

**NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - Legitimación en la causa
– Titularidad de la acción - Interés directo - Ley 1437 de 2011 artículo
141**

[...] el CPACA mantuvo el criterio de la legitimación restringida, pues en su artículo 141, el cual regula el medio de control de controversias contractuales, dispuso que el tercero que acredite un interés directo podrá pedir la nulidad absoluta del contrato.

A partir del anterior recuento normativo y jurisprudencial, la Sala concluye que el criterio que ha prevalecido es el de la legitimación restringida, esto es, que los terceros deben acreditar un interés directo para solicitar la nulidad absoluta del contrato, con excepción del interregno de tiempo que transcurrió desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 hasta la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, en el cual la titularidad de la acción contractual, como quedó visto, radicaba en cualquier persona, de modo que, frente a las demandas interpuestas en ese preciso período, no era exigible ni necesario acreditar el interés directo para satisfacer el presupuesto procesal de la legitimación en la causa por activa.

**NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - Legitimación en la causa
– Titularidad de la acción - No se requiere interés directo - Ley 80 de
1993**

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que en el presente caso las demandas acumuladas se presentaron en 1997, esto es, en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 446 de 1998, época para la cual no era exigible acreditar un interés directo para solicitar la nulidad absoluta del contrato, porque la titularidad de la acción recaía en cualquier persona, se concluye que los demandantes [...] están legitimados en la causa por activa.

**PROMESA DE SOCIEDAD – Modalidad de contrato de promesa – Ley 153
de 1887 artículo 89 - Código de Comercio artículo 861 – Creación de
nueva sociedad**

Según lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la promesa de sociedad o promesa de sociedad futura corresponde a una modalidad del contrato de promesa, cuya validez y eficacia se encuentran reconocidas por los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 861 del Código de Comercio. A su vez, el artículo 119 ibídem establece, por un lado, que la promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito con las cláusulas que deban expresarse en el negocio jurídico —artículo 110— y la indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad, y por el otro,

que los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella.

[...] En efecto, se tiene que las sociedades A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A., bajo la modalidad de promesa de sociedad futura, participaron en la licitación pública internacional [...] y resultaron adjudicatarias del proceso de selección, forma de participación que, además de que fue prevista en el pliego de condiciones, encontraba soporte legal —parágrafo 2º, artículo 32, de la Ley 80 de 1993— (F.J. 7.1.1).

En consecuencia, una vez adjudicada la propuesta a ese proyecto de sociedad futura, surgió la obligación en cabeza de los oferentes -promitentes-, en el sentido de constituir la sociedad prometida, aspecto que se vio materializado con la constitución de Sera Q.A. Tunja S.A., nueva sociedad con la cual el Municipio, como estaba previsto en el pliego de condiciones y como en efecto correspondía — artículo 98 del Código de Comercio—, celebró el contrato de concesión No. 0132 de 1996.

FACULTADES DE LOS ALCALDES PARA CONTRATAR - Artículo 313 de la Constitución Política – Artículo 315 Constitución Política – Atribuciones – CONCEJOS MUNICIPALES – Otorgamiento de autorización – Reglamento de procedimiento para contratar

[...] dicha circunstancia no era un obstáculo para que el alcalde del Municipio suscribiera el contrato de concesión para el sistema de acueducto y alcantarillado, en tanto la competencia de los mandatarios locales para celebrar negocios jurídicos deviene de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 11.3., literal b —entre otros— se estipuló que a nivel territorial los alcaldes tienen competencia para celebrar contratos en nombre de la entidad.

En tal sentido, cabe precisar que si bien el artículo 313.3 de la Constitución Política, en armonía con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 — vigente para la época de los hechos—, consagra que a los Concejos Municipales les corresponde autorizar al alcalde para celebrar contratos, lo cierto es que dicha autorización debe entenderse como aquella potestad reglamentaria, en virtud de la cual los Concejos trazan el procedimiento que deberán seguir los alcaldes para que, en los casos que así lo dispongan estas corporaciones, adelanten el respectivo trámite y obtengan la autorización para contratar.

Así las cosas, la exigencia prevista en el artículo 313.3 de la Constitución Política, no puede interpretarse de forma tal que obligue al alcalde a solicitar la autorización de los concejos municipales en todos los casos en que vaya a contratar, sino únicamente en los que estas corporaciones, vía reglamento o acuerdo, así lo dispongan. En pocas palabras, a los Concejos Municipales les corresponde señalar cuáles contratos requieren de su autorización para que el alcalde los pueda celebrar. En este sentido, resulta claro que, por regla general, los alcaldes están facultados en virtud de la Constitución y la Ley para suscribir contratos, sin necesidad de autorización previa de los Concejos Municipales, con excepción de aquellos casos en los que estas corporaciones, vía reglamento o acuerdo, —atendiendo la naturaleza, monto u objeto a contratar—, así lo dispongan, al igual que en los eventos que lo determine la Ley.

