**CLÁUSULA COMPROMISORIA - Sentencia de unificación - Renuncia tácita**

La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en pronunciamiento proferido en abril de 2013, unificó su postura jurisprudencial en relación con la naturaleza vinculante de la cláusula compromisoria, aspecto en torno al cual estimó que ante la incorporación libre y voluntaria de un acuerdo expreso, en cuya virtud las partes convenían en conferir la competencia y jurisdicción a un tribunal de arbitramento en derecho, para que fuera el órgano encargado de decidir las controversias que pudieran presentarse en punto a la celebración, ejecución y liquidación de los respectivos contratos estatales, tal pacto no podría ser desconocido por las partes a través de la renuncia tácita.

**ACTOS ADMINISTRATIVOS - Control de validez - Acuerdo contractual**

En los eventos en los que se insertara la cláusula compromisoria en el respectivo contrato, la justicia arbitral estaría dotada de facultades para decidir sobre la validez de actos administrativos expedidos con ocasión del acuerdo contractual, siempre que ellos no comportaran el ejercicio de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; de no ser así la justicia institucional mantendría la competencia privativa para conocer del respectivo asunto.

**CONTRATO DE CONCESIÓN – Cláusulas excepcionales** **- Incorporación**

En cuanto el contrato de concesión que ocupa la atención de la Sala se gobernó por el Estatuto de Contratación Estatal, (…) 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.

**PROPONENTES PLURALES - Consorcios y uniones temporales - Capacidad para comparecer al proceso - Legitimación en la causa por activa - Sentencia de Unificación**

La Sala Plena advirtió que si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituían personas jurídicas distintas de las personas naturales o jurídicas que las integraban, en atención al expreso reconocimiento que la ley les otorgaba respecto de su capacidad contractual, aspecto que igualmente los habilitaba para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanaban de los contratos estatales cuya celebración se les autorizaba, también era claro que igual podían actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su respectivo representante.

**PERJUICIOS - Acreditación - Reconocimiento - Circunstancias especiales**

Es menester precisar que al no haberse declarado en primera instancia la nulidad del acto de terminación unilateral del contrato y por contera al no hallarse en controversia ante esta instancia la validez de esa decisión, manteniendo así su presunción de legalidad, la Sala se referirá exclusivamente a los perjuicios que de tal determinación habrían de emanar para el contratista, no obstante que continúa revestida de validez. En este punto es de capital importancia subrayar que si bien el acto de terminación unilateral del contrato en referencia conserva su presunción de legalidad, ello no se erige como obstáculo para que al encontrarse acreditada la causación de los perjuicios deprecados estos sean reconocidos atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso en concreto, debido a que, al margen de la validez del acto por el cual se instrumenta el ejercicio de esa potestad excepcional, la fuente de procedencia de aquellos emana directamente de la Ley, como se profundizará posteriormente.

**DAÑO - Perjuicio - Noción**

Ha de advertirse que la doctrina extranjera ha sostenido que el concepto de daño o perjuicio se vincula a la noción de lesión, menoscabo o agravio al patrimonio, el que, como universalidad intangible, comprende el conjunto de bienes de una persona. También, en materia de daños contractuales, la doctrina ha determinado que “si bien es contingente que, de la frustración del contrato a consecuencia de un comportamiento opuesto a su normal consumación, se siga un daño o perjuicio, ha de partirse que para que haya sentencia de condena no es bastante acreditar la violación del contrato. Será necesario probar, además, la existencia de un daño cierto, aunque su monto se determine posteriormente en la etapa de liquidación”.

**POTESTADES EXCEPCIONALES -** **Terminación unilateral del contrato - Reconocimiento - Pago de indemnizaciones y compensaciones**

De conformidad con el tenor literal del segundo inciso del numeral 1) del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales, entre ellas la de terminación unilateral, se procederá al reconocimiento y orden de pago de las indemnizaciones y compensaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste en las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener el equilibrio inicial. Ese igualmente ha sido el entendimiento que desde la óptica jurisprudencial se ha brindado a las consecuencias derivadas de la instrumentación de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, máxime en aquellos eventos en los cuales su ejercicio se sustenta en la causal prevista en el numeral 1) del artículo 17 de la Ley 80, con arreglo a la cual la terminación procede cuando las razones del servicio lo requieran. (…) Si en esa decisión no media antijuridicidad alguna imputable a la conducta del contratista, como en efecto no debe ocurrir, pues, de ser así, su adopción se apartaría de la fuente normativa que le sirve de sustento, resultaría, no solo ajeno a la legislación en la cual se funda, sino inequitativo frustrarlo de obtener las compensaciones a que hubiere lugar y de las que se vio privado por cuenta de la ruptura del vínculo negocial a la que aquel no concurrió con su voluntad y que no le es atribuible a su comportamiento.

**POTESTADES EXCEPCIONALES -** **Terminación unilateral del contrato - Alcance - Indemnización**

El alcance de la indemnización que debe reconocerse por los perjuicios derivados de la terminación unilateral no podrá consultar la aplicación de una regla general inalterable que opere de manera uniforme y lineal para todos casos en que se instrumente esa medida. Por el contrario, se impone examinar en cada evento en concreto las particularidades y circunstancias especiales que caracterizaban el objeto del contrato culminado, el entorno económico de la época en que se adoptó la medida, las razones de interés general y conveniencia del servicio en que se fundamentó la decisión.

**POTESTADES EXCEPCIONALES - Riesgos inherentes - Actividad contractual**

Los perjuicios derivados del ejercicio de las potestades excepcionales no se conciben como un riesgo inherente a la actividad contractual, en tanto su fuente emana de la voluntad de unos de los extremos contratantes, en este caso, de la entidad estatal, de tal suerte que los efectos nocivos que se deriven de su instrumentación no están llamados a trasladársele de manera automática, íntegra y exclusiva al contratista. Con todo, se insiste que en el supuesto de que el origen de la reclamación corresponda al ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, habrán de indagarse las circunstancias especiales de cada caso, en atención a que la adopción de esta medida reviste la condición particular consistente en la finalización del vínculo contractual. La consecuencia de lo anotado se traduce en que resultaría alejado de la realidad que la indemnización que se hubiera de reconocer con ocasión del ejercicio de esa potestad se estructurara sobre la base hipotética de la prolongación del vínculo contractual por el plazo inicialmente pactado y en idénticas condiciones a las convenidas primigeniamente, dado que una aspiración de esa índole dejaría de lado el hecho cierto de que la ejecución del contrato cesó válidamente antes de lo previsto, lo que condujo a que desaparecieran las condiciones fácticas y jurídicas en que se cimentaba esa proyección.

**INDEMNIZACIÓN - Provecho esperado - Plazo pactado**

Comportaría un contrasentido que para efectos de la indemnización se tuviera en cuenta la proyección del provecho esperado por la totalidad del plazo pactado, dado que ello desarticularía las razones de interés general y la exigencia del servicio público en los cuales habría descansado la declaratoria de terminación unilateral.

**CONTRATO DE CONCESIÓN - Terminación unilateral - Efectos - Detrimento al contratista**

El artículo 60 de la Ley 143 de 1994 (…) establece que la remuneración del contrato de concesión consiste en las tarifas o precios que los usuarios de los servicios pagan directamente a los concesionarios, las cuales son fijadas de acuerdo con las disposiciones determinadas en esa ley. Según el precepto legal invocado, en el contrato cuando por razones ajenas a la voluntad del concesionario no se pudieren fijar las tarifas en niveles que permitan recuperar los costos económicos de prestación del servicio en condiciones óptimas de gestión, el concedente debería reconocer la diferencia entre los valores correspondientes a la prestación con tales costos y los valores facturados con las tarifas que efectivamente se apliquen.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., tres (03) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02501-01(52285)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL ILUMINEMOS TUBARÁ**

**Demandado: MUNICIPIO DE TUBARÁ**

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

Temas: INAPLICACIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA / nulidad de acto proferido en ejercicio de potestad excepcional – LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante – PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN ABSTRACTO CUANDO SE DEMUESTRA LA CAUSACIÓN DE PERJUICIOS PERO NO SU CUANTÍA / PERJUICIOS DERIVADOS DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATOS -elementos normativos y objetivos de verificación sobre su ocurrencia.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el diecisiete (17) de mayo de dos mil trece (2013), mediante la cual se dispuso (se transcribe incluso con errores):

*“Primero. - Declárase no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa e ineptitud de la demanda propuestas por la entidad demandada.*

*“Segundo. - Declárase la responsabilidad patrimonial contractual del municipio de Turbará, a raíz de la Resolución 074 del 22 de julio de 2005, acorde con las motivaciones que anteceden.*

*“Tercero. - en consecuencia, condenase en abstracto o In Genere al municipio de Tubará (Atlántico), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del C.C.A., por concepto de perjuicios materiales a favor de la Unión Temporal Iluminemos Tubará, a la cantidad que resulte probada dentro del correspondiente incidente de regulación de perjuicios de conformidad a lo establecido en los artículos 135 a 137 del C.P.C. y acorde con los parámetros establecidos en la parte motiva de esta providencia.*

*“Cuarto. - Denegar las restantes súplicas de la demanda, de conformidad con las motivaciones que anteceden.*

*“Quinto. - Sin costas en esta instancia, (artículo 171 C.C.A modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998).*

*“(…)”.*

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

**1. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 22 de septiembre de 2005 por la unión temporal Iluminemos Tubará, en ejercicio de la acción contractual impetrada contra el municipio de Tubará con el fin de que: i) se declarara la nulidad de la Resolución 074 del 22 de julio de 2005, por la cual el ente territorial terminó unilateralmente el Contrato de Concesión No. AMT-DA-035-2002; ii) como consecuencia, se condenara a la demandada a reconocer y pagar al demandante los perjuicios derivados de dicha declaratoria y iii) se condenara a la entidad demandada a pagar a la parte actora las costas y las agencias en derecho.

Posteriormente, en escrito de corrección de la demanda, la parte actora pretendió, adicionalmente, que con fundamento en los mismos supuestos fácticos se declarara: i) el incumplimiento del contrato de concesión, ii) el desequilibrio económico del mismo y iii) se ordenara la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de estas declaraciones.

**2. Los hechos**

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

**2.1.** Como resultado de un proceso licitatorio, el 20 de agosto de 2002 el municipio de Tubará y la unión temporal Iluminamos Turbará celebraron el Contrato No. AMT-DA – 035 -2002, cuyo objeto consistió en entregar en concesión la operación, mantenimiento y administración del alumbrado público municipal.

**2.2.** Su ejecución iniciaría con una fase inicial pactada en cuatro meses, durante los cuales se repotenciaría y modernizaría el sistema con una inversión del concesionario, acordada en cuantía de 150’000.000, cuyo valor se amortizaría con los ingresos provenientes del alumbrado público, facturado de manera porcentual por estrato sobre el consumo de energía. La segunda fase consistiría en la administración, mantenimiento y operación con los excedentes de los recursos de expansión.

**2.3.** El 30 de septiembre de 2002 se suscribió el acta de inicio.

**2.4.** En julio de 2003, el Concejo Municipal de Tubará expidió el Acuerdo No. 024, a través del cual modificó las tarifas inicialmente pactadas entre las partes, y en su lugar dejó vigentes las estipuladas en el Acuerdo No. 17 de 1987, que resultaban inferiores a las proyectadas en el contrato.

