollo del programa de mantenimiento de la infraestructura del alumbrado público municipal, en el primer año de ejecución contractual, efectuó 1145 normalizaciones de luminarias que se encontraban apagadas en diversos sectores, según informe de interventoría –hecho probado 17-.

Por otra parte, está acreditado que el Concejo Municipal de Barbosa, con posterioridad a la celebración del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público con la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., bajó la tarifa del impuesto de alumbrado público de un 21% del valor del consumo domiciliario de energía, a un 14% del mismo, a través del Acuerdo 002 del 29 de enero de 2001 –hecho probado 14-.

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que los ingresos que se estaban generando por concepto del impuesto de alumbrado público fueron inferiores a los que tuvo en cuenta el concesionario al estructurar su oferta y, según afirmó, no eran suficientes ni siquiera para cubrir todos los gastos generados por la ejecución del contrato de concesión, lo que motivó al contratista a presentar la reclamación económica al municipio, con fundamento en lo estipulado en la cláusula octava del contrato. Por lo que no queda duda alguna de que la actuación del contratista, se dio dentro del marco de los derechos y obligaciones acordados en el negocio jurídico.

Ahora bien, la Sala advierte que la inconformidad de la entidad contratante así como la manifestada por la Personería Municipal de Barbosa en el informe que presentó, y en el que le sugirió a la entidad territorial tomar medidas en relación con el contrato –hecho probado 23-, radica en el hecho de que el municipio tuviera que efectuar pagos por concepto de los costos del contrato de alumbrado público, es decir, que no fuera suficiente con los montos provenientes del recaudo del impuesto de alumbrado público destinados a ese fin, sino que además el municipio tuviera que afectar su presupuesto en favor del concesionario, para garantizarle un ingreso mínimo destinado a la prestación del servicio y a su remuneración.

La molestia de la administración municipal con esta situación, se evidenció así mismo, en la solicitud que el Alcalde de Barbosa le presentó a la Contraloría Departamental, para que investigara los antecedentes de celebración del contrato de concesión de alumbrado público celebrado con la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., y el estado actual de ejecución del mismo, por cuanto, a su juicio, le estaba causando graves lesiones fiscales al municipio –hechos probados 15, 16 y 21-.

Pero lo cierto es que la estructuración económica del contrato, desde el mismo pliego de condiciones –hecho probado 5- y atendiendo a la recomendación del consultor que en su momento se contrató para ello –hechos probados 2 y 3-, contempló el deber del municipio de garantizar unos ingresos mínimos para la ejecución de la prestación del servicio de alumbrado público, de acuerdo con las proyecciones que el contratista efectuó en su oferta –hecho probado 6-.

El hecho de que, con posterioridad, la entidad contratante concluyera que el valor y la forma de pago acordados no serían compatibles con sus intereses, o no resultaban convenientes para sus finanzas, o carecían de soporte presupuestal para su reconocimiento, no la habilitaba para terminar unilateralmente el contrato, con fundamento en lo dispuesto por el numeral primero del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, puesto que no se trataba de una circunstancia que se hubiera presentado con posterioridad a la celebración del contrato, que hiciera inconveniente su ejecución, de cara a las exigencias del servicio público, como tampoco constituía una situación de orden público que impusiera su terminación.

**La investigación fiscal**

Otro de los argumentos que se esgrimió en el acto administrativo demandado para justificar la terminación unilateral del contrato de alumbrado público, fue el de que la Contraloría Departamental había puesto en entredicho y había cuestionado la legalidad del proceso licitatorio y del contrato mismo, y que había abierto un proceso de responsabilidad fiscal contra el anterior Alcalde Municipal, contra el representante legal de la sociedad concesionaria y contra el representante legal de la interventora.

Al respecto, tal y como se constató en los hechos probados, la Contraloría Departamental, por solicitud del Alcalde Municipal de Barbosa, efectuó varias visitas tendientes a constatar el estado de ejecución del contrato, la documentación sobre el mismo, así como verificar la existencia de equipos y elementos en poder del concesionario, necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones –hecho probado 16-.

Aparte de lo anterior, que quedó plasmado en las respectivas actas de visita, en las que ningún juicio de valor se hizo, en el plenario sólo obra un proyecto de acto administrativo, que no aparece suscrito por funcionario alguno responsable, mediante el cual, supuestamente, la Contraloría Departamental de Santander decidió abrir una investigación fiscal con ocasión de la celebración del contrato de concesión del alumbrado público del Municipio de Barbosa –hecho probado 21-.