SERVICIOS PÚBLICOS - Ley 142 de 1994 – Régimen - Artículo 365 de la Constitución Política

[...] bajo el cambio de paradigma que trajo el artículo 365 de la Constitución Política, en el sentido de que la prestación del servicio público no es del resorte exclusivo del Estado, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, consagró que los servicios públicos pueden ser prestados, entre otros: (i) por empresas de servicios públicos: oficiales, mixtas o privadas — artículo 14 ibidem—; (ii) por personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; y (iii) por los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos.

CONTRATO DE CONCESIÓN - Ley 80 de 1993 artículo 32 – Entidades estatales - Concesionario

[...] el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión como aquel que “celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o

en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

CONTRATO DE CONCESIÓN – Características - Entidad estatal - Concesionario

Esta Sección ha distinguido como características propias del contrato de concesión, las siguientes: (i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; (ii) el concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; (iii) la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien entre otros); y (v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C. nueve (9) de abril de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Apelación sentencia
Radicación: 15001-23-31-000-1997-17024-02 (61894) – Acumulado
Demandantes: PEDRO SIMÓN VARGAS SAENZ Y OTROS
Demandados: MUNICIPIO DE TUNJA Y OTROS

Temas: ACCIÓN PROCEDENTE – un error formal en la denominación de la acción no puede prevalecer sobre el derecho de acceso a la Administración de Justicia, de ahí que una equivocación en ese sentido no tenga la virtualidad de constituir la excepción de inepta demanda / LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATOS – evolución normativa y jurisprudencial en relación con el interés directo que deben demostrar los terceros para pedir la nulidad absoluta – con la expedición de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 446 de 1998 cualquier persona podía solicitar la nulidad absoluta del contrato, sin acreditar un interés directo / PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA – de que trata el parágrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 – con la adjudicación a una propuesta de asociación futura nace la obligación de constituir una sociedad para la posterior celebración del contrato adjudicado – el negocio jurídico se termina celebrando con una persona distinta de los oferentes / FACULTAD DE ALCALDES PARA CELEBRAR CONTRATOS - la regla general es que los alcaldes tienen la facultad para suscribir contratos, sin necesidad de autorización previa del Concejo Municipal y la excepcionalidad es la necesidad de obtener autorización del Concejo / CONTRATO DE CONCESIÓN – naturaleza y características - la celebración de un contrato de concesión no significa la privatización del servicio público.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 25 de abril de 2018, proferida por la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se negaron las pretensiones de las demandas acumuladas.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El alcalde de Tunja abrió la licitación pública No. 002 de 1996 para entregar en concesión la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado del Municipio, siendo adjudicada el 6 de septiembre de 1996 a la propuesta presentada por A.Q.A. de Colombia E.S.P. y Seragua S.A., bajo la modalidad de asociación futura.



Posteriormente, el 1° de octubre de 1996, por medio de la escritura pública No. 3685 de la Notaría 48 del Círculo de Bogotá, A.Q.A. de Colombia E.S.P. y Seragua S.A., junto con otros accionistas¹, constituyeron la sociedad Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. Luego, el 3 de octubre de 1996, el municipio de Tunja y la sociedad Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. celebraron el contrato de concesión No. 0132 de 1996, con el objeto de entregar en concesión la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado del Municipio.

En ejercicio de la acción de simple nulidad, Manuel Casas Abril, Ramón Humberto Sánchez Alba y Sergio F. Umaña interpusieron demanda en contra del municipio de Tunja. Este proceso fue acumulado con el tramitado por el señor Pedro Simón Vargas Sáenz, quien, en ejercicio de las acciones de simple nulidad y de controversias contractuales, igualmente presentó demanda contra el referido ente territorial, la sociedad Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja en liquidación. En ambos procesos se solicitó la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 0132 de 1996, con fundamento en: **(i)** que el alcalde de Tunja carecía de atribuciones para adelantar una licitación pública de esa naturaleza, por cuanto no estaba autorizado por el Concejo Municipal; **(ii)** que el negocio jurídico en cuestión se celebró con una persona jurídica distinta a la que le fue adjudicada la concesión y, por ende, inexistente para el momento de la licitación pública; **(iii)** que con el contrato de concesión se privatizó el servicio público de acueducto y alcantarillado.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda, contestación y trámite en el proceso con radicado No. 16.942