**2.5.** Lo anterior produjo un desequilibrio financiero en la ejecución del proyecto, cuestión que condujo a que el 2 de octubre de 2003 las partes suscribieran un acta de suspensión del contrato, en orden a resolver la sostenibilidad económica de la concesión.

**2.6.** El 22 de julio de 2005, el municipio de Turbará expidió la Resolución No. 074, mediante la cual terminó unilateralmente el Contrato de Concesión No. AMT-DA-035-2002.

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

El actor sostuvo que la expedición del acto administrativo transgredió las disposiciones contenidas en el artículo 29 de las Constitución Política y los artículos 3, 5, 14, 17, 26 y 27 de la Ley 80 de 1993.

Alegó que las decisiones de la Administración debían sujetarse al principio de legalidad, de manera que aquellas ejercidas por fuera de ese marco podrían generar daños en los particulares que ameritaban ser indemnizados.

Advirtió que el municipio no tuvo en consideración las solicitudes de suspensión del contrato elevadas por el concesionario con anterioridad a que se profiriera el acto de terminación unilateral y las fórmulas de arreglo directo propuestas para solucionar los inconvenientes tarifarios de la concesión y la sostenibilidad del proyecto.

Señaló que fue la Administración la que, no obstante provocar la suspensión del contrato, cuestión que trajo consigo la deficiencia en la prestación del servicio, luego alegó que por esas circunstancias se había presentado un incumplimiento del contratista.

Manifestó que cuando se declaró la terminación unilateral del contrato, su ejecución se encontraba suspendida y, a pesar de ello, la Administración omitió levantar la suspensión violando así el debido proceso y del derecho de defensa del demandante.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** Por auto de 2 de marzo de 2007, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda y ordenó la notificación al municipio demandado.

**4.2. Contestación de la demanda**

El ente territorial contestó la demanda y al efecto indicó que no le constaban los hechos en que se sustentaba.

Así mismo, solicitó proferir un fallo inhibitorio, en razón a que el demandante carecía de personalidad jurídica, en tanto se trataba de una unión temporal y, por ende, no tenía capacidad para comparecer al proceso. Con fundamento en ello, formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por activa.

También propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, con base en lo cual afirmó que pese a citar unas normas violadas, el concepto de la vulneración no guardaba relación con su contenido.

**4.3. La sentencia de primera instancia**

Luego de despachar desfavorablemente los medios exceptivos propuestos, el Tribunal *a quo* se refirió a los hechos probados.

En desarrollo del análisis probatorio, halló acreditado que el contrato de concesión fue suspendido de mutuo acuerdo por un término aproximado de 18 meses, circunstancia que dio lugar a que con posterioridad el municipio dictara la resolución por medio de la cual terminó unilateralmente el vínculo contractual.

Al respecto, sostuvo que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución acusada de falsa motivación, debido a que el municipio no podía sustraerse de la prestación del servicio de alumbrado público, ni extender indefinidamente la suspensión, en consideración a que el contratista se encontraba en imposibilidad de ejecutar el objeto contractual, como consecuencia del desequilibrio económico derivado de la decisión del Concejo Municipal de Tubará, consistente en disminuir las tarifas.

Sin embargo, razonó que, sin perjuicio de que el acto enjuiciado fuera válido, en todo caso se había presentado un hecho ajeno al concesionario, por cuenta del cual se rompió el equilibrio económico del contrato. Indicó que este evento se identificaba con el hecho del príncipe, supuesto que se configuró al expedirse el acuerdo municipal por medio del cual se modificó la tarifa con la que se financiaría el proyecto. Esta situación, en criterio del *a quo*, condujo a que se decretara la suspensión y, posteriormente, la terminación del acuerdo negocial.

Adujo que debía darse prevalencia al derecho sustancial sobre la forma, en procura de interpretar la norma o el régimen de responsabilidad, desde cuya óptica debía resolverse el caso concreto.

Añadió que si bien en el contrato de concesión se pactó una cláusula compromisoria, las partes renunciaron tácitamente a la misma, en tanto interpusieron la demanda ante esta jurisdicción y la parte demandada no presentó el medio exceptivo que correspondía.

Manifestó que los hechos constitutivos de responsabilidad contractual se encuadraban en la teoría del hecho del príncipe, habida consideración de que la suspensión del contrato se originó en la decisión del Concejo Municipal, a través de la cual se disminuyó la tarifa del impuesto sobre el alumbrado público.

Agregó que, de acuerdo con los informes de interventoría, el contratista venía cumpliendo con el objeto del contrato hasta la fecha en que su ejecución fue suspendida por no recaudar los tributos necesarios para cubrir su contraprestación.

Sostuvo además que, hallándose suspendido el acuerdo, la Administración procedió a declarar su terminación sin adelantar previamente el respectivo procedimiento administrativo, omisión que transgredió el debido proceso y el derecho de contradicción del concesionario.

Concluyó que la causa de la ruptura del equilibrio económico del contrato resultó imputable a la entidad demandada, lo cual desencadenaba su responsabilidad contractual y abría paso a la indemnización de los perjuicios sufridos.

En orden a liquidar los perjuicios solicitados, advirtió que no existían elementos suficientes para calcularlos, pues se desconocía el valor del A.I.U. y tampoco se tenía certeza sobre el valor de la inversión realizada por el concesionario para la ejecución. Como consecuencia, procedió a condenar en abstracto al municipio de Tubará, atendiendo a los siguientes parámetros:

En relación con el daño emergente, dispuso que la factura de venta No. 0040 del 19 de diciembre de 2003, titulada costos de ejecución del contrato de concesión “obras de modernización y repotenciación del sistema de alumbrado público” debía acompañarse de todos los soportes documentales, con el fin de cuantificar en detalle los costos de inversión efectuados por el concesionario.

Respecto del lucro cesante, precisó que debía aportarse copia de la convocatoria realizada por el municipio, relacionada con la adjudicación del Contrato No. AMT-DA-035-2002 y la respectiva propuesta formulada por la unión temporal demandante para determinar el valor del A.I.U. y, una vez obtenida dicha información, advirtió que se procedería a su reconocimiento, atendiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales existentes frente a la pérdida de oportunidad.

Finalmente, anotó que debía aportarse copia de los registros civiles de nacimiento de los señores miembros de la unión temporal para confrontar el plazo del contrato que faltaba por ejecutar con la vida probable de cada uno de ellos.

**4.4. El recurso de apelación**

El ente territorial demandado, por conducto de su apoderado, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La alzada se apoyó en los siguientes argumentos:

-. El proceso estaba viciado de nulidad por falta de jurisdicción habida consideración de que en el Contrato de Concesión No. AMT-DA-035-2002 las partes pactaron una cláusula compromisoria, en virtud de la cual los conflictos originados en su ejecución se someterían al conocimiento de la jurisdicción arbitral.

-. Según el censor, existía falta de legitimación en la causa por activa, en atención a que si bien la demanda fue presentada por la unión temporal Iluminemos Tubará, lo cierto era que al percatarse de su falta de capacidad procesal, el *a quo* procedió a vincular a cada uno de sus miembros, sin tener en cuenta que las sociedades Pizarro Iluminación y Constructora Charris no hicieron parte de esa agrupación.

-. Argumentó que el 22 de julio de 2007 las partes liquidaron bilateralmente el contrato, sin que los demandantes hubieren presentado reclamo o inconformidades respecto del cruce final de cuentas. En este mismo punto, esgrimió que no se demostraron los perjuicios reclamados.

-. Finalmente, alegó que a pesar de que el demandado solicitó oportunamente que se oficiara a Electricaribe para que informara el valor del recaudo de impuesto correspondiente a alumbrado público en el municipio de Tubará durante el término de ejecución del contrato, el valor del suministro de energía, mantenimiento y uso de redes durante el mismo tiempo, con el fin de determinar la inexistencia de perjuicios sufridos por el contratista, la mencionada prueba no fue practicada por el Tribunal, omisión que llevó a la vulneración del debido proceso de la parte accionada.

**5. Actuación en segunda instancia**

**5.1.** Mediante providencia del 20 de octubre de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de alzada.

**5.2.** En proveído del 21 de noviembre de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, los sujetos procesales guardaron silencio.

El Ministerio Público rindió concepto, de conformidad con el cual consideró que la sentencia impugnada merecía ser confirmada, toda vez que se había presentado un incumplimiento contractual imputable a la entidad pública, derivado de la ruptura del equilibrio económico del contrato, en detrimento del contratista.

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

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado: **1.1)** de la existencia de la cláusula compromisoria; **2)** procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa: **3.1)** de la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante; **3.2)** legitimación en la causa por pasiva; **4)** análisis del recurso**: 4.1)** sobre la ausencia de demostración de los perjuicios reconocidos en abstracto primera instancia; **4.2)** de la existencia del acta de liquidación bilateral; **4.3)** de la vulneración al debido proceso y **5)** costas.

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

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en mérito de lo dispuesto por el artículo 75[[1]](#footnote-1) de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

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

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la nulidad de la Resolución No. 074 del 22 de julio de 2005, por medio de la cual el municipio de Tubará terminó unilateralmente el Contrato de Concesión No. AMT-DA-035 de 2002, celebrado con la unión temporal Iluminemos Tubará, así como su presunto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico.

Así las cosas, se precisa que la entidad contratante, municipio de Tubará, de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del ordinal primero del artículo 2º de la Ley 80 de 1993*[[2]](#footnote-2)*, es un ente territorial y, por tanto, tiene el carácter de entidad estatal.

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $500’000.000, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($190’750.000)[[3]](#footnote-3), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

1.1.- De la existencia de la cláusula compromisoria

El argumento inicial de la apelación consistió en alegar la falta de jurisdicción, con fundamento en la existencia de la cláusula compromisoria insertada en el Contrato de Concesión No. No. AMT-DA-035 de 2002, a cuyo tenor las partes pactaron:

*“CLÁUSULA VIGÉSIMA OCTAVA: CONTROVERSIAS – ARBITRAMENTO: todas las controversias que pudiesen surgir entre las partes en relación a la aplicación e interpretación de este contrato serán resueltas de común acuerdo mediante consulta y conciliación.*

*“En caso de que las partes no puedan resolver de común acuerdo dichas controversias, estas serán sometidas a arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla. Los árbitros fallarán en derecho”.*

Del contenido de la cláusula en referencia surge con nitidez para la Sala que las partes del negocio jurídico terminado unilateralmente mediante el acto administrativo que es objeto de censura, de manera libre y voluntaria acordaron una cláusula compromisoria para someter las diferencias surgidas con ocasión del contrato a la decisión de la justicia arbitral, circunstancia que determina la necesidad de emprender las siguientes reflexiones:

La Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en pronunciamiento proferido en abril de 2013, unificó su postura jurisprudencial en relación con la naturaleza vinculante de la cláusula compromisoria, aspecto en torno al cual estimó que ante la incorporación libre y voluntaria de un acuerdo expreso, en cuya virtud las partes convenían en conferir la competencia y jurisdicción a un tribunal de arbitramento en derecho, para que fuera el órgano encargado de decidir las controversias que pudieran presentarse en punto a la celebración, ejecución y liquidación de los respectivos contratos estatales, tal pacto no podría ser desconocido por las partes a través de la renuncia tácita.