Es decir que ni siquiera existe certeza en el proceso de que, efectivamente, tal actuación de la Contraloría Departamental se hubiera concluido, y mucho menos consta la decisión que, en tal caso, hubiera culminado la supuesta investigación fiscal, deduciendo la existencia de un detrimento patrimonial del Estado, por cuenta del contrato de concesión cuestionado.

En tales condiciones, la Sala considera que el argumento expuesto en el acto administrativo y fundado en la existencia de esta investigación, resulta insuficiente para dar sustento a la decisión de terminar unilateralmente el contrato de concesión, no sólo porque no aparece debidamente acreditado, sino porque la responsabilidad fiscal de quienes administran recursos públicos, no se traduce en la facultad de la entidad contratante de dar por terminado el respectivo contrato, si no se comprueba, además, que resulta necesaria dicha terminación, por exigencias del servicio público o por la situación de orden público.

**El embargo judicial del contratista**

Finalmente, tal y como lo anunció la Sala, de las razones dadas por la entidad para justificar la terminación unilateral del contrato, la única que está expresamente contemplada en la norma que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza, es la consistente en el embargo judicial de que fue objeto la sociedad concesionaria, puesto que, como se vio, expresamente así lo consagra el numeral 4º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993[[40]](#footnote-40).

En el *sub-lite,* está debidamente acreditado que el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, en proceso ejecutivo No. 2001-0293 adelantado por la señora Luz Marina Hoyos Gómez en contra de la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., libró mandamiento de pago en contra del demandado, por las sumas contenidas en los cheques K3751289 por $ 10’000.000 y K3751290 por $ 40’000.000, y que según informó ese juzgado al Tribunal Administrativo de Santander, mediante autos del 12 y 27 de julio y del 16 de octubre de 2001, dentro del proceso ejecutivo en cuestión, se decretaron medidas cautelares, cristalizándose el secuestro de bienes muebles de propiedad de la demandada (no especifica cuáles), y el embargo de la razón social de la misma –hecho probado 33-.

La certificación enviada por el juzgado al Tribunal Administrativo no da cuenta del monto del embargo ordenado, no obstante lo cual, sí consta en el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada en el proceso ejecutivo, y expedido por la Cámara de Comercio respectiva, que se inscribió el oficio remitido por el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, en el que se comunica el embargo de la razón social de Ingeniería de Servicios Públicos S.A., estableciendo como límite de la medida, la suma de $ 80’000.000 –hecho probado 34-.

En relación con el embargo de la razón social, que corresponde al nombre comercial[[41]](#footnote-41) de la empresa concesionaria, observa la Sala que la misma, como bien incorporal o intangible que hace parte de sus activos, es susceptible de valoración económica, y les confiere a sus titulares la posibilidad de proteger su uso y ejercer las acciones conducentes para impedir que otros lo hagan, así como para reclamar la indemnización de perjuicios que por tal causa se ocasionen.

Por lo tanto, la razón social es susceptible de ser embargada, lo que significa que, como todo bien objeto de una medida cautelar de esta naturaleza, queda temporalmente por fuera del comercio, y ello implica que no es posible transferirlo o gravarlo a cualquier título. No obstante, dicha medida no impide que la sociedad como tal, siga adelantando sus actividades normalmente, en el ámbito de su objeto social, para lo cual puede celebrar y ejecutar los actos y contratos que sean requeridos. Por otra parte, el embargo de la razón social no implica el embargo de los otros bienes y derechos de la respectiva sociedad, pues como ya se dijo, es sólo un activo más de ésta, por lo que aquellos no quedarán comprendidos en los efectos de la medida.

De acuerdo con lo anterior, lo que está claro es que el monto del embargo judicial que se conoce en el plenario, fue el de $ 80’000.000 que consta en el referido certificado de existencia y representación de la sociedad demandante.

Al respecto, la Sala considera que, para la configuración de la causal de terminación unilateral del contrato en estudio, resulta insuficiente acreditar la existencia de un embargo judicial cualquiera del que hubiera sido objeto el contratista, puesto que la norma es clara al establecer, además, como requisito para ello, que la cesación de pagos, el concurso de acreedores o el embargo judicial a los que se refiere, deben ser un hecho que *“afecte de manera grave el cumplimiento del contrato”,* lo que podría pasar si, por ejemplo, el embargo recae sobre los elementos y equipos destinados al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o sobre los medios financieros dispuestos por el contratista para la ejecución de las prestaciones a su cargo, y siempre que ello conduzca a la afectación de la ejecución contractual, pues el embargo de un bien que no esté directamente destinado a la misma, no podría impedir, en principio, la consecución del objeto del contrato.