1.1. El 4 de abril de 1997², Manuel Casas Abril, Ramón Humberto Sánchez Alba y Sergio F. Umaña interpusieron demanda en ejercicio de la acción de nulidad simple —prevista en el artículo 84 del CCA— en contra del municipio de Tunja, con las siguientes pretensiones (transcripción literal, incluso con posibles errores):

“PRIMERA: Que es nulo el contrato de concesión para los servicios de acueducto y alcantarillado No. 0132 del 3 de octubre de 1996 firmado entre el doctor MANUEL ARIAS MOLANO, en su calidad de alcalde del municipio de Tunja por una parte como

¹ A saber: Lina Margarita Gómez Hernández, Interdevco S.A. y Centro de Venta Inmobiliaria Ltda.

² Folios 3 a 17 del cuaderno No. 5.



CONTRATANTE y SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A., en su calidad de CONTRATISTA (...).

SEGUNDA: *Que, como consecuencia de la declaración anterior, el señor alcalde del municipio de Tunja asuma nuevamente la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Tunja”.*

1.2. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, los demandantes formularon los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

1.2.1. Indicaron que, mediante la Resolución No. 000517 del 27 de marzo de 1996, el alcalde del municipio de Tunja dio apertura a la licitación pública No. 0002 de 1996, para entregar en concesión la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado del Municipio, la cual fue adjudicada a las sociedades A.Q.A. de Colombia E.S.P. y Seragua S.A.³.

1.2.2. Señalaron que el alcalde de Tunja carecía de atribuciones legales para adelantar un proceso de selección de esa naturaleza, por cuanto *“la atribución para privatizar los servicios públicos domiciliarios, o para determinar su forma de prestación, es discreción exclusiva de los concejos municipales”*. Al respecto, precisaron que mediante el Acuerdo Municipal No. 015 de 1995, se facultó al Ejecutivo para reestructurar la administración central y descentralizada del Municipio, prohibiéndose expresamente que se privatizara cualquiera de los servicios públicos a cargo del ente territorial, aspecto que, según la demanda, fue desconocido por el alcalde al adjudicar en concesión el servicio de acueducto y alcantarillado.

1.2.3. Afirmaron, adicionalmente, que el alcalde de Tunja celebró el contrato con una persona jurídica, con modalidad de sociedad anónima, la cual fue constituida con posterioridad a la adjudicación, de ahí que, según la demanda, quien contrató con el municipio la concesión no participó en el proceso de selección.

1.3. Como fundamento jurídico de la demanda, los demandantes manifestaron que se vulneró el artículo 121 de la Constitución Política, que prevé que *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”*, así como también el artículo 121.1 *ibidem*, que consagró que

³ Así lo indicaron en su demanda; sin embargo, resulta del caso precisar que se adjudicó a la propuesta que presentó A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A., en conjunto con Seragua S.A.



los Concejos Municipales son los encargados de reglamentar la eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado, siendo la única entidad encargada de determinar si la prestación de un servicio público debe hacerse por intermedio del sector privado, en forma mixta o directamente por el municipio a través de una empresa prestadora. Lo anterior, fundado en que en el caso particular no fue el Concejo Municipal sino el alcalde de la ciudad quien, al margen de la Constitución y la Ley, reglamentó la prestación del servicio público.

1.3.1. Adujeron que el Concejo Municipal, mediante el Acuerdo No. 015 de 1995, le prohibió al Ejecutivo celebrar contratos o convenios que tuvieran la finalidad de privatizar cualquiera de los servicios públicos a cargo del municipio, aspecto que, a su juicio, fue desconocido por el municipio al celebrar el contrato censurado.

1.3.2. Aseveraron que, a pesar de que el artículo 5 de la Ley 142 de 1994 establece que los Concejos Municipales eran los facultados para determinar la forma de prestación de los servicios públicos domiciliarios, el alcalde de la época se atribuyó la facultad y estableció la privatización del servicio de acueducto y alcantarillado.

1.3.3. Anotaron que se desconocieron las reglas del Decreto 2785 de 1994, expedido por el entonces Ministerio de Desarrollo Económico, por cuanto, en los términos de ese cuerpo normativo, el alcalde de Tunja debió presentar en consideración del Concejo Municipal la iniciativa mediante la cual pretendía reestructurar el servicio público de acueducto y alcantarillado, cosa que no realizó.

1.3.4. Finalmente, indicaron que el Municipio demandado violó el artículo 22.3 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la sociedad con la que se celebró el contrato de concesión se constituyó con posterioridad a la adjudicación, *“lo cual permite establecer claramente que no pudo haber participado en el proceso de licitación”*.