Sobre ese punto, la Sala discurrió:

*“Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que va a decidir el conflicto entre ella presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas pueden conocer y decidir sobre el particular”[[4]](#footnote-4).*

A propósito de este mismo tópico, esta Subsección igualmente consideró que en los eventos en los que se insertara la cláusula compromisoria en el respectivo contrato, la justicia arbitral estaría dotada de facultades para decidir sobre la validez de actos administrativos expedidos con ocasión del acuerdo contractual, siempre que ellos no comportaran el ejercicio de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; de no ser así la justicia institucional mantendría la competencia privativa para conocer del respectivo asunto. Al respecto, sostuvo[[5]](#footnote-5):

*“Posteriormente, en sentencia del 10 de junio de 2009[[6]](#footnote-6), la Sala volvió sobre el tema y precisó, con toda claridad, el ámbito de los poderes excepcionales a los cuales se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000:*

*‘… la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir:* ***a)*** *interpretación unilateral del contrato;* ***b)*** *modificación unilateral del contrato;* ***c)*** *terminación unilateral del contrato;* ***d)*** *sometimiento a las leyes nacionales;* ***e)*** *caducidad y* ***f)*** *reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión …’.*

*“Así, pues, la Sala precisó que, si bien los ‘poderes excepcionales’ con los cuales cuenta la administración pública en desarrollo de la acción contractual comprenden no sólo el ámbito del ejercicio de las denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, sino que abarcan ‘… la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública …’[[7]](#footnote-7),* ***lo cierto es que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la Ley 80 de 1993, aquellos dictados en ejercicio de las potestades consagradas exclusivamente por el artículo 14*** *(en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 eran los señalados en el artículo 76), pues así lo entendió la Corte Constitucional al pronunciar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993,* ***de modo que los demás actos administrativos proferidos en desarrollo de la relación contractual no se hallan excluidos de la competencia arbitral*** *(…)* (destaca la Sala).

Descendiendo las tesis jurisprudenciales en referencia al caso concreto, la Sala estima de esencial importancia subrayar que, según se observa en el *sub examine*, la decisión sobre la cual recae la pretensión anulatoria consistió en la terminación unilateral del Contrato de Concesión No. AMT-DA 035 del 2002, adoptada por el municipio de Tubará mediante Resolución No. 074 del 22 de julio 2005, de conformidad con la cual se expusieron las siguientes motivaciones (se transcribe literal incluso los posibles errores):

*“EL SUSCRITO ALCALDE DE TUBARÁ – ATLÁNTICO EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES LEGALES EN ESPECIAL LAS QUE LE CONFIERE LOS ARTICULOS 14 Y 17 DE LA LEY 80 DE 1993 Y LA CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA DEL CONTRATO AMT\_DA 035 DEL 2005 Y, (…)*

*“Que en la cláusula vigésima primera del referido contrato se estipula la terminación unilateral si durante la ejecución del objeto contratado se presentase alguna de las eventualidades consagradas en la ley como motivo de terminación unilateral anticipada del contrato la entidad contratante dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993.*

*“(…).*

*“Que las anteriores consecuencias encajan perfectamente según criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la causal de terminación unilateral del contrato ‘cuando las exigencias del servicio lo requieran’ que determina el numeral primero del artículo 17 del estatuto general de contratación Ley 80/93 en correspondencia con las necesidades o requerimientos específicos por resolver”.*

Se aprecia así que el fenecimiento del vínculo contractual se dispuso por el ente contratante con fundamento en la potestad excepcional de terminación unilateral prevista en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y desarrollada por el artículo 17 del mismo compendio normativo.

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[[8]](#footnote-8), 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[[9]](#footnote-9), 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.

Lo expuesto conduce a concluir que, pese a haberse ensamblado la cláusula compromisoria en el contrato de concesión objeto de análisis, dicha estipulación no tiene la virtualidad suficiente para sustraer de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento y decisión de la controversia que aquí se examina, habida cuenta de que los puntos en contienda aluden a la legalidad de un acto administrativo que entraña el ejercicio de una potestad excepcional, que en este caso corresponde a la terminación unilateral de la relación obligacional.

La anterior premisa no se altera por el hecho de que la parte actora también hubiera pretendido la declaratoria de responsabilidad contractual y/o ruptura del equilibrio económico del contrato, en atención a que los supuestos fácticos en que estructura estas últimas reclamaciones se encuentran directamente ligados con el ejercicio de la potestad excepcional que se enjuicia, cuestión que determina la inescindibilidad de su análisis.

En el orden de ideas expuesto, la Sala estima que es competente para resolver el recurso de alzada sometido a estudio.

**2.- Procedencia y oportunidad para el ejercicio de la acción contractual**

El presente debate versa sobre el presunto incumplimiento y ruptura del equilibrio económico del Contrato de Concesión AMT-DA-035 de 2002, celebrado entre el municipio de Tubará y la unión temporal Iluminemos Tubará, así como también acerca de la nulidad del acto que lo terminó unilateralmente, aspectos que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponden ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

La Sala advierte que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

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

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

*“(…).*

*“d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar; (…)”.*

Ahora bien, como se anticipó, la anterior norma, relativa al cómputo inicial de la caducidad desde la fecha de la liquidación del contrato o de aquella en que debió liquidarse, resulta de plena aplicación al caso concreto, debido a que el Contrato de Concesión AMT-DA-035 de 2002 fue regido por las normas de la Ley 80 de 1993. En efecto, aun cuando a la fecha de su celebración -2 de agosto de 2002- no se habían expedido las normas que de manera clara y expresa especificaron que los contratos de concesión del servicio de alumbrado público se encontraban sometidos al régimen de contratación estatal, tales como el Decreto Reglamentario 2424 de 2006 y la Ley 1150 de 2007, jurisprudencialmente esa ha sido la comprensión que de antaño se le ha dispensado a las normas que regulan esta materia. Así lo puntualizó la Sección Tercera de esta Corporación en pronunciamiento del 2007[[10]](#footnote-10), al sostener:

*“Y aunque el municipio es el responsable directo de su prestación puede hacerlo, como ya se indicó, a través de un tercero previa celebración de un contrato regido por las normas propias del estatuto de contratación de la administración pública, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6º del decreto reglamentario 2424 de 2006[[11]](#footnote-11) y el artículo 29 de la ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.[[12]](#footnote-12). Así lo tenía establecido esta Sala aún antes de la expedición de estos dos últimos preceptos:*

*‘Ahora bien, el municipio es el responsable directo de su prestación, sólo que puede prestarlo a través de un tercero cuando medie un contrato[[13]](#footnote-13) para que se encargue del suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público[[14]](#footnote-14), caso en el cual la prestación del servicio se regirá por lo dispuesto en el contrato o convenio celebrado.[[15]](#footnote-15)*

*‘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[[16]](#footnote-16), 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[[17]](#footnote-17) respectivas[[18]](#footnote-18).*

*‘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’[[19]](#footnote-19). Con esta perspectiva, la Sección Primera, en sentencia de 12 de junio de 1997, indicó lo siguiente al estudiar la demanda de nulidad interpuesta contra los artículos 1, 2, parágrafo del artículo 4, 5, parágrafo del artículo 6, 7, 8, 9, y 10, de la resolución 043 del 23 de octubre de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, ‘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’:*

*“Los contratos, como cualesquiera actos jurídicos, persiguen determinados propósitos, buscan fines concernientes a las partes que intervienen en la relación jurídico material; fines que no son nada distinto del logro de sus aspiraciones o satisfacción de sus intereses. Y esta idea de carácter general*

*encuentra soporte en el artículo 3º de la ley 80 de 1993 ‘Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.*

Así pues, teniendo en cuenta que en el plenario no reposa evidencia de que el contrato de concesión se hubiere liquidado, se impone establecer la fecha en que se incumplió la obligación de liquidar el negocio jurídico que ocupa la atención de esta instancia para, a partir de entonces, precisar la fecha en que empezó el respectivo cómputo. Para este efecto, se tendrá en cuenta el día en que se notificó el acto de terminación unilateral del contrato, instrumentado a través de Resolución No. 074 del 22 de julio de 2005, notificada el 24 de agosto de esa misma calenda.

A partir de ese momento, las partes tenían cuatro meses para lograr la liquidación bilateral del negocio jurídico, y a su vencimiento, dos meses más para ser liquidarlo unilateralmente por la entidad. De ahí que el término para su liquidación fenecía el 25 de diciembre de 2005 y desde entonces se contaban los dos años para impetrar la respectiva acción contractual.

Como consecuencia de lo expuesto, al haberse presentado la demanda el 23 de septiembre de 2005, esto es, incluso antes de iniciar el cómputo de los dos años, se concluye que su interposición fue oportuna.

**3.- Legitimación en la causa**

El segundo aspecto de inconformidad en el que se edificó la apelación se refirió a la ausencia de legitimación en la causa por activa de la unión temporal Iluminemos Tubará, en razón a su falta de capacidad procesal y al hecho de que los miembros de la unión temporal que otorgaron poder no correspondían a aquellos que integraban la agrupación. Ante este planteamiento, la Sala precisa la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre el particular.

3.1. De la capacidad de los consorcios y uniones temporales para comparecer al litigio a través de su representante

Con sujeción a la línea jurisprudencial que anteriormente imperaba, a los consorcios y a las uniones temporales no se les reconocía capacidad procesal para comparecer dentro de un proceso judicial bajo el entendimiento de que, efectivamente, no constituían una persona jurídica diferente a los sujetos que la conformaban, tal cual lo refirió el *a quo*.

Posteriormente, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en pronunciamiento de unificación[[20]](#footnote-20), recogió la postura jurisprudencial que dominaba la materia en cuanto a la falta de capacidad procesal de los consorcios y las uniones temporales para comparecer en juicio, ya fuere como integrantes de los extremos activo o pasivo de la litis o como litisconsortes.

En el citado pronunciamiento la Sala Plena advirtió que si bien tanto la figura de los consorcios como la de las uniones temporales no constituían personas jurídicas distintas de las personas naturales o jurídicas que las integraban, en atención al expreso reconocimiento que la ley les otorgaba respecto de su capacidad contractual, aspecto que igualmente los habilitaba para ser titulares de los derechos y las obligaciones que emanaban de los contratos estatales cuya celebración se les autorizaba, también era claro que igual podían actuar dentro de los procesos judiciales, a través de su respectivo representante.

Así pues, en acatamiento de la línea de pensamiento que orientó el fallo de unificación y que se encuentra actualmente en vigor, surge con claridad que la unión temporal Iluminemos Tubará podía concurrir a la presente causa en calidad de demandante, siempre que actuara por conducto de su representante, quien, a su turno, estaría facultado para otorgar poder a un profesional del derecho.

En el *sublite* se observa que quien otorgó poder para impetrar la presente demanda fue el señor René Alberto Cardozo Camacho, en su condición de representante de la referida unión temporal, calidad que se desprende del documento de conformación de la unión temporal e igualmente del hecho de que el mencionado fue el mismo que suscribió el Contrato de Concesión No. AMT-DA-035 actuando en ese mismo rol y a quien se le notificó de la Resolución No. 074 de 22 de julio de 2005, por medio de la cual se declaró su terminación unilateral.

De otro lado, se evidencia que atendiendo a la postura jurisprudencial que antes regía, mediante auto del 6 de marzo de 2012, el Tribunal de primera instancia resolvió ordenar la integración del litisconsorcio necesario por activa, a través de la vinculación de cada uno de los integrantes de la unión temporal demandante.