Es necesario entonces, que se afecte la capacidad operativa y/o financiera del contratista a raíz de la medida cautelar, en una medida tal, que se vea imposibilitado para realizar las labores propias de su condición de contratista de la administración. O dicho en otras palabras, resulta necesario probar que la medida cautelar repercutió negativamente en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, en tal forma, que hubiera puesto en riesgo la correcta ejecución del contrato y la prestación del servicio público a su cargo.

Es decir que, si bien la terminación unilateral por incapacidad financiera del contratista no es una decisión encaminada a sancionarlo por incumplido, lo cierto es que la ejecución de las obligaciones a su cargo sí debe verse afectada, para que se pueda configurar la causal de terminación unilateral en cuestión, y eso tiene que estar debidamente probado.

Al respecto, incluso la doctrina ha considerado:

*La Ley 80 de 1993 establece dos modalidades de terminación unilateral del contrato estatal por incapacidad financiera: en primer lugar, el artículo 17.4* ibídem, *señala que la terminación unilateral del contrato procede por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales, eventos que se enmarcan dentro de la situación genérica de incapacidad financiera del contratista. Sin embargo no es suficiente que se presente uno de estos supuestos para declarar la extinción de la relación jurídica, sino que es necesario también que se configure un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. En efecto, la ley exige que los problemas económicos del particular que colabora en la gestión contractual,* afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, *lo que necesariamente se traduce en un incumplimiento contractual[[42]](#footnote-42).*

Ahora bien, en el presente caso, observa la Sala que del acervo probatorio allegado al plenario no se deduce ni se infiere una consecuencia como la descrita en el tipo legal, esto es, que por cuenta del embargo judicial del que fue objeto el concesionario, la ejecución de las obligaciones a su cargo se hubiera visto impactada negativamente, a tal punto que se hubiera puesto en peligro la prestación del servicio de alumbrado público a su cargo.

Al respecto, se recuerda que las labores de repotenciación a cargo del concesionario –que debían realizarse durante los primeros 3 años del contrato-, de acuerdo con lo anunciado en el pliego de condiciones –hecho probado 5-, implicaban el cambio de las luminarias incandescentes y de mercurio por luminarias de sodio. En el mismo pliego se indicó que debían cambiarse, inmediatamente se perfeccionara el contrato, 1958 luminarias –entre bombillas, faroles y reflectores de distinta potencia-.

El contrato se suscribió el 15 de agosto de 2000 –hecho probado 8- y según el informe de interventoría sobre el primer año de ejecución del contrato, presentado el 30 de septiembre de 2001 –hecho probado 17- (es decir 4 meses antes de la terminación unilateral del contrato), durante ese lapso se habían realizado 1145 normalizaciones de luminarias por parte del concesionario, cuando aún quedaban otros 2 años para culminar la etapa de repotenciación.

Por otra parte, en la visita que adelantó la Contraloría Departamental de Santander a las instalaciones del concesionario, se pudo constatar la existencia de materiales nuevos con los que contaba el concesionario para la repotenciación, mantenimiento y cambio del alumbrado público –hecho probado 16.2-, así como de los materiales que habían sido objeto de cambio –hecho probado 16.3-.

Ahora bien, no se desconoce que al proceso se allegaron múltiples comunicaciones que los vecinos de distintos sectores del Municipio de Barbosa hicieron llegar a sus autoridades, en las que se solicitaba mejorar el servicio de alumbrado público, se reportaban daños en las luminarias, se quejaban de la mala iluminación, etc. –hecho probado 19-, situación que, a juicio de la Sala, no es suficiente para deducir que la ejecución del contrato de concesión se estuviera viendo impactada negativamente con ocasión del embargo judicial del que fue objeto la sociedad titular del mismo.

Lo que sí no puede pasarse por alto, es que el concesionario no contó con los recursos presupuestados al momento de proponer y de contratar; de un lado, porque los recaudos por concepto del impuesto de alumbrado público fueron inferiores a los que calculó en su oferta –hecho probado 24-, y por otro lado, porque el Municipio de Barbosa, después de celebrado el contrato de concesión, procedió a rebajar dicho impuesto, del 21% al 14% -hecho probado 14-, circunstancias que, sin lugar a dudas, sí debieron impactar la ejecución del contrato.