1.4. Contestación de la demanda

Mediante auto del 14 de mayo 1997, el Tribunal *a quo* admitió la demanda y ordenó la notificación al municipio de Tunja y al Ministerio Público⁴.

⁴ Folio 10 del cuaderno No. 5.



El ente territorial contestó la demanda⁵, oponiéndose a sus pretensiones, con fundamento en que el contrato de concesión no incurrió en un vicio de nulidad absoluta, ni irregularidad alguna, dado que, si bien Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. — con la cual se celebró tal negocio jurídico— se constituyó luego de la adjudicación de la licitación, lo cierto es que así lo ordenaba el pliego de condiciones.

Por otra parte, sostuvo que con el Acuerdo No. 0017 de 1995, expedido por el Concejo Municipal de Tunja, se autorizó al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones que le correspondían al Concejo, de ahí que no resultara irregular que el municipio de Tunja, por intermedio de su alcalde, hubiera celebrado el contrato de concesión. Adicionalmente, indicó que con la celebración del contrato de concesión no se privatizó el servicio de acueducto y alcantarillado.

1.5. Solicitudes de coadyuvancia

1.5.1. Hugo Hernando Porras Rodríguez, quien adujo ser representante de los usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado de Tunja ante la sociedad Sera Q.A. E.S.P. S.A., solicitó que se le tuviera como coadyuvante de la parte actora⁶, solicitud que fue aceptada por el *a quo* mediante auto del 18 de febrero de 1998⁷.

1.5.2. Pedro Simón Vargas Sáenz y Pablo Ignacio Jaramillo también pidieron que se aceptara su intervención como coadyuvantes de la parte actora⁸, condición que les fue reconocida a través de auto dictado por el Tribunal el 11 de marzo de 1998.

1.6. Alegatos de conclusión

Una vez vencido el término probatorio, el Tribunal corrió traslado para alegar de conclusión⁹.

⁵ Folios 17 a 27 del cuaderno No. 5.

⁶ Folio 32 del cuaderno No. 5.

⁷ Folio 35 del cuaderno No. 5.

⁸ Folios 36 y 37 del cuaderno No. 5.

⁹ Folio 55 del cuaderno No. 5.



1.6.1. La parte actora y la entidad demandada reiteraron lo expuesto en la demanda y su contestación, respectivamente¹⁰.

1.6.2. El coadyuvante Hugo Armando Porras Rodríguez también alegó de conclusión¹¹ y solicitó declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión, porque, en su criterio, el negocio jurídico fue suscrito con Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., sin que esta hubiera nacido jurídicamente como sociedad, *“ya que en ninguna parte del contrato de concesión aparece la certificación de la Cámara de Comercio de Tunja donde se hubiese inscrito previamente la sociedad Sera Q.A., mucho menos donde aparezca que el señor Francisco Carmona González quien aparece firmando el susodicho contrato (...) como concesionario ...”*. Adicionalmente, indicó que en el proceso de selección participó Seragua S.A. —la cual, en conjunto con A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A., presentó propuesta en la licitación—, empresa extranjera que no cumplía con los requisitos mínimos establecidos en el Código de Comercio en relación con el régimen de las sociedades extranjeras para el ejercicio en Colombia.

Señaló, además, que el contrato de concesión objeto de estudio violó la Constitución Política en sus artículos 6 y 13, en tanto los Acuerdos Nos. 013 y 015 de 1995 expedidos por el Concejo Municipal no facultaron al entonces alcalde de Tunja para liquidar la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja, ni mucho menos para entregar la concesión a empresas particulares, a título gratuito.

2. Demanda, contestación y trámite en el proceso con radicado No. 17.024

2.1. El 4 de mayo de 1997, Pedro Simón Vargas Sáenz interpuso demanda en ejercicio de las acciones de nulidad simple y de controversias contractuales, previstas en los artículos 84 y 87 del CCA, respectivamente, en contra del municipio de Tunja, Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja en liquidación, con las siguientes pretensiones (transcripción literal, incluso con posibles errores):

“(...) que en la sentencia se decrete la nulidad del contrato de concesión No. 0132 de fecha 3 de octubre de 1996, celebrado entre el municipio de Tunja, Manuel Arias

¹⁰ Folios 58, 59, 66, 68 y 78 del cuaderno No. 5.

¹¹ Folios 133 y 134 del cuaderno No. 5.



Molano, y la compañía SERA Q.A. TUNJA E.S.P. S.A., por ser ostensiblemente violatorio de normas de superior jerarquía contenidas en la Ley 80 de 1993; así como las resoluciones ejecutivas No. 01055 de fecha 6 de septiembre de 1996 y No- 00971 del 16 de agosto de 1996, expedidas por el mismo alcalde.