Como resultado, en escrito del 12 de abril de 2012, cada uno de los miembros de la unión temporal otorgaron poder a una profesional de derecho para que ejerciera su representación judicial.

Sin embargo, como se anotó, para predicar la legitimación en la causa por activa, a la luz de la tesis jurisprudencial vigente, bastaba con que el poder para actuar en este litigio proviniera del representante de la unión temporal demandante, como en efecto ocurrió, a la cual se le reconoce capacidad procesal para comparecer a la presente causa.

Como consecuencia, el cargo de apelación debe desestimarse.

3.2. Legitimación en la causa por pasiva

La Sala halla legitimado en la causa por pasiva al municipio de Tubará, en consideración a que, en su calidad de entidad contratante, fue la que expidió el acto administrativo de terminación unilateral impugnado y a su conducta se atribuye el incumplimiento contractual y la ruptura del equilibrio económico del contrato, cuya declaratoria se depreca.

**4.- Análisis del recurso**

4.1.- Sobre la ausencia de demostración de los perjuicios reconocidos en primera instancia

El siguiente argumento del recurso de apelación estribó en reprochar el reconocimiento de los perjuicios dispuestos en primera instancia, ya que, en su criterio, su causación no fue demostrada en debida forma.

Sobre el particular, se recuerda que el operador de primer grado resolvió condenar al municipio demandado al reconocimiento de los perjuicios sufridos por el demandante, bajo la comprensión de que en el caso se había presentado una ruptura del equilibrio económico, por causa de la terminación unilateral del Contrato No. AMT-DA -035-2002.

Como consecuencia y al no contar con elementos suficientes para determinar su cuantía, profirió condena en abstracto para que, mediante el respectivo incidente, se procediera a su liquidación. En ese sentido, advirtió que para calcular el daño emergente correspondía al demandante allegar los soportes que acreditaran el valor de los costos de la inversión realizada por la unión temporal, en desarrollo de las cláusulas tercera y cuarta del texto contractual, consistentes en las obras de modernización y repotencialización del sistema de alumbrado público, reflejados en la factura de venta No. 0040 del 19 de diciembre de 2003.

Al referirse al lucro cesante, señaló que la parte actora debía anexar copia de los pliegos de condiciones que gobernaron la licitación pública que dio como resultado la celebración del Contrato No. AMT-DA-035-2002, así como la propuesta presentada por la unión temporal Iluminemos Tubará, para determinar los porcentajes de A.I.U. y con base en ellos liquidar la condena a la luz de la jurisprudencia existente sobre pérdida de oportunidad. Añadió que debían presentarse los registros civiles de los socios que integraron la unión temporal demandante, con el fin de confrontar el plazo del contrato restante por ejecutar con la vida probable de cada uno de ellos.

En orden a resolver el asunto en debate, la Sala examinará si los perjuicios reclamados por el demandante como consecuencia de las circunstancias adversas al contrato de concesión de alumbrado público No. AMT-DA-035-2002 que dieron lugar a su terminación unilateral están llamados a ser reconocidos.

Como acotación inicial, es menester precisar que al no haberse declarado en primera instancia la nulidad del acto de terminación unilateral del contrato y por contera al no hallarse en controversia ante esta instancia la validez de esa decisión, manteniendo así su presunción de legalidad[[21]](#footnote-21), la Sala se referirá exclusivamente a los perjuicios que de tal determinación habrían de emanar para el contratista, no obstante que continúa revestida de validez.

En este punto es de capital importancia subrayar que si bien el acto de terminación unilateral del contrato en referencia conserva su presunción de legalidad, ello no se erige como obstáculo para que al encontrarse acreditada la causación de los perjuicios deprecados estos sean reconocidos atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso en concreto, debido a que, al margen de la validez del acto por el cual se instrumenta el ejercicio de esa potestad excepcional, la fuente de procedencia de aquellos emana directamente de la Ley, como se profundizará posteriormente.

Así lo dispone específicamente el inciso segundo del numeral 1) del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 al señalar que *“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”.*

Despejado lo anterior, ha de advertirse que la doctrina extranjera[[22]](#footnote-22) ha sostenido que el concepto de daño o perjuicio se vincula a la noción de lesión, menoscabo o agravio al patrimonio, el que, como universalidad intangible, comprende el conjunto de bienes de una persona.

También, en materia de daños contractuales, la doctrina[[23]](#footnote-23) ha determinado que “*si bien es contingente que, de la frustración del contrato a consecuencia de un comportamiento opuesto a su normal consumación, se siga un daño o perjuicio, ha de partirse que para que haya sentencia de condena no es bastante acreditar la violación del contrato. Será necesario probar, además, la existencia de un daño cierto aunque su monto se determine posteriormente en la etapa de liquidación*”[[24]](#footnote-24).

En relación con la procedencia de emitir condena en abstracto, ante la dificultad de cuantificar los perjuicios derivados de la imposibilidad de ejecutar o continuar ejecutando un contrato por circunstancias ajenas a la voluntad del contratista demandante, esta Subsección se ha pronunciado como se sigue:

*“Con todo, lo expuesto hasta ahora no equivale a afirmar que la causación de los perjuicios no se encuentra demostrada, pues aun cuando no se tiene certeza acerca de su quantum, lo cierto es que todas las circunstancias advertidas conducen a la Sala a inferir válidamente y con alto grado de probabilidad que de no haber incurrido el Ministerio de Comunicaciones en la omisión consistente en abstenerse de expedir la respectiva licencia como correspondía luego de proferir el acto de adjudicación, la parte actora habría podido prestar el servicio concedido y habría podido obtener el provecho esperado, el cual constituía una expectativa legítima y fundada que en últimas fue lo que le sirvió de móvil para acudir a la convocatoria abierta por el ente ministerial.*

*“Así las cosas, la Sala conviene en la procedencia de emitir una condena en abstracto, de cara a la efectiva y real causación del perjuicio, pues no puede dejarse de lado que la omisión del ente ministerial frustró la prestación del servicio radial y con ello, ciertamente, se despojó a la adjudicataria del derecho a obtener una utilidad como retribución de su legítima actividad”[[25]](#footnote-25)* (destaca la Sala).

Ahora bien, el reconocimiento de los perjuicios reclamados necesariamente debe sujetarse a que su existencia se halle plenamente demostrada, aunque no así su cuantía.

Así, con el propósito de determinar su efectiva y real causación, así como los términos en que procedería su reconocimiento, la Sala revisará: i) los efectos de la terminación unilateral a la luz de la normativa que reguló el contrato de concesión del servicio de alumbrado público; ii) las circunstancias fácticas y objetivas que rodearon la ejecución del negocio jurídico y, iii) el período que abarcó el padecimiento de los perjuicios solicitados en la demanda, en el orden que sigue:

i).- Según se anotó con antelación, el Contrato de Concesión No. AMT-DA-035-2002 fue celebrado al amparo de las normas de Ley 80 de 1993, y fue en ejercicio de la previsión contenida en el artículo 17 de dicho cuerpo normativo con base en la cual la entidad concedente ejerció la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato.

Dicho esto, cabe reiterar que, de conformidad con el tenor literal del segundo inciso del numeral 1) del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales, entre ellas la de terminación unilateral, se procederá al reconocimiento y orden de pago de las indemnizaciones y compensaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste en las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener el equilibrio inicial.

Ese igualmente ha sido el entendimiento que desde la óptica jurisprudencial se ha brindado a las consecuencias derivadas de la instrumentación de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, máxime en aquellos eventos en los cuales su ejercicio se sustenta en la causal prevista en el numeral 1) del artículo 17 de la Ley 80, con arreglo a la cual la terminación procede cuando las razones del servicio lo requieran, supuesto que, como se observará más adelante, fue precisamente el invocado por el municipio de Tubará para motivar el acto administrativo demandado.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha discurrido:

*“Según los explícitos dictados de la referida Ley 80, es claro que dicha forma de terminación unilateral tiene “… el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo [se refiere a la entidad estatal contratante] y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación…” de los mismos.*

*“(…).*

*“Tal como lo ordena el inciso 2º del numeral 1º del citado artículo 14 de la Ley 80, cada vez que una entidad estatal ejerza esta potestad excepcional de terminación unilateral “… deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensación 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”.*

*“El aspecto que se acaba de destacar pone de manifiesto que esta especie o modalidad de terminación unilateral de los contratos estatales no comporta la imposición de sanción alguna y, por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna en relación con el contratista afectado, lo cual, además, encuentra explicación suficiente en las causales, expresamente consagradas en la ley, que dan lugar a su aplicación”[[26]](#footnote-26).*

Posteriormente, esta Subsección reiteró dicha postura en similares términos:

“*Esta potestad, además de requerir para su ejercicio la existencia de unos supuestos enmarcados por el legislador, un procedimiento reglado para su operancia y de abrir paso, por regla general, al derecho indemnizatorio en favor del contratista por cuenta de su implementación* …”[[27]](#footnote-27).

Así lo ha comprendido también la doctrina nacional al reflexionar acerca de la naturaleza y de las causas que originan el ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral, principalmente, cuando su adopción se apoya en la configuración del supuesto fáctico previsto en el numeral 1) del artículo 17 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública:

*“Si bien es cierto que la configuran cinco causales, es la primera de ellas la que dio origen y la que le imprime su real dimensión y características al fundarse en razones sobrevinientes a la celebración del contrato que aconsejan, en aras de no afectar el interés público, la terminación inmediata del contrato. No obstante, requerirse inicialmente el objeto del contrato, motivo por el cual se celebró, durante su ejecución aparecen circunstancias que niegan toda necesidad del contrato, de tal manera que la afectación del mismo se transforma en atentatorio de las necesidades y fines colectivos.*

*“Esa terminación no es una sanción por incumplimientos de obligaciones nacidas del convenio a cargo del contratista. Nada tiene que ver con ellos pues para estos el ordenamiento contempla otras medidas, como una caducidad”[[28]](#footnote-28).*

Se extrae de lo anotado que si en esa decisión no media antijuridicidad alguna imputable a la conducta del contratista, como en efecto no debe ocurrir, pues, de ser así, su adopción se apartaría de la fuente normativa que le sirve de sustento, resultaría, no solo ajeno a la legislación en la cual se funda, sino inequitativo frustrarlo de obtener las compensaciones a que hubiere lugar y de las que se vio privado por cuenta de la ruptura del vínculo negocial a la que aquel no concurrió con su voluntad y que no le es atribuible a su comportamiento.

Sin perjuicio de lo dicho, no es menos cierto que la configuración de esta causal por sí sola no da lugar a que opere el reconocimiento de perjuicios de manera automática e irreflexiva. En ese sentido, se aclara que los términos y alcances de la compensaciones o indemnizaciones que procedan por este supuesto habrán de determinarse de acuerdo con la demostración de los perjuicios sufridos por el contratista.

Se suma a lo anterior, que el alcance de la indemnización que debe reconocerse por los perjuicios derivados de la terminación unilateral no podrá consultar la aplicación de una regla general inalterable que opere de manera uniforme y lineal para todos casos en que se instrumente esa medida. Por el contrario, se impone examinar en cada evento en concreto las particularidades y circunstancias especiales que caracterizaban el objeto del contrato culminado, el entorno económico de la época en que se adoptó la medida, las razones de interés general y conveniencia del servicio en que se fundamentó la decisión.