**Conclusiones**

Por las anteriores razones, la Sala considera que no se probó en el plenario la configuración de la causal de terminación unilateral del contrato establecida en el numeral 4º del artículo 17 de la Ley 80 de 1993, por cuanto si bien se probó la existencia de un embargo judicial que recayó sobre la sociedad demandante dentro de un proceso ejecutivo adelantado en su contra por un tercero, no se acreditó que tal medida cautelar hubiera afectado de manera grave el cumplimiento del contrato, tal y como lo exige la referida norma.

De conformidad con los hechos probados en el proceso, la Sala considera que le asiste razón al demandante cuando afirma que el acto administrativo impugnado es ilegal, por cuanto fue proferido con fundamento en una serie de circunstancias que no se adecúan a las taxativas causales que contempla la ley para que las entidades estatales puedan ejercer la facultad excepcional de terminación unilateral del contrato.

No existió una exigencia del servicio público que requiriera de la terminación del contrato ni una situación de orden público que la impusiera, como tampoco se acreditó que el embargo judicial que pesaba sobre el concesionario, hubiera afectado de manera grave el cumplimiento del contrato.

En consecuencia, resulta procedente la declaratoria de nulidad de la Resolución 015 del 1º de febrero de 2002, y en tal sentido lo decidirá la Sala.

**Los perjuicios**

En relación con las consecuencias indemnizatorias de la declaratoria de nulidad del acto de terminación unilateral del contrato, se observa que, tal y como se enunció -hecho probado 35-, a solicitud del demandante, para acreditar el monto de los perjuicios sufridos con ocasión de la decisión ilegal de la administración, en el plenario se practicó un dictamen pericial por parte de un ingeniero, respecto del cual no se pidió aclaración alguna ni fue objetado por error grave, lo que podría conducir a pensar que la condena debe corresponder a lo establecido en dicha experticia.

No obstante, la Sala considera que al juez le corresponde constatar que el dictamen no sólo sea claro, preciso y detallado, sino que además contenga los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones –num. 6º, art. 237, C.P.C.-, por cuanto la ley le ordena que, al apreciar el dictamen, debe tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia del perito y los demás elementos probatorios que obren en el proceso –art. 241, *ibídem-.*

Lo anterior significa que el hecho de que el dictamen pericial no hubiera sido objetado por error grave, no impide su valoración por parte del juez, quien deberá determinar la certeza que el mismo le brinde en relación con sus conclusiones, luego de analizarlo conjuntamente con el resto del acervo probatorio obrante en el plenario.

En el presente caso, se advierte que el auxiliar de la justicia incluyó en sus cálculos algunos rubros que, aparte de su consignación en el dictamen, carecen de prueba en relación con su existencia, pues no obra ningún elemento de juicio adicional, aportado por las partes o por el mismo perito, que dé cuenta de los mismos, razón por la cual no procede su reconocimiento:

Es así como en el informe del perito, se hizo referencia a la *disminución patrimonial* sufrida por la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., que calculó en un monto de $ 331’520.000, para lo cual tuvo en cuenta *“lo expresado por la parte demandante”,* es decir que se atuvo, para efectos de incluir este monto como perjuicio sufrido por la parte actora, a lo que esta misma le manifestó, sin aportar ninguna prueba en relación con la existencia del supuesto perjuicio. En consecuencia, considera la Sala que este rubro no puede ser aceptado como existente y debidamente acreditado en el proceso, cuando sólo se funda en la afirmación de la parte interesada.

Lo mismo se puede predicar en relación con los *“ (…) daños y perjuicios de $165.760.000,oo”,* que según el perito *“(…) se calcularon con base en una afectación correspondiente al 50% de la base patrimonial, considerando que la empresa con la experiencia certificada del contrato, podría acceder a unas posibilidades mínimas de contratación del 50% del valor de acuerdo con las costumbres y normatividad contractual vigentes”,* toda vez que no se trata de un perjuicio cierto sino de uno eventual, respecto del cual tampoco se aportaron elementos de juicio adicionales que permitieran admitir la existencia de un perjuicio cierto, aunque futuro,lo que lleva a la Sala a desestimar su inclusión en el cálculo de la condena que se debe proferir a favor de la parte actora.