Como consecuencia de lo anterior, se restablezca la situación de funcionabilidad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja Ltda., hasta tanto se resuelva de fondo, con la obligación de seguir operando en la forma anterior a la celebración del contrato objeto de esta demanda, con intervención de los órganos de control y vigilancia de la administración pública”¹².

2.2. Luego, el 15 de mayo de 1997, Pedro Simón Vargas Sáenz presentó escrito de adición de demanda, con el fin de realizar “*aclaraciones*”, entre otras cosas, frente a las pretensiones elevadas, las cuales precisó de la siguiente manera:

“1. DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA del contrato de CONCESIÓN, celebrado entre el alcalde mayor de la ciudad (...) y el señor FRANCISCO CARMONA GONZÁLEZ, quien obró al parecer como representante legal de la firma SERA Q.A. TUNJA E.S.P. S.A.

2. Ordenar la suspensión provisional de la ejecución del mismo contrato, ordenando se reasuma la OPERACIÓN del servicio público de acueducto y alcantarillado, por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE TUNJA LTDA. En liquidación”¹³.

2.3. Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, la parte demandante formuló los siguientes hechos que, a continuación, la Sala sintetiza:

2.3.1. Expresó que el alcalde de Tunja, con desviación de poder y en favorecimiento de terceros, procedió a disolver la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja Ltda., cuyos socios eran Conservar Ltda. y el municipio de Tunja. Seguidamente, sostuvo que tales socios no fueron tenidos en cuenta para la disolución y que el alcalde no estaba facultado para disolver y liquidar a su antojo.

2.3.2. Indicó que, mediante la Resolución No. 000971 del 16 de agosto de 1996, el municipio de Tunja preadjudicó la licitación ya referida al oferente A.Q.A. de Colombia ESP S.A. – Seragua S.A., para luego, a través de la Resolución No. 0001055 del 6 de septiembre de 1996, adjudicarle el contrato de forma definitiva a dicho licitante, entregándole, según la demanda, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja EAAT Ltda. a unos particulares “*en forma disfrazada*”.

¹² Folios 109 a 127 del cuaderno No. 2.

¹³ Folios 129 a 131 del cuaderno No. 2.



2.3.3. Señaló que el municipio de Tunja celebró el contrato de concesión con Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., persona jurídica distinta a la cual se le adjudicó la licitación y que no existía para el momento en el que se llevó a cabo el proceso de selección, configurándose así, a juicio del demandante, una desviación, un abuso de poder y una falsa motivación, lo cual, en su criterio, vicia de nulidad absoluta el negocio jurídico, en tanto con ello se vulneraron intereses generales.

2.3.4. Finalmente, aseveró que el centro de la ciudad de Tunja se vio afectado por la falta de abastecimiento o servicio de acueducto y alcantarillado, sin que el nuevo operador haya justificado su omisión, e indicó que Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. está explotando ilícitamente el servicio público de acueducto y alcantarillado.

2.4. Como **fundamento jurídico** de la demanda, manifestó que con la celebración del contrato de concesión se incurrió en una desviación y abuso de poder, toda vez que se suscribió con una persona jurídica distinta al adjudicatario e inexistente para el momento de la licitación, persiguiendo un fin extraño al interés general. Señaló, además, que la expedición de las resoluciones de preadjudicación y adjudicación se realizó con claro fraude a la Ley 80 de 1993.

2.4.1. Alegó que los actos y los hechos de la Administración, que culminaron con la respectiva concesión, contienen una falsa motivación, en la medida en que *“no era esta la modalidad que permitiría a la ciudad solucionar su problema a las omisiones en el servicio público de acueducto y alcantarillado, representando en consecuencia que el Alcalde olvidó sus obligaciones y los fines a este encomendados, dando como contenido a sus actos, a su motivación, argumentos falsos e inexactos y basados en defectuosa calificación de los mismos, que se arrogó en forma inexplicable, sin que hubieren sido de pleno conocimiento de la opinión pública objeto de debates al seno del Concejo Municipal, etc. (...)”*.

2.5. Contestaciones de la demanda

2.5.1. El 11 de junio de 1997, el Tribunal *a quo* rechazó la demanda¹⁴, al considerar que la parte actora inequívocamente debió señalar la acción pertinente y que, contrario a ello, invocó dos acciones que no pueden coexistir, estas son, la acción pública de nulidad con la contractual.

¹⁴ Folios 133 a 139 del cuaderno No. 2.