En efecto, cuando surgen perjuicios derivados de la terminación unilateral del contrato por razones de interés general y conveniencia del servicio, emerge una gran dificultad a la hora de estimar las dimensiones de su alcance de cara a la aplicación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Ello es así en cuanto no resulta materialmente factible conservar las condiciones y la equivalencia de las prestaciones inicialmente pactadas, en la medida en que el vínculo obligacional que les dio origen ha fenecido, cuestión que por contera impide la prolongación en la ejecución del objeto contratado y con ello el mantenimiento de la correspondencia prestacional.

La doctrina interna se ha preocupado por explicar este fenómeno en los siguientes términos:

“*Según los términos del artículo 14, la terminación también otorga derecho al restablecimiento de la ecuación contractual inicial. Es en este evento en el que se puede apreciar con mayor claridad el carácter artificial de la teoría de la ecuación inicial como fundamento de la responsabilidad de la entidad contratante. La terminación del contrato hace en efecto imposible el restablecimiento de las condiciones iniciales o de la equivalencia recíproca de las prestaciones, precisamente porque la ejecución de estas cesa de manera definitiva. La teoría general del contrato administrativo ofrece una solución equitativa en la lógica de este género de contratos: la terminación unilateral tiene por origen un motivo de interés general y por ello resulta equitativo imputar a la administración contratante todo el perjuicio que soporta el contratista. Aquella debe pagar a este una indemnización no sobre la base de la ecuación inicial del contrato sino del sacrificio del interés particular en aras del interés general. Este fundamento de la responsabilidad ofrece un origen de la lógica de la indemnización integral.*

*“Por el contrario, la ecuación contractual del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 determina otro fundamento de la equidad contractual anclado en la mayor igualdad de las partes. Sin duda, la entidad contratante deberá pagar todas las prestaciones ejecutadas por el contratista privado al momento de terminar el contrato. El carácter conmutativo del contrato estatal (art. 28 Ley 80) impone esta solución. Pero los otros perjuicios derivados de la terminación no deberían ser sistemáticamente imputados, a la entidad contratante en la lógica del artículo, de tal suerte que hay recurrir a la teoría del riesgo contractual*…”[[29]](#footnote-29).

Importa aclarar en este punto también que, de conformidad con la postura jurisprudencial de esta Subsección[[30]](#footnote-30), en el marco de los contratos de concesión como el que ocupa la atención de la Sala, no obstante que su ejecución se asume por cuenta y riesgo del concesionario, ciertamente los perjuicios derivados del ejercicio de las potestades excepcionales no se conciben como un riesgo inherente a la actividad contractual, en tanto su fuente emana de la voluntad de unos de los extremos contratantes, en este caso, de la entidad estatal, de tal suerte que los efectos nocivos que se deriven de su instrumentación no estan llamados a trasladársele de manera automática, íntegra y exclusiva al contratista.

Con todo, se insiste que en el supuesto de que el origen de la reclamación corresponda al ejercicio de la potestad excepcional de terminación unilateral del contrato, habrán de indagarse las circunstancias especiales de cada caso, en atención a que la adopción de esta medida reviste la condición particular consistente en la finalización del vínculo contractual.

La consecuencia de lo anotado se traduce en que resultaría alejado de la realidad que la indemnización que se hubiera de reconocer con ocasión del ejercicio de esa potestad se estructurara sobre la base hipotética de la prolongación del vínculo contractual por el plazo inicialmente pactado y en idénticas condiciones a las convenidas primigeniamente, dado que una aspiración de esa índole dejaría de lado el hecho cierto de que la ejecución del contrato cesó válidamente antes de lo previsto, lo que condujo a que desaparecieran las condiciones fácticas y jurídicas en que se cimentaba esa proyección.

Tampoco sería ajustado reconocer una indemnización que atendiera los términos señalados, en tanto que, como lo ha sostenido la jurisprudencia[[31]](#footnote-31) en razonamientos de antaño en los que se ha acudido al principio de valoración en equidad para determinar el quantum del daño, difícil y casi que improbablemente estarían llamados a coincidir los resultados obtenidos de la efectiva ejecución del contrato por el término pactado con la implicación del sometimiento a los riesgos propios que emanan del simple devenir del tiempo, que aquellos previstos de inicio al fundar las expectativas de su futura ejecución sin tener que afrontar las vicisitudes propias del contexto real.

En la misma línea de pensamiento, comportaría un contrasentido que para efectos de la indemnización se tuviera en cuenta la proyección del provecho esperado por la totalidad del plazo pactado, dado que ello desarticularía las razones de interés general y la exigencia del servicio público en los cuales habría descansado la declaratoria de terminación unilateral. Dicho de otro modo y aplicándolo al caso concreto, si los motivos[[32]](#footnote-32) para finalizar el proyecto apuntaban a la insostenibilidad financiera de la prestación del servicio de alumbrado en las nuevas circunstancias tarifarias imperantes, iría en contra del interés general reconocer al concesionario el equivalente en tiempo a 23 años de prestación del servicio de alumbrado público, que al fin y al cabo no se pudo prestar.

Así pues, si bien al apreciar en conjunto las disposiciones normativas que consagraron los efectos de la terminación unilateral del contrato de concesión de alumbrado público, se concluye que el legislador, consciente de los efectos nocivos que de esa situación podrían derivarse en detrimento del contratista consagró la viabilidad del reconocimiento de los pagos, compensaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar por cuenta de la finalización del vínculo contractual, lo cierto es que la determinación sobre su procedencia y cuantía deberá armonizarse con las consideraciones que se acaban de dejar plasmadas, en punto a la efectiva demostración de los mismos y su alcance dependerá de las particularidades que revista cada caso concreto.

ii) Como segundo aspecto, incumbe a la Sala verificar la concurrencia de elementos fácticos objetivos, con el fin de constatar la verdadera existencia del menoscabo patrimonial alegado.

El primero de esos elementos objetivos corresponde al mismo documento contractual elevado a escrito el 20 de agosto de 2002[[33]](#footnote-33) celebrado entre el municipio de Tubará y la unión temporal Iluminemos Tubará, de cuyo texto se extrae que su objeto lo constituyó la operación, mantenimiento y administración de la infraestructura del alumbrado público de ese ente territorial, incluyendo el cambio de tecnología a través del suministro, reposición e instalación de luminarias de sodio de alta presión, además de la expansión de servicios.

El plazo del contrato se pactó en treinta años, contados a partir del inicio de ejecución. Los primeros seis meses, prorrogables hasta por 24 meses, se destinarían a la fase de mantenimiento preventivo y correctivo de las luminarias. En ese período, el concesionario debía suministrar los elementos de reposición (luminarias y elementos eléctricos y electrónicos descritos en los documentos precontractuales) y a reemplazar los elementos deteriorados.

A su turno, se estipuló que el contrato era de cuantía indeterminada, pero determinable, y se agregó que su valor sería pagado según el flujo financiero proyectado en la concesión, en el cual se indicaron los conceptos que sirvieron de base:

* Consumo mensual de energía.
* Costos de operación y mantenimiento.
* Costos de impuestos y seguros.
* Comisión encargo fiduciario.
* Costos financieros y capital.
* Inversión mensual para el cambio y reposición del sistema de Alumbrado público.
* Comisiones de crédito.
* Rendimientos financieros y recuperación de capital de riesgo (inversiones).

Respecto de lo acontecido en su etapa de ejecución, se tiene que el 30 de septiembre de 2002 se suscribió el acta de inicio del contrato No. AMT-DA-035-2002[[34]](#footnote-34).

El 10 de enero de 2003, el municipio de Tubará y la unión temporal Tubará celebraron un otrosí al contrato de concesión, en el cual expusieron como fundamento que, como consecuencia del bajo nivel de ejecución de recaudo del impuesto de alumbrado público en el municipio de Tubará, por las tarifas, las obligaciones pendientes del municipio con Electricaribe, por concepto de suministro de luminarias viejas instaladas, el concesionario había dejado de percibir el pago oportuno de las facturas mensuales de operación y mantenimiento.

Con base en esa motivación, modificaron varias cláusulas y acordaron que el municipio se comprometía a mantener vigente la tarifa del impuesto de alumbrado público en condiciones que hicieran viable tanto la operación como el mantenimiento[[35]](#footnote-35).

El 4 de agosto de 2003, el Concejo Municipal de Tubará expidió el Acuerdo No. 024, por el cual dispuso: “*Ajústese las tarifas del alumbrado público de Tubará acorde a las tarifas facturadas en el año 2001 de conformidad con el acuerdo 17 de 9 de septiembre de 1987*”.

En los informes rendidos mensualmente por la interventoría se consignó que el concesionario realizó los trabajos de repotenciación del sistema, consistente en el desmote de luminarias viejas con tecnología de vapor de mercurio y, en su lugar, se instalaron luminarias con tecnología de sodio. Se registró que el concesionario llevó a cabo las labores de expansión del servicio. Al tiempo, la interventoría advirtió que los costos de operación, mantenimiento y repotenciación fueron cubiertos por recursos propios de la unión temporal, ya que no se presentaron remanentes en los ingresos por concepto de impuesto al alumbrado público.

En el informe de interventoría del mes de septiembre de 2003[[36]](#footnote-36), se dejó constancia de que la inversión total realizada por el concesionario hasta esa fecha ascendía a $339’242.656, de los cuales recuperó $81’011.855, a través de los ingresos obtenidos de los recaudos realizados por Electricaribe.

Mediante acta del 2 de octubre de 2003, las partes acordaron suspender la ejecución del contrato, con el fin de efectuar una revisión financiera de los documentos que integraban el proyecto en mención para resolver la sostenibilidad económica del mismo argumentando que (se transcribe literal, incluso posibles errores):

*“El pago del impuesto por parte de los usuarios conforme a las tarifas estipuladas en el Acuerdo 024 de julio del 2003, fijadas acorde a las facturadas del año 2001 de conformidad con el acuerdo 17 de septiembre de 1987 no permiten mantener económicamente el proyecto y de facturar la concesión la operación y mantenimiento del sistema de alumbrado sería el municipio quien tendría que asumir el pago por dicho concepto, obligación esta que fiscalmente no se encuentra presupuestada más aún cuando la decisión de rebajar las tarifas no fue de la alcaldía sino del co-administrador Concejo Municipal.*

*“Las partes acuerdan que durante el término de suspensión de las obras, los recursos por concepto de impuestos de alumbrado público que lleguen a resultar como remanente después de descontar sobre él, el consumo de energía del sistema de luminarias se destina única y exclusivamente para abonar a las obligaciones financieras por el concesionario como préstamo con la banca para la repotenciación del sistema y el pago de las cuotas de administración del fideicomiso con FIDUCOMERCIO”.*

Finalmente, el 22 de julio de 2005, el municipio de Tubará, a través de Resolución No. 074, terminó unilateralmente el contrato de concesión, aduciendo razones relativas a las necesidades del servicio, sustentadas en la insostenibilidad financiera del proyecto.

Sobre esto último cabe poner de relieve que, de acuerdo con la cláusula vigésimo primera del contrato No. AMT- DA-035-2002, las partes estipularon que ante la terminación unilateral del negocio jurídico, que según convinieron procedía “*1°.- Cuando las exigencias del servicio público de Alumbrado lo requieran o la situación de orden público lo impongan* (…), *se deberán reconocer al contratista las indemnizaciones a que tenga derecho*”.