Tampoco hay lugar a reconocer el monto que, por concepto de los saldos dejados de percibir por el contratista, calculó el auxiliar de la justicia, toda vez que para ello, se fundó, nuevamente y en forma exclusiva, en el dicho de la parte demandante –*“información suministrada por ISP”-,* sin tener en cuenta, además, que el concesionario tenía la obligación contractual de asumir los costos de ejecución del contrato, con miras a recuperarlos a través del tiempo, con la obtención de las utilidades calculadas, y de acuerdo con el esquema financiero de la concesión, que él mismo propuso y la entidad concedente aceptó. Por lo que para la obtención de estas últimas, que también hacen parte del dictamen pericial, debía afrontar tales costos. En consecuencia, no hay lugar a reconocimiento alguno por este concepto.

Con relación a los intereses de mora, observa la Sala que la obligación de pago a cargo de la entidad demandada, a título de indemnización de perjuicios, en el presente caso, surge con ocasión de la sentencia mediante la cual se estableció la ilegalidad de la decisión administrativa de terminación unilateral del contrato y que declarará la nulidad del acto administrativo demandado, razón por la cual no hay lugar a condenar al pago de tales intereses.

Como consecuencia de lo anterior, el monto de los perjuicios a reconocer a favor del demandante está constituido por las utilidades dejadas de percibir, calculadas a la fecha del dictamen, toda vez que para su determinación, el perito tuvo en cuenta el flujo financiero proyectado por el concesionario, en el que se incluyeron las utilidades esperadas mes a mes, las cuales, así mismo, fueron objeto de la correspondiente deflactación, con fundamento en el índice de inflación calculado por el auxiliar de la justicia. Por lo tanto, el valor presente de las utilidades netas dejadas de percibir será debidamente actualizado a la fecha de esta providencia, con aplicación de la fórmula usualmente utilizada por la jurisprudencia para ello:

Monto de los perjuicios a octubre de 2004: $ 581’760.877,42

Fórmula de actualización:

VA = VH Índice final

Índice inicial

Que se explica así:

VA = Valor actualizado

VH = Valor histórico a actualizar: $ 581’760.877,42

Índice final = índice de precios al consumidor IPC vigente a la fecha de la presente providencia: 101,61

Índice inicial: índice de precios al consumidor IPC vigente para octubre de 2004: 55,66.

VA = 581’760.877,42 101,61

55,66

VA = 1.062’032.388,69

Monto de los perjuicios a reconocer: MIL SESENTA Y DOS MILLONES TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS ($1.062’032.388,69).

Finalmente, advierte la Sala que, el demandante, en la pretensión séptima, solicitó que se declare que hubo falsa motivación y desviación de poder al declarar nulo el contrato, petición que debe ser desestimada, puesto que el contrato en torno del cual gira la controversia, no fue declarado nulo y dicha afirmación resulta errónea.

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 y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

**REVÓCASE** la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 21 de enero de 2010, y en su lugar, se dispone:

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución número 015 del 1º de febrero de 2002, proferida por el Alcalde Municipal de Barbosa (Santander), por medio de la cual se declaró la terminación unilateral del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público en dicho municipio, celebrado con la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A..

**SEGUNDO: CONDÉNASE** al Municipio de Barbosa (Santander) a pagar a favor de la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., la suma MIL SESENTA Y DOS MILLONES TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS ($1.062’032.388,69), a título de indemnización de perjuicios.