2.5.2. Contra la anterior determinación, la parte demandante interpuso apelación¹⁵ y el Consejo de Estado, en segunda instancia, mediante providencia del 26 de marzo de 1998, revocó tal providencia y, en su lugar, admitió la “*demanda de nulidad del contrato de concesión 0132 celebrado entre el municipio de Tunja y la compañía SERA Q.A. Tunja E.S.P. S.A.*”¹⁶, con fundamento en que, a pesar de haberse invocado dos acciones, lo cierto es que, a partir de la interpretación del contenido de la demanda, debía entenderse que las pretensiones se orientaron bajo los derroteros de la acción contractual. La anterior decisión fue notificada de forma personal al municipio de Tunja, a Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., así como también al Ministerio Público.

2.5.3. Posteriormente, a través de auto del 27 de mayo de 1998¹⁷, el Tribunal *a quo* obedeció y dio cumplimiento a lo resuelto por el Consejo de Estado.

2.5.4. Como consecuencia de lo anterior, en escrito del 27 de mayo de 1998, partiendo de la base de la procedencia de la acción contractual, la parte demandante adicionó unos hechos¹⁸ -que ya fueron expuestos en el acápite 2.3. del presente proveído-. Posteriormente, mediante auto del 29 de julio de 1998¹⁹, el *a quo* admitió la adición de la demanda.

2.6. Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. contestó la demanda²⁰ oponiéndose a sus pretensiones, al carecer de fundamento fáctico y jurídico. Para el efecto, propuso las siguientes excepciones: **(i)** ineptitud de la demanda, basada en que se acumularon dos acciones de manera indebida, la de nulidad simple y la contractual; **(ii)** “*inexistencia de los hechos en los cuales el demandante pretende fundar las causales de nulidad*”, apoyada en que los supuestos fácticos narrados por la parte actora son meras conjeturas; e **(iii)** inexistencia de causal de nulidad, en tanto lo alegado en la demanda no estructuraba ninguna causal de nulidad absoluta del negocio jurídico.

¹⁵ Folios 144 y 145 del cuaderno No. 2.

¹⁶ Folios 153 a 159 del cuaderno No. 2. En esta decisión, también, el *a quo* negó la solicitud de suspensión provisional del contrato impugnado.

¹⁷ Folio 161 del cuaderno No. 2.

¹⁸ Folios 162 a 165 del cuaderno No. 2.

¹⁹ Folios 168 y 169 del cuaderno No. 2.

²⁰ Folios 188 a 190 del cuaderno No. 2.



2.7. El municipio de Tunja también contestó la demanda²¹ y se opuso a sus pretensiones, en los mismos términos expuestos en el proceso No. 16.942.

3. De la acumulación de procesos

Mediante auto del 28 de julio de 1999²², el Tribunal *a quo*: **(i)** dispuso la acumulación del expediente 16.942 al de radicado 17.024; **(ii)** decretó la suspensión del proceso 16.942, que ya se encontraba en turno para fallo, hasta tanto el de radicado 17.024 llegara a esa misma etapa procesal; y **(iii)** ordenó que se continuara con el trámite del proceso 17.024.

4. Alegatos de conclusión

Al haberse vencido el término probatorio, mediante auto del 31 de octubre de 2001²³, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, oportunidad en la que únicamente intervinieron las entidades demandadas reiterando lo expuesto en sus respectivas contestaciones de demanda²⁴.

5. La declaratoria de nulidad, la vinculación de los litisconsortes necesarios, su intervención y los alegatos de conclusión luego de rehacerse la actuación

5.1. Surtido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Boyacá dictó sentencia el 11 de octubre de 2002, por medio de la cual declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión objeto de estudio²⁵. Frente a esta determinación, las demandadas y el Ministerio Público interpusieron recursos de apelación, siendo admitidos por esta Corporación a través de auto dictado el 23 de mayo de 2003²⁶. En segunda instancia, la Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

²¹ Folios 196 a 206 del cuaderno No. 2.

²² Folios 140 a 142 del cuaderno No. 5.

²³ Folio 225 del cuaderno No. 2.

²⁴ Folios 217 a 239 del cuaderno No. 5.

²⁵ Folios 260 a 288 del cuaderno principal No. 2.

²⁶ Folios 391 del cuaderno principal No. 2.



5.2. Mediante auto del 2 de mayo de 2013²⁷, el Consejo de Estado²⁸ anuló todo lo actuado en segunda instancia²⁹, así como también la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 11 de octubre de 2002 y, en consecuencia, ordenó la devolución del expediente al *a quo*. Lo anterior porque, en relación con el proceso 16.942, no se vinculó como litisconsorte necesario a Sera Q.A. Tunja E.S.P. —contratista—; y, en lo que respecta al proceso 17.024, porque no se vinculó a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja en liquidación, a pesar de que fue demandada.