Es claro que a partir de la confrontación de los elementos objetivos queda desvirtuado el argumento del apelante alusivo a la ausencia de demostración de los perjuicios sufridos por el demandante.

Ciertamente, la efectiva y real causación de los perjuicios alegados se estructura en el hecho de que el contrato de concesión celebrado para la prestación del servicio de alumbrado público, encontrándose en su tercer año de ejecución de los treinta que se pactaron y luego de haberse realizado la inversión estipulada por parte del concesionario para la repotencialización del servicio concedido, fue terminado unilateralmente sin ningún tipo de compensación de parte de la entidad demandante, frustrando de esta manera, de acuerdo con lo advertido por la interventoría del proyecto, la recuperación de la inversión efectuada por el contratista y privándolo de obtener los beneficios proyectados durante el plazo de ejecución restante.

iii) Al margen de lo explicado, de la revisión de los elementos probatorios, la Sala advierte que el período que abarcó el padecimiento de los perjuicios solicitados en la demanda no se limita a lo ocurrido con posterioridad a la fecha de expedición del acto de terminación unilateral. Se evidencia que el momento en que se produjo el impacto negativo en la economía y que dio lugar a su finalización acaeció antes de su terminación y tuvo origen en la Acuerdo dictado por el Consejo Municipal por el cual se modificó el régimen tarifario del servicio de alumbrado público.

En mérito de lo expuesto, surge la necesidad puntualizar que con dicha afirmación no se pone en riesgo el principio de congruencia que debe orientar todas las decisiones judiciales, ya que las pretensiones consignadas en el libelo introductorio fueron del siguiente tenor:

*“Que es absolutamente nula la Resolución No. 074 de julio del año 2005 expedida por el alcalde del municipio de Tubará (Atlántico).*

*“Que como consecuencia de la nulidad decretada por la justicia administrativa el municipio de Tubará sea condenado al actor de manera integral los perjuicios que ha sufrido derivada de la conducta antijurídica de la demandada”.*

A raíz de la inadmisión de la demanda, el actor corrigió el acápite de pretensiones a efectos de incluir en el petitum que se declarara el incumplimiento del contrato, que se declarara la ruptura de su equilibrio económico y que se condenara a la entidad demandada a pagar los perjuicios ocasionados con esas declaratorias.

Como se observa, lo pretendido por el demandante a título de condena consistió en que se reconocieran integralmente los perjuicios derivados de las circunstancias que afectaron la ejecución del contrato e hicieron imposible su cumplimiento por razones que, en su sentir, resultaron atribuibles a la conducta de la entidad demandada y que en armonía con los hechos[[37]](#footnote-37) contenidos en los numerales 11 y 12 generaron la ruptura de su equilibrio, incluso, desde antes de su terminación.

Así fue igualmente considerado por la sentencia de primera instancia al disponer:

“*Para el caso de marras, los hechos constitutivos de la responsabilidad contractual deprecada encuadran, dentro de la denominada teoría del hecho del príncipe, pues la suspensión del contrato suscrito entre el municipio de Tubará (Atlántico) y la Unión Temporal Iluminemos Tubará se dio debido a que el Concejo de esa entidad territorial, a través de un acuerdo, sancionada por el Alcalde en su condición de representante legal, disminuyó la tarifa en relación al impuesto de alumbrado público, contraprestación a través de la cual se iba a cumplir con la obligación de pago por parte de ese municipio, hecho atribuido a la parte contratante que rompió el equilibrio contractual*.

“… *se procederá a condenar en abstracto o in genere al municipio de Tubará (Atlántico) a pagar a la Unión temporal demandante los perjuicios ocasionados a consecuencia del quebrantamiento del equilibrio económico del contrato por el hecho del príncipe que afectó el convenio AMT-DA-035-2002 y generó la terminación unilateral del mismo*”.

Lo que se deja sentado tampoco afecta a la parte demandada en su condición de apelante único, en la medida en que, como se advirtió, la condena en abstracto emitida en su contra partió de la premisa de que la alteración negativa del contrato ocurrió por cuenta de circunstancias acaecidas durante el término de su ejecución y con base en dicho postulado emitió la condena in genere.

En el contexto advertido, la Sala evidencia que la verdadera causa que condujo a la parálisis y frustración del contrato consistió en la modificación de las tarifas convenidas por concepto de impuestos del alumbrado público que mensualmente debía pagar el municipio al concesionario, lo cual convirtió el proyecto en financieramente insostenible. Así se concluye de la motivación del acto por el cual se instrumentó la terminación unilateral del contrato en la que se consignó (se transcribe literal, incluso posibles errores):

*“Que el flujo financiero presentado en la propuesta técnico – económica en lo referente a los egresos durante los años 1 y 2 (Agosto a diciembre de 2003) está sobre estimada en 1.269 millones aproximadamente igualmente la proyección de los ingresos reflejados en la propuesta técnico económica se presentaron en tarifas diferentes a lo vigente a julio de 2002 que eran facturadas de conformidad al Acuerdo 17 de 1987 esto ocasionó graves daños al cumplimiento del contrato por ser insostenible el proyecto porque el concesionario manifiesta que del 100% de los ingresos proyectados a recaudar solo un 18% se recauda en proporción a lo que estaba proyectado en el flujo financiero, igualmente manifiesta el concesionario la insostenibilidad del proyecto por las sumas facturadas, recaudadas, traslado y las operaciones que se derivan de las mismas”.*

Esa situación también se desprende de los informes mensuales de interventoría, suscritos sobre la ejecución del contrato de concesión, de los cuales es posible extractar el valor de energía consumida,el valor de recaudo del impuesto**,** el costo de repotenciación y mantenimiento y elcosto de operación y mantenimiento en el período comprendido entre noviembre de 2002 y septiembre de 2003.

Se reitera que en el informe rendido por la interventoría durante septiembre de 2003 se consignó que la inversión total realizada por el concesionario hasta esa fecha ascendía a $339’242.656 y para entonces solo había logrado recuperar $81’011.855, a través de los ingresos obtenidos de los recaudos realizados por Electricaribe.

Así mismo, se indicó que en septiembre de 2003, esto es, con posterioridad a la variación tarifaria “*de los VIENTITRÉS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS M/CTE que deberían ingresar este mes de acuerdo al flujo financiero proyectado de la concesión, solo ingresaron a la concesión NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS*”.

La circunstancia relatada llevó a que la ejecución del contrato de concesión se suspendiera por espacio de 18 meses, de manera previa a la expedición del acto de terminación unilateral.

Ahora bien, los hechos narrados en punto a la modificación de las tarifas del impuesto por parte del Concejo Municipal fueron enmarcados por el *a quo* en la teoría del hecho del príncipe, en forma acertada en sentir de la Sala, como causa generadora de ruptura del equilibrio económico del contrato, hecho que, a su turno, al revelarse como una situación insuperable, sirvió de sustento para la declaratoria su terminación unilateral, adoptada por el municipio en la resolución demandada, bajo el entendido de que el servicio no podría seguir prestándose con esos niveles de insostenibilidad del proyecto.

Sumado a lo indicado, cabe poner de relieve que, al margen de que el marco general normativo que informó el contrato correspondió a las normas del Estatuto de Contratación Estatal, debe tenerse en consideración que, de igual manera, en el texto contractual las partes acordaron remitirse a las disposiciones que consagró la Ley 143 de 1994 en materia de indemnización por insuficiencia del recaudo para cubrir los costos mensuales de los servicios entregados en concesión.

En efecto, importa destacar que, de acuerdo con la cláusula décima primera del Contrato No. AMT-DA-035-2002, se convino que en caso de insuficiencia en el recaudo para cubrir el costo mensual de los servicios entregados en concesión, las partes optarían por acordar la ampliación del plazo de la concesión y ajustar las tarifas del impuesto del alumbrado público, o se pagaría la diferencia al concesionario, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80, en concordancia con el artículo 60 de la Ley 143 de 1994.

Al respecto, se tiene que el referido artículo 60, cuya aplicación fue acordada por las partes en el texto contractual, establece que la remuneración del contrato de concesión consiste en las tarifas o precios que los usuarios de los servicios pagan directamente a los concesionarios, las cuales son fijadas de acuerdo con las disposiciones determinadas en esa ley.

Según el precepto legal invocado, en el contrato cuando por razones ajenas a la voluntad del concesionario no se pudieren fijar las tarifas en niveles que permitan recuperar los costos económicos de prestación del servicio en condiciones óptimas de gestión, el concedente debería reconocer la diferencia entre los valores correspondientes a la prestación con tales costos y los valores facturados con las tarifas que efectivamente se apliquen.

Así pues, viene a ser claro que, según lo estipulado por los extremos co-contratantes, en caso de que sobrevinieran circunstancias ajenas al contratista que impactaran las tarifas y obstaculizaran la recuperación de los costos de prestación del servicio, el concedente debía adoptar las medidas restablecedoras de la ecuación económica inicial, en los términos de la norma citada.

Sin embargo, a pesar de concretarse la ocurrencia de dichas circunstancias adversas y de acreditarse que tal acontecer tuvo la virtualidad de impactar considerablemente los porcentajes de recaudo y de impedir que se recuperara el monto de la inversión, la entidad no solo no honró el pacto negocial en punto al reconocimiento de la diferencia tarifaria a la que se hizo inmediata alusión y que operaba siempre que el contrato no se hubiere finalizado, sino que, además, luego de convenir la suspensión del mismo por espacio de 18 meses, vencido ese plazo adoptó la terminación unilateral del contrato sin reconocer en favor del concesionario ningún tipo de compensación por el desbalance sufrido de tiempo atrás.

Con base en lo expuesto, la Sala considera que en ese caso procedía la compensación acordada por las partes en los términos del artículo 60 de la Ley 143 de 1994, desde la fecha en que se hizo efectiva la modificación tarifaria dispuesta por el Concejo municipal mediante Acuerdo No. 024 del 30 de julio de 2003 hasta la fecha en que se suspendió la ejecución del contrato, consentida por la parte actora, pues a partir de ese momento cesó la ejecución del servicio, lo que conducía a que ya no hubiera tarifas que recaudar, ni respecto de las cuales procediera la respectiva compensación de valores entre facturas.

Conclusión

De cuanto antecede es válido sostener que, en modo alguno, la condena dictada *in genere* por el operador de primer grado comprendió el reconocimiento de un perjuicio hipotético. Por oposición, el reconocimiento y pago de la condena ordenada se deriva, efectivamente, de la ocurrencia de un daño real y cierto que consistió en la imposibilidad de explotar el servicio concesionado y de percibir el provecho resultante de esa actividad durante el plazo pactado, por causas ajenas a la voluntad del concesionario.

Por último, la Sala anota que la inconformidad concentrada en el recurso de alzada gravitó alrededor de la ausencia de demostración de los perjuicios reclamados sin referirse de manera expresa a los parámetros trazados por la primera instancia para la liquidación de la condena in genere.

A pesar de lo anterior, la Sala estima que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, cuyos dictados consagran que  *“(…) el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”,* concierne a esta instancia modificar los lineamientos impartidos por el Tribunal *a quo* para liquidar los perjuicios, en cuanto constituyen un aspecto estrechamente ligado al concepto, al alcance y a los límites de su reconocimiento. Como consecuencia, los parámetros dictados para ese propósito atenderán exclusivamente a las consideraciones expuestas a lo largo de este fallo.