**TERCERO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente al Alcalde Municipal el 8 de septiembre de 2003 (f. 100, c. 1); según constancia secretarial, el proceso se fijó en lista por el término de 10 días hábiles a las 8 a.m. del 17 de septiembre de 2003 (f. 100 vto.), los cuales vencieron el 30 de septiembre de 2003 (f. 222, c. 1), mientras que la contestación de la demanda fue presentada el 1º de octubre de 2003 (f. 110, c. 1). [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 129 del C.C.A. modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, establece que el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Por su parte, el artículo 132 del mismo código, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos referentes a contratos de las entidades estatales cuando la cuantía exceda de 500 S.M.L.M., monto que para la época de presentación de la demanda, 9 de julio de 2002, equivalía a $ 154’500.000, pues el salario mínimo legal mensual era de $ 309 000,oo, valor muy inferior a las pretensiones en el presente caso, que ascendieron a la suma de $ 4.354’198.468,oo, por concepto de utilidades dejadas de percibir y a la disminución patrimonial sufrida por el demandante (f. 92, c. 1). [↑](#footnote-ref-2)
3. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. En el presente caso, se tendrán en cuenta los documentos presentados en copias simples, con fundamento en lo dispuesto por la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció su admisibilidad, siempre que no hayan sido objetados o tachados de falsedad o que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas. [↑](#footnote-ref-3)
4. Los documentos que reposan en el cuaderno 5 (Anexo 3), corresponden a los enviados por el Alcalde Municipal de Barbosa, mediante oficio de 21 de agosto de 2004, a petición del Tribunal Administrativo de Santander (f. 227 y 262, c. 4), que solicitó que se enviaran todos los antecedentes administrativos del contrato de alumbrado público y su terminación. Dicho cuaderno 5, tiene varias foliaciones discontinuas. [↑](#footnote-ref-4)
5. En este rubro, el demandante obtuvo 50 puntos. Se consideró en la evaluación que *“El flujo financiero proyectado con la facturación y Recaudo muestran estabilidad económica del proyecto, incluyendo expansiones, operación y Mantenimiento, pago de energía, obligaciones financieras y demás rubros incidentes. Es de señalar positivamente que el recaudo necesario y por ende, las tarifas a los usuarios, solo se incrementarán en el “IPC” mensualmente, lo cual es altamente satisfactorio”* (f. 262, c. 5). [↑](#footnote-ref-5)
6. En este rubro, el demandante obtuvo 20 puntos. Se consideró en la evaluación que *“Los Datos Básicos consignados que le dan soporte al Flujo Financiero muestran consistencia en cada una de las cifras consignadas con las condiciones económicas del proyecto. Las necesidades del municipio al igual que los requerimientos de la Concesión se encuentran perfectamente sintetizados”* (f. 263, c. 5). [↑](#footnote-ref-6)
7. En este rubro, el demandante obtuvo 30 puntos. Se consideró en la evaluación que *“Presenta el oferente explicación satisfactoria a cada una de las partidas analizadas en el Flujo Financiero presentado”* (f. 263, c. 5). [↑](#footnote-ref-7)
8. En este rubro, el demandante obtuvo 60 puntos. Se consideró en la evaluación que *“El Flujo Financiero presentado, muestra la estabilidad del proyecto con utilidades razonables para el Concesionario. Cada una de las cifras consignadas, muestran su alteración histórica y la coherencia con el todo del proyecto”* (f. 263, c. 5). [↑](#footnote-ref-8)
9. En el flujo financiero proyectado, mes a mes, se observa que los egresos por repotenciación, consistentes en el pago a proveedores de luminarias, pago a proveedores de bombillería, pago a proveedores de accesorios de luminarias y pago de montajes, desmontajes y obras adicionales, empiezan en el segundo mes y se extienden hasta el mes 37 (f. 98 a 104, c. 10). [↑](#footnote-ref-9)
10. Este acuerdo había establecido las siguientes tarifas: a) SERVICIO RESIDENCIAL: Se cobrará el 21% del consumo de energía, con destino al pago de alumbrado público; b) SERVICIO COMERCIAL: Se cobrará el 21% del consumo de energía, con destino al pago de alumbrado público y c) SERVICIO INDUSTRIAL: el 21% del consumo de energía, con destino al pago de alumbrado público (f. 145, c. 1). [↑](#footnote-ref-10)
11. Carece de numeración y fecha, y no aparece suscrito por sus autores: abogado investigador y jefe de la Oficina de Procesos de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Santander. [↑](#footnote-ref-11)
12. Esta resolución fue notificada personalmente al representante legal de la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A., el 19 de febrero de 2002 (f. 6 vto., c. 1), quien fue citado mediante correo certificado para tal fin (f. 177 a 179, c. Anexo 1). [↑](#footnote-ref-12)
13. Las referidas cláusulas son del siguiente tenor: *“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: TERMINACIÓN E INTERPRETACIÓN UNILATERALES: Este contrato se rige por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte del Municipio, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993”; “CLÁUSULA VIGÉSIMA: EFECTOS DE LA TERMINACIÓN O CADUCIDAD DEL CONTRATO: Acordada o declarada la terminación del contrato, se procederá a su liquidación por medio de una acta, en la que se harán constar los servicios prestados por el Concesionario con base en los cuales se ordenará por el Municipio el desembolso de las sumas que se le adeuden a aquel”* (f. 292 y 293, c. Anexos 1). [↑](#footnote-ref-13)