Contra esta determinación, Pedro Simón Vargas Sáenz —demandante— interpuso recurso de súplica³⁰. Por auto del 11 de julio de 2013³¹, esta Corporación confirmó la decisión recurrida.

5.3. Una vez devuelto el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante proveído del 26 de agosto de 2015 se vinculó al proceso a Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. —en ese entonces denominada Proactiva Aguas de Tunja S.A.— y a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja en liquidación o a quien hiciera sus veces, como litisconsortes necesarios, ordenándose su notificación personal, para su respectiva contestación e intervención³².

5.3.1. Proactiva Aguas de Tunja S.A. —antes Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A.— intervino³³ en el proceso, señalando que el hecho de que el municipio de Tunja hubiera contratado la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado con una empresa de servicios públicos privada, no significaba su privatización, “*ya que se trata del simple ejercicio de una facultad otorgada por la Constitución*”, aunado al hecho de que el municipio ha cumplido con su función de vigilancia y control del servicio público, es decir, nunca se separó del mismo. Por otra parte, contrario a lo alegado en las demandas, indicó que el alcalde de Tunja estaba facultado para

²⁷ Folios 2135 a 2148 del cuaderno principal No. 2.

²⁸ Con ponencia del entonces magistrado Enrique Gil Botero.

²⁹ En el trámite de la segunda instancia el Comité Cívico para la Defensa de los Derechos de los usuarios de los Servicios Públicos de Tunja presentó solicitud de coadyuvancia, la cual fue negada mediante auto proferido el 18 de julio de 2007 por el Consejo de Estado (folios 1024 y 1025 del cuaderno principal No. 3).

³⁰ Folios 2150 y 2152 del cuaderno principal No. 2.

³¹ Folios 2231 a 2237 del cuaderno principal No. 2.

³² Folios 2327 y 2328 del cuaderno No. 5. Tal decisión fue objeto de recurso de reposición por parte del apoderado de Proactiva Aguas de Tunja S.A.; sin embargo, dicha impugnación se desestimó mediante auto del 14 de octubre de 2015 (folios 2504 a 2507 del cuaderno No. 5).

³³ Folios 2615 a 2638 del cuaderno No. 5.



celebrar el contrato de concesión, lo cual se desprendía de la Constitución y la Ley 142 de 1994.

Adicionalmente, señaló que el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 permitía la posibilidad de que en un proceso de selección los interesados presentaran propuesta bajo la modalidad de asociación futura, cuyo propósito, en caso de seleccionarse su oferta, consistía en constituir una sociedad para la suscripción del contrato adjudicado. Expresó, seguidamente, que A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A. y Seragua S.A. presentaron su propuesta bajo la modalidad de sociedad futura, quienes posteriormente constituyeron la sociedad Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., luego de que se les adjudicó la concesión, circunstancia que, a su juicio, no significaba que el contrato se hubiese celebrado con una persona jurídica que no participó en la licitación pública, porque la norma vigente permitía dicha modalidad de intervención en el proceso de selección.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones: **(i)** falta de legitimación en la causa por activa, porque los terceros que pretenden la nulidad absoluta de un contrato deben demostrar un interés directo, el cual se cumple con el hecho de su participación en el proceso de selección y ,en este caso, los demandantes no presentaron oferta en la licitación pública que culminó con la adjudicación y celebración de la concesión; **(ii)** inexistencia de causal de nulidad del contrato de concesión, en tanto la etapa precontractual y contractual, en relación con el negocio jurídico en cuestión, se ciñó a la ley, sin que se observara algún vicio de invalidez, aunado al hecho de que la parte actora ni siquiera identificó cuál fue la causal de nulidad que se configuró; **(iii)** inepta demanda por falta de identificación de causal de nulidad en el contrato; **(iv)** falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. no es responsable de los hechos endilgados en la demanda; y **(v)** ausencia de responsabilidad de Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A.

5.3.2. En auto del 23 de septiembre de 2016³⁴ el Tribunal *a quo* señaló que, a través del Decreto Municipal No. 0182 del 2 de agosto de 2000, el municipio de Tunja adquirió todos los derechos que ostentaba la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja Ltda. —la cual había sido vinculada como litisconsorte

³⁴ Folio 2613 del cuaderno No. 5.



necesario—, por lo que en su nombre debía intervenir el referido Municipio, pero dicho ente territorial guardó silencio en esta oportunidad procesal.