Lo anterior no entraña una transgresión al principio de la *no reformatio in pejus*, si se tiene en consideración que los términos a los que acudió la primera instancia para efectos de emitir la condena in genere no trascendieron el campo de la abstracción y resultaban difícilmente realizables.

Al respecto, se evidencia que no se fijaron linderos temporales ni parámetros concretos y cuantificables encaminados a liquidar los perjuicios reconocidos, carencias que dejaban abierta la posibilidad de estimar montos desorbitados y que debían zanjarse a partir de la fijación de límites claros y verificables como los señalados en esta providencia.

Así pues, con el propósito de establecer los parámetros que a la luz de lo advertido deben observarse a la hora liquidar la indemnización de perjuicios deprecada, cuya condena fue ordenada en abstracto por la primera instancia[[38]](#footnote-38) y así se habrá de mantener por no tener elementos probatorios suficientes para cuantificarla, se acudirá a un criterio de equidad en mérito del cual deberán considerarse las siguientes reglas:

1.- Para promover el respectivo incidente ante el Tribunal de primera instancia, el demandante deberá sujetarse a los términos previstos por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998 (artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984).

2.- Para hallar el valor que debe reconocerse a la unión temporal Iluminemos Tubará, se deberá disponer la práctica de pruebas en orden a analizar de manera conjunta lo siguientes aspectos:

2.1.- En cuanto a la compensación de la diferencia tarifaria causada durante la ejecución del contrato con la modificación tarifaria dispuesta por el concejo municipal de Tubará.

Corresponderá analizarse conjuntamente los pliegos de condiciones que gobernaron el procedimiento de selección que antecedió la celebración del Contrato No. AMTD-DA-035-2002, la propuesta presentada por la unión temporal Iluminemos Tubará, el contrato de concesión No. AMTD-DA-035-2002, los documentos contables en los que constan los datos económicos del proyecto y los informes de interventoría rendidos durante su ejecución, para que, luego de su cotejo y el análisis del modelo financiero base de la concesión, se establezcan, en los términos del artículo 60 de la Ley 143 del 1994, los valores que deben reconocerse a la demandante por concepto de la compensación por diferencia tarifaria causada entre la fecha en que se hizo efectiva la modificación de tarifas dispuesta por el Concejo municipal mediante Acuerdo No. 024 del 30 de julio de 2003 hasta la fecha en que se suspendió la ejecución del contrato.

2.2. En cuanto al provecho dejado de percibir como consecuencia de la terminación unilateral.

En atención en a que no reposa en el plenario el pliego de condiciones y la propuesta presentada por la Unión temporal demandante y en virtud de la cual resultó favorecida con la adjudicación del contrato, en el trámite incidental de la liquidación de perjuicios deberán examinarse esos documentos para establecer los términos en que quedó insertado el modelo financiero base de la concesión.

A partir de su revisión y de acuerdo con los términos de la estructura financiera ensamblada en el negocio, se establecerá el promedio de utilidades que debieron obtenerse durante los meses que duró la ejecución y el monto de las mismas será proyectado por el plazo dispuesto en el contrato para efectuar las labores de suministro, mantenimiento y repotenciación del sistema de alumbrado, actividades que constituyeron el componente de inversión a cargo del contratista. Al efecto, deberá tenerse en cuenta que de conformidad con las cláusulas tercera, quinta y décimo cuarta, el plazo previsto para las labores de suministro e instalación de luminarias debía llevarse a cabo en un término máximo de veinticuatro (24) meses.

El hecho de que el período que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo del provecho dejado de obtener deba coincidir con aquel pactado para la realización de las labores de suministro de luminarias y el mantenimiento de la infraestructura, en otras palabras, para la ejecución de actividades que exigían una inversión por parte del contratista, estriba en que, de acuerdo con el numeral 1.3 de la cláusula primera, ese era precisamente el término que necesariamente debía subsistir el contrato para efectos de llevar el sistema eléctrico a un nivel de eficiencia del 85%, por cuenta de la inversión inyectada al mismo.

 A ello se suma que, finalmente, la inversión a la cual se obligó el contratista fue efectuada en los términos pactados, de tal suerte que, desde un ángulo de reciprocidad y de proporcionalidad, debe reconocerse el provecho esperado por el tiempo en que, según el contrato, debía dedicar el contratista a la ejecución de las actividades que demandaran su esfuerzo económico en beneficio del proyecto.

Cabe reiterar que no resulta viable la proyección del provecho esperado por la totalidad del plazo pactado, por cuanto ello desarticularía las razones de interés general y la exigencia del servicio público en los cuales descansó la declaratoria de terminación unilateral.

2.2. En cuanto a los valores de la inversión.

Deberán examinarse los documentos contables de la demandante que soporten el monto de la inversión realizada en la infraestructura de alumbrado público, a la cual se obligó en el contrato de concesión y con base en aquellos se deberán reconocer las sumas pendientes de reembolsar por ese concepto. En ese sentido, se precisa que no resultaría ajustado pagar las sumas que por concepto de inversión ya fueron retornadas al contratista. Como consecuencia, su monto deberá ser descontado.

3-. En ambos casos, los valores obtenidos deberán ser actualizados a la fecha de ejecutoria de la providencia que culmine el trámite incidental.

4.- El monto a reconocer no podrá exceder la cuantía total de $500’000.000 en la cual se estimaron las pretensiones de la demanda[[39]](#footnote-39).

Con apoyo en lo expuesto, aun cuando no prosperan los argumentos de la apelación relativos a la ausencia de demostración de los perjuicios deprecados, se modificarán los parámetros dictados por la primera instancia para liquidar el monto de los perjuicios que se habrán de reconocer a la Unión temporal demandante y, en su lugar, se implementarán los expuestos anteriormente.

4.2. De la existencia del acta de liquidación bilateral

Un argumento adicional que expuso el apelante, en relación con este mismo punto, se basó en que, luego de ser proferida la terminación unilateral, el contrato de concesión fue liquidado bilateralmente por las partes, sin que la parte demandante hubiera presentado reparo sobre el particular, lo que se oponía al reconocimiento de perjuicios en instancia judicial.

Sin embargo, el apelante no indicó con precisión la fecha en que supuestamente se llevó a cabo la negociación, tampoco mencionó su existencia en la contestación de la demanda presentada tres años después de haberse terminado el contrato, ni elevó la solicitud probatoria tendiente a que se aportara el mencionado documento.

La misma omisión se predica respecto del trámite de la apelación, pues en el evento hipotético de que dicho acto jurídico se hubiere suscrito con posterioridad a la oportunidad para pedir pruebas en la primera, bien ha podido ejercer el derecho a solicitar pruebas en segunda instancia, siempre que se reuniera alguno de los supuestos contemplados en el artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, lo cual no aconteció.

En relación con este punto, debe decirse que, mediante oficio del 17 de julio de 2012, siete años después de haberse terminado el contrato de concesión, el Tribunal *a quo* requirió al municipio de Tubará para que allegara al expediente copia del contrato de concesión, sus anexos, pólizas y todos los documentos relativos a su ejecución y a los pagos que reposaran en sus archivos. A pesar de ello, al dar respuesta al requerimiento, en ningún momento se acompañó a los documentos aportados, el mencionado acto de liquidación bilateral.

Por el contrario, en escrito del 28 de septiembre de 2012 la parte actora indicó que *“la liquidación ordenada en la Resolución 074 nunca se ha realizado pese a que mi mandante presentó una propuesta para ello en octubre de 2005*”, afirmación que resulta coincidente con lo concluido por la Contraloría Departamental del Atlántico, en el informe rendido el 4 de julio de 2006[[40]](#footnote-40) sobre la ejecución y terminación del contrato de concesión No. AMT-DA-035-2002, documento en el cual se consignó que “*el contrato se encuentra terminado pero no liquidado*”.

Como consecuencia, la Sala encuentra que la afirmación del recurrente en cuanto a la existencia del acto de liquidación bilateral se haya desprovista de sustento probatorio. En consideración a lo expuesto, los argumentos del recurso de apelación que acaban de resolverse se encuentran infundados.

4.3 De la vulneración al debido proceso

El último cargo de censura se fundamentó en el hecho de que el tribunal de primera instancia desconoció las garantías procesales del demandado y vulneró su debido proceso, en razón a que pese a haberse decretado la prueba solicitada por el municipio, consistente en oficiar a Electricaribe para que informara sobre el valor del recaudo por concepto del impuesto de alumbrado público en el municipio de Tubará durante el término de ejecución del contrato, mes por mes, el valor del suministro de energía, el valor del mantenimiento, los valores girados por el concesionario como utilidad, lo cierto es que la misma no fue practicada por el Despacho.

Para resolver la discrepancia, la Sala pone de presente que la referida prueba fue decretada por el Tribunal de primera instancia, mediante auto del 22 de abril de 2009, por el cual se dispuso la apertura del debate probatorio. En cumplimiento de dicha decisión, la Secretaría libró el oficio No. 4621-H 09 del 27 de mayo del mismo año, en cuyo contenido se aprecia que dicho documento fue radicado[[41]](#footnote-41) ante Electricaribe S.A. E.S.P. al día siguiente.

No se evidencia que la entidad requerida hubiera emitido respuesta a la solicitud elevada. Posteriormente, el 2 de marzo de 2011, encontrándose vencido el periodo probatorio, el Despacho conductor del proceso ordenó correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión.

En el orden señalado, se tiene que no obstante que Electricaribe no allegó la respuesta al oficio en referencia, lo cierto es que el demandado en momento alguno insistió en su práctica y tampoco se opuso a través de los recursos procedentes contra la decisión que dispuso la preclusión del período probatorio, lo cual refleja una inactividad procesal de su parte, que no puede ser invocada como excusa para sustentar la apelación contra el fallo de primera instancia.

Ligado a lo anterior, no es menos importante señalar que la necesidad de dicha prueba se hallaba satisfecha, dado que, dentro de los anexos allegados por la parte actora con la demanda, reposaba un documento suscrito por Electricaribe, en respuesta a una petición presentada por la unión temporal demandante, en el cual suministró información en la que se discriminaba el valor de la facturación del impuesto de alumbrado público, el valor del recaudo del impuesto de alumbrado público, el valor de la facturación del servicio de alumbrado público, el valor de los ajustes, del IVA y de los remanentes girados.

Así mismo, obran los informes de interventoría sobre la ejecución del contrato, en los cuales también se extrae la información requerida. Igualmente, militan los informes de rendición de cuentas del fideicomiso constituido por la unión temporal Iluminemos Tubará con el producto del recaudo del impuesto, en cumplimiento de la cláusula décima primera del Contrato de Concesión No. AMT-DA-035-2002, administrado por Fiducomercio, con expresa indicación de sus ingresos y egresos[[42]](#footnote-42).

En adición, la Sala no pasa por alto que, según lo expresó el impugnante, la solicitud probatoria se formuló sobre la base de que era indispensable demostrar el carácter lucrativo del negocio y la inexistencia de perjuicios para el demandante.