14. El acto administrativo, fue expedido con posterioridad a la presentación de la demanda, que se hizo el 9 de julio de 2002, y antes de la notificación del auto admisorio de la demanda a la entidad demandada –que se produjo el 8 de septiembre de 2003, ver pie de página 1-. La Resolución fue notificada mediante edicto fijado en lugar visible de la Alcaldía de Barbosa el 8 de octubre de 2002, *“por no haber sido posible la notificación personal del representante legal de la firma INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A.”.* Obra oficio dirigido por el Alcalde de Barbosa al gerente de la concesionaria el 5 de agosto de 2002, en el cual lo citó para liquidar el contrato de común acuerdo, el día 15 de ese mismo mes. Así mismo, acta del 15 de agosto de 2002, suscrita por varios funcionarios del municipio, en la que se dejó constancia de que el contratista no se hizo presente para la liquidación del contrato, por lo que se decidió dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 80 de 1993 y proceder a la liquidación unilateral del contrato (f. 192, 195 y 199, c. Anexo 1). [↑](#footnote-ref-14)
15. Se incluye un cuadro en el que se relacionan las cantidades y valores de elementos cambiados a luminarias, las luminarias suministradas, los elementos nuevos instalados en el mantenimiento, el fotocontrol y la poda de árboles sobre la red, desde el 1º de septiembre de 2000 hasta el 28 de febrero de 2002, lo que arrojó un valor total de $ 115’802.996. [↑](#footnote-ref-15)
16. En el proceso obra copia del acta de diligencia de audiencia pública de conciliación del el 26 de junio de 2002, en el proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, por Luz Marina Hoyos Gómez contra la sociedad Ingeniería de Servicios Públicos S.A.. En dicha diligencia, se llegó al siguiente acuerdo: *“La parte demandada INGENIERÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., cancelará a la parte demandante señora LUZ MARINA HOYOS GÓMEZ, la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS de la siguiente manera: $4.061.593,48, con tres títulos judiciales que reposan en este Despacho judicial por cuenta de embargos en este proceso, que serán entregados de inmediato a la parte demandante. Y el saldo, o sea la suma de $45.938.406.52, será cancelado en principio con los dineros provenientes del embargo que en contra de la demandada pesa sobre el contrato de prestación de servicios en la Alcaldía de Barbosa (Santander del Sur) y una vez sean puestos a disposición de este Juzgado, serán entregados a la parte demandante. (…) el proceso queda suspendido, hasta un plazo máximo de cuatro meses contados a partir de la fecha (…)”.* (f. 33, c. 4). [↑](#footnote-ref-16)
17. Ingeniería de Servicios Públicos S.A. [↑](#footnote-ref-17)
18. Practicada esta prueba, sin que se hubiera pedido aclaración del dictamen o se hubiera objetado, el Tribunal *a-quo* ordenó correr traslado para alegar de conclusión, providencia contra la cual no se interpuso recurso alguno (f. 291, c. 4). [↑](#footnote-ref-18)
19. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, expediente 37910, C.P. María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 1996, expediente 2431; actor: Turriago Suárez Espinosa Limitada, C.P. Juan de Dios Montes Hernández. [↑](#footnote-ref-20)
21. Con fundamento en que, de acuerdo con los artículos 287, 300-4, 313-4 y 338, de la Constitución Política, las entidades territoriales gozan de autonomía para gestionar sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, y, de acuerdo con ésta, tanto las Asambleas como los Concejos pueden decretar los tributos y los gastos locales. Sentencia C-504 del 3 de julio de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería, en la cual se efectuó un estudio sobre la vigencia de la norma; se concluyó que seguía rigiendo y que a través de la norma impugnada, “*(…) el Legislador autorizó al Concejo Municipal de Bogotá para crear los tributos impugnados, para estructurar el trámite de su cobro y, para fijar con apoyo en su aforo las apropiaciones presupuestales atinentes a la atención de los servicios municipales”*. [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 18330, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. [↑](#footnote-ref-22)
23. *“ARTÍCULO 1o. DEL OBJETO. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. “*&$**ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: // 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios (…)”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. [6] *“El de energía eléctrica es un contrato de servicios públicos “uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados”, en términos del artículo 128 de la Ley 142 de 1994. Por su parte, el de alumbrado público es un contrato donde predomina la libertad de condiciones fijadas de manera conjunta entre las partes”.* [↑](#footnote-ref-25)
26. Corte Constitucional, sentencia C-035 del 30 de enero de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería. [↑](#footnote-ref-26)