Frente a ese argumento, la Sala recuerda que el recorrido probatorio emprendido, en punto a la demostración de los perjuicios padecidos por la unión temporal, puso de relieve que durante la ejecución del proyecto se presentó un desbalance financiero que reveló su insostenibilidad económica, por cuenta de la modificación de las tarifas cobradas por concepto del impuesto al alumbrado público, a tal extremo que fue esa situación la que determinó su suspensión y, luego de 18 meses, su terminación unilateral.

Ante ese panorama, resulta desacertado sostener que la ejecución del proyecto durante el ínfimo tiempo en que se llevó a cabo, respecto del que se proyectaba explotar, generó provecho para el contratista y evitó la causación de perjuicios, cuando es claro que antes de vencerse el primer año del plazo pactado, las tarifas base de recaudo del impuesto de alumbrado público, que a su turno constituyeron el rubro pactado para cubrir el costo mensual de los servicios entregados en concesión, fueron ajustadas por el Concejo Municipal, impactando de esta manera, según los referidos informes de interventoría, el flujo financiero del proyecto e impidiendo no solo que el contratista recuperara la inversión efectuada para la repotenciación del servicio, sino que obtuviera el beneficio esperado.Con apoyo en lo explicado, la Sala encuentra infundado el cuarto cargo del recurso de apelación.

Por las razones expuestas, la sentencia de primera instancia será modificada en punto a lis lineamientos trazados para efectuar la liquidación de los perjuicios debido a la Unión temporal Iluminemos Tubará.

**5. Costas**

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

##### F A L L A

**1.- MODIFICAR** lasentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, el diecisiete (17) de mayo de dos mil trece (2013), por las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar se dispone:

**“*PRIMERO:*** *Declarar que durante la ejecución del contrato de concesión No. No. AMT-DA-035-2002 se presentaron circunstancias que afectaron su equilibrio económico y que condujeron a que el municipio de Tubará, a través de la Resolución No. 074 del 22 de julio de 2005 lo terminara unilateralmente, todo lo cual ocasionó perjuicios al concesionario unión temporal Iluminemos Tubará.*

*“****SEGUNDO:*** *Como consecuencia de la anterior declaratoria, se condena en abstracto al municipio de Tubará a pagar a la unión temporal Iluminemos Tubará la suma correspondiente a los perjuicios derivados de las circunstancias descritas, condena que se liquidará en la forma señalada en la parte motiva* de esta providencia.

*“****TERCERO. -*** *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*“****CUARTO. -*** *Sin condena en costas.*

*“****QUINTO.-*** *La condena impuesta se sujetará a lo dispuesto en el artículo 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.*

***“SEXTO.-*** *Por Secretaría, expídanse las copias del presente fallo y las constancias que ordena la ley”.*

**2.-** Sin condena en costas en esta instancia.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

*“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; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

 *“(…)”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 22 de septiembre de 2005, correspondió a $381.500. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 27 de febrero de 2013, exp. 20.521, M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 36.252. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibídem. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Exp. 12 de febrero de 2015, Exp. 33.395, C.P. (e) Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-8)
9. “*Artículo 14º.-**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 2 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 77 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 aun cuando no se consignen expresamente.”*** (La negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 15 de agosto de 2007, AP. 2003-00689, C.P: Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-10)
11. Original de la cita: Por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público. DIARIO OFICIAL No. 46.334 de 19 de julio de 2006. [↑](#footnote-ref-11)
12. Original de la cita: DIARIO OFICIAL No. 46.691, lunes 16 de julio de 2007. [↑](#footnote-ref-12)
13. Original de la cita: Vid. Concepto SSPD 200013000000507 en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica, Tomo IV, Imprenta Nacional, Bogotá, primera edición, 2001, P. 300 y ss. En el mismo sentido Concepto SSPD-OJ-2005-062, en www.superservicios.gov.co [↑](#footnote-ref-13)
14. Original de la cita: En los últimos años han cursado varios proyectos de ley que han pretendido establecer un régimen jurídico completo en materia de alumbrado público. Vid. ROJAS RIOS, Alberto, Derechos de los usuarios del servicio de alumbrado público, en V.V.A.A. Derecho de los usuarios del servicio público de energía eléctrica y gas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, noviembre de 2004, P. 230 y ss. [↑](#footnote-ref-14)
15. Concepto MME-CREG–E–2003–006424, Respuesta: S – 2004 – 000048, en www.creg.gov.co. En el mismo sentido SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Concepto SSPD 20021300000552-A, en www.superservicios.gov.co [↑](#footnote-ref-15)
16. Original de la cita: 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-16)
17. Original de la cita: 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-17)
18. Original de la cita: Concepto MME-CREG–E–2003-006662, Respuesta: S – 2004 – 000265, en www.creg.gov.co [↑](#footnote-ref-18)
19. Original de la cita: 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-19)
20. Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 25 de septiembre de 2013, Exp.19933, Demandante: Consorcio Glonmarex, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En lo que importa para el presente caso se destacan las siguientes consideraciones de la jurisprudencia unificada:

*“A juicio de la Sala, en esta ocasión debe retomarse el asunto para efectos de modificar la tesis jurisprudencial que se ha venido siguiendo y, por tanto, debe puntualizarse que si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas –comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales─, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo –legitimatio ad processum-, por intermedio de su representante.*

*“(…)”.* [↑](#footnote-ref-20)
21. La parte actora no presentó recurso de apelación para insistir en la declaratoria de nulidad de dicha decisión. [↑](#footnote-ref-21)
22. SALINAS UGARTE, Gastón. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. Primera edición. Editorial Abeledo Perrot-Thomson Reuters. Santiago 2011. Página 375. [↑](#footnote-ref-22)
23. SANTOS BRIZ, Jaime. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Derecho sustantivo y derecho procesal. Tomo I. Séptima edición. Editorial Montecorvo S.A.. Madrid 1993.Página 153. [↑](#footnote-ref-23)
24. MORELLO, Augusto M. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL. Tercera edición. Librería Editorial Platense, Buenos Aires 2003. Pág. 396-397. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 4 de noviembre de 2015, Exp.38.785, C.P. (e) Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 18 de marzo de 2010, expediente: 14390, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 29 de abril de 2015, expediente: 31.818, C.P. Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-27)
28. DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”. Tercera Edición. 2016. Legis Editores. Página 649. [↑](#footnote-ref-28)
29. BENAVIDES, José Luis. EL CONTRATO ESTATAL. Universidad Externado. Segunda Edición – Cuarta reimpresión octubre de 2010. Página 154. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 23 de noviembre de 2016, Exp: 52.161, actor: Unión temporal Publiestadios, demandado: IDRD. “*Siguiendo esa misma línea de pensamiento, se agrega que tampoco resultaría ajustado a derecho asignar al concesionario la asunción de los riesgos cuya concreción se derive directamente de la voluntad exclusiva de la entidad contratante y que tuvieran la virtualidad de afectar la normal ejecución del contrato. Tal sería el caso de los supuestos de incumplimiento contractual o de la ocurrencia de circunstancias constitutivas de ruptura del equilibrio económico del contrato originadas en la actuación de la Administración contratante como se presentaría en los eventos del ejercicio del ius variandi o del hecho del príncipe*”. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1999, Exp. 11.343 actor: Miguel Castellanos Rodríguez, demandado: HIMAT “*En el caso concreto, bien cierto que, la no adjudicación lo privó de obtener unas utilidades, pero no menos cierto que, el obtenerlas en su totalidad - según el mecanismo que se escoja para la indemnización -****sin haber aplicado sus fuerzas de trabajo y organización empresarial como contratista a la obra****, procuraría para el no adjudicatario demandante, una situación de mejoría o beneficio, que puede exceder el justo punto de equilibrio razonable, que ha de gobernar la fijación del quantum indemnizatorio en casos como el presente.*

*“Estima la Sala que, no es lo mismo obtener una utilidad determinada aplicando las fuerzas de trabajo del contratista y todo lo que comporta la ejecución de la obra, que obtener por la vía indemnizatoria, igual suma dineraria, sin tener en cuenta, la incidencia que puede tener en la obtención de la utilidad,* ***el no haber estado en la ejecución de la obra****. En otros términos, no se compadece con el principio de equidad, que exige la consideración de la situación del responsable y no exclusivamente del perjudicado, reconocer una indemnización sobre la utilidad estimada de la real ejecución del contrato, prescindiendo de un hecho inequívoco, cual es que, el no adjudicatario no realizó las obras, esto es, no tuvo el compromiso dentro del plazo ofertado de haber dedicado sus esfuerzos y atención al cumplimiento del negocio que devino frustrado.*

*“A la luz del derecho de daños, no se trata de negar la indemnización al no adjudicatario, sino de reconocer, que el quantum indemnizatorio cuando ha de tasarse partiendo de la noción de utilidades esperadas, bien puede verse reducido razonable y equitativamente, en el equivalente al valor del tiempo no destinado en la ejecución de las obras y ante la ausencia de esfuerzos, vicisitudes y riesgos connaturales a la ejecución de un contrato de tal naturaleza que conforman el contenido del débito contractual que hubiera tenido que asumir y ejecutar de habérsele adjudicado el contrato, como que la Sala considera que no es lo mismo obtener las utilidades trabajando y ejecutando el contrato, que obtenerlas, sin haberlo ejecutado”.* [↑](#footnote-ref-31)
32. Así se desprende del contenido de la Resolución No. 074 del 22 de julio de 2002 por medio de la cual el municipio de Tubará terminó unilateralmente el Contrato de concesión para la operación del servicio de alumbrado público No. AMT-DA 035 del 2002. Fls. 7-9 C1. [↑](#footnote-ref-32)
33. Fls. 12-24 C1. [↑](#footnote-ref-33)
34. Fls.36-37 C1. [↑](#footnote-ref-34)
35. Fls. 31-33 C1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Fls. 86-88 C1. [↑](#footnote-ref-36)
37. Se transcriben los hechos:

*“11.- Para el mes de julio del 2003, debido a desacuerdos políticos del Concejo Municipal de Tubará expidió un acuerdo, con el cual se modificaban las tarifas inicialmente pactadas entre las partes, para dejar vigentes las estipuladas en un acuerdo del año 87, que evidentemente estaban por debajo de lo inicialmente proyectado en el contrato, y con lo cual se vería reflejado un desequilibrio financiero que provocaría el atraso en el pago de las obligaciones ocasionándose para los miembros de la unión temporal un servicio a pérdida.*

*“12.- En vista del desequilibrio financiero del mismo, el 2 de octubre de 2003 el municipio de Tubará representado León Barraza y el Sr. René Cardozo como Representante Legal del contratista Unión Temporal Tubará suscribieron acta de suspensión”.* [↑](#footnote-ref-37)
38. *No sobra precisar que la Sala no encuentra ajustados los parámetros trazados por la primera instancia para efectos de liquidar la condena ordenada, pues los lineamientos indicados no se compadecen con el modelo financiero que por regla general sirve de estructura económica para un contrato de concesión para el servicio de alumbrado público y que debió fungir como la base para efectuar los respectivos cálculos. Tampoco estima pertinente y conducente la alusión que se hace a la necesidad de aportar los registros civiles de nacimiento de los miembros de la unión temporal.*  [↑](#footnote-ref-38)
39. Ver folio 4 de la demanda. [↑](#footnote-ref-39)
40. Fls.96-150 Anexo 1. [↑](#footnote-ref-40)
41. Fls. 230 C1. [↑](#footnote-ref-41)
42. Fls. 30-54 Anexo 1. [↑](#footnote-ref-42)