27. Vigente para la época de celebración del contrato objeto de la controversia. Con posterioridad, fue expedido el Decreto 2424 del 18 de julio de 2006, *“****por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público”,* cuyo artículo 6º dispuso, sobre el régimen de contratación de este servicio, que *“****Todos los contratos relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público, que celebren los municipios o distritos con los prestadores del mismo, se regirán por las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen”.* Por su parte, el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, estableció: ***“Elementos que se deben cumplir en los contratos estata­les de alumbrado público.*** *Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, con­tener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en* (sic) *el modelo finan­ciero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. Así mismo, tendrán una interventoría idónea. Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público, pues este se regirá por las Leyes 142 y 143 de 1994. La CREG regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. <http://www.creg.gov.co/html/Ncompila/htdocs/Documentos/Energia/docs/resolucion_minminas> \_81132\_1996.htm [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de mayo de 2005, Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00719-02(AP), C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, refiriéndose al contrato de concesión del servicio de alumbrado público: *“Se agrega a lo expuesto que en cuanto el contrato de concesión que ocupa la atención de la Sala se gobernó por el Estatuto de Contratación Estatal, por las razones que más adelante se detallarán, según lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación, la incorporación de estas cláusulas en dicha tipología resulta ajustada, con apoyo en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por tratarse de un contrato de concesión de un servicio público, de acuerdo con los numerales 1 y 2 del referido precepto, en los cuales se dispuso la obligatoriedad de insertar la cláusula excepcional de terminación unilateral, con el propósito de garantizar la continua y adecuada prestación del servicio”.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente 52285, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico*.* [↑](#footnote-ref-29)
30. [28] *“Sobre la naturaleza jurídica de la ley 80 de 1993 ver IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. El ‘Estatuto general de contratación pública’, estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza, en Revista Universitas No. 108, diciembre de 2004, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 119 y ss.”* [↑](#footnote-ref-30)
31. [29] *“Cfr. BERNAL VÉLEZ, Oscar, Naturaleza jurídica y tributaria del servicio de alumbrado público, en Revista Letras Jurídicas, EEPP de Medellín, Vol. 9, No. 1, marzo de 2004, P. 39.”*  [↑](#footnote-ref-31)
32. [30] *“Concepto MME-CREG–E–2003-006662, Respuesta: S – 2004 – 000265, en www.creg.gov.co”.* [↑](#footnote-ref-32)
33. [31] *“RODRÍGUEZ, Jaime Enrique, Aspectos jurídicos del alumbrado público, en V.V.A.A. Regulación eléctrica, estudio jurídico homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, P. 283”.* [↑](#footnote-ref-33)
34. *“&$**ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: // 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. // En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. // Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77286 de esta ley. // 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. // Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. // En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente”. // PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.*  [↑](#footnote-ref-34)
35. Aparte subrayado del numeral 2o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia No. C-454-94296 del 20 de octubre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz, *"... en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista".* [↑](#footnote-ref-35)
36. El artículo 62 del Decreto-Ley 222, establecía: *“****Artículo 62°.******De las causales de caducidad*** *- Como causales de caducidad, además de las especiales, previstas en este estatuto y de las que se tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar las siguientes: // a) La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con los sucesores. // b) Incapacidad física permanente del contratista, certificada por médico legista. // c) La interdicción judicial del contratista. // d) La disolución de la persona jurídica Contratista. // e) La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra, se le abre concurso de acreedores o es intervenido por autoridad competente; igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el contratista ofrece concordato preventivo, se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente. // f) Si a juicio de la entidad contratante, del incumplimiento de las obligaciones del contratista se derivan consecuencias que hagan imposible la ejecución del contrato o se causen perjuicios a dicha entidad”*. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de noviembre de 2017, expediente 39536, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-37)
38. Bercaitz, Miguel Ángel, *“Teoría General de los Contratos Administrativos”,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2 ed., 1980,p. 497. [↑](#footnote-ref-38)
39. Ibídem, p. 501. [↑](#footnote-ref-39)
40. *“****&$ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.*** *La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: // (…) 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato (…)”.*  [↑](#footnote-ref-40)
41. El artículo 583 del C. de Co., establece que *“se entiende por nombre comercial el que designa al empresario como tal”.* [↑](#footnote-ref-41)
42. Escobar Gil, Rodrigo, *“Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”,* Legis Editores S.A., 1ª ed., 1999, p. 378. [↑](#footnote-ref-42)