5.4. Tras vencerse el período probatorio, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto³⁵.

5.4.1. La Contraloría Municipal de Tunja presentó escrito por medio del cual solicitó que se le tuviera como coadyuvante de la parte demandante y alegó de conclusión, pidiendo que se declarara la nulidad absoluta del negocio jurídico, con fundamento en que —en síntesis— el contrato de concesión se suscribió con una persona distinta a quienes participaron en la licitación, además de que Sera Q.A. E.S.P. S.A. —sociedad que suscribió el contrato— no contaba con las condiciones financieras para respaldar el compromiso adquirido, aunado al hecho de que no existían estudios ni soportes técnicos y/o económicos que indicaran que la mejor opción para el municipio de Tunja era entregar el servicio en concesión³⁶.

5.4.2. Hugo Hernando Porras Rodríguez —coadyuvante— reiteró lo expuesto a lo largo del proceso y solicitó que se declarara la nulidad absoluta del contrato, para lo cual solicitó tener en cuenta la sentencia proferida el 11 de octubre de 2002 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que se anuló en este proceso³⁷.

5.4.3. Proactiva Aguas de Tunja S.A. —antes Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A.— insistió en los argumentos planteados cuando se le vinculó como litisconsorte necesario³⁸.

5.4.4. El Ministerio Público solicitó declarar la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 0132 de 1996, con fundamento en que el negocio jurídico se suscribió con Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. —sociedad constituida luego de la adjudicación de la concesión—, de la cual tres de sus cinco accionistas no participaron en la licitación pública, sin que pudieran ser evaluados durante el trámite del proceso de selección, contraviniendo así el pliego de condiciones en su

³⁵ Folios 2775 y 2776 del cuaderno No. 5.

³⁶ Folios 2777 a 2782 del cuaderno No. 5. Con este escrito la Contraloría Municipal de Tunja reiteró la solicitud de coadyuvancia que ya había presentado el 28 de septiembre de 2004 ante el Consejo de Estado.

³⁷ Folios 2805 a 2808 del cuaderno No. 5.

³⁸ Folios 2821 a 2831 del cuaderno No. 5.



capítulo 2 numeral 2.5., “con respecto a que la composición del grupo oferente no podrá modificarse con posterioridad a la presentación de la oferta”³⁹.

6. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 25 de abril de 2018⁴⁰, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá declaró probadas unas excepciones, negó otras y desestimó las pretensiones de las demandas acumuladas, así:

“PRIMERO. DECLARAR probadas las excepciones denominadas ‘INEXISTENCIA DE LOS HECHOS EN LOS CUALES EL DEMANDANTE PRETENDE FUNDAR LAS CAUSALES DE NULIDAD’; ‘INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 000132 DE 1996, CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE TUNJA Y SERA Q.A. E.S.P. S.A.’; ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’ y ‘AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD SERA Q.A. TUNJA E.S.P. S.A.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por la demandada PROACTIVA AGUAS DE TUNJA S.A., y que denominó ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA’; ‘INEPTA DEMANDA POR FALTA DE IDENTIFICACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD EL CONTRATO’, y la ‘INNOMINADA Y GENÉRICA’.

TERCERO. NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por los señores Pedro Simón Vargas Sáenz, Víctor Manuel Casas Abril, Ramón Humberto Sánchez Alba y Sergio F. Umaña contra el municipio de Tunja y la empresa SERA Q.A. TUNJA E.S.P. S.A., por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO. Sin costas en esta instancia (...).”

6.1. En cuanto a la excepción de inepta demanda, el *a quo* indicó que el señor Pedro Simón Vargas Sáenz, pese haber solicitado en un principio la nulidad absoluta del contrato y la nulidad de los actos de preadjudicación y adjudicación del negocio jurídico, posteriormente modificó la demanda dejando como única pretensión la de nulidad absoluta del negocio jurídico en cuestión, quedando sin sustento la excepción en mención.

En relación con la excepción de “*inexistencia de los hechos en los cuales el demandante pretende fundar las causales de nulidad*”, el Tribunal la descartó en tanto la demanda sí cumplía con la indicación de unas normas violadas y con la exposición de un criterio de ilegalidad.

³⁹ Folios 2811 a 2819 del cuaderno No. 5.

⁴⁰ Folios 2862 a 2899 del cuaderno del Consejo de Estado.



Respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, propuesta por Proactiva Aguas de Tunja S.A., el Tribunal de primera instancia la declaró no probada con sustento en que, a pesar de que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1989, exigía para los terceros la demostración de un interés directo para solicitar la nulidad del contrato, dicha circunstancia cambió con la Ley 80 de 1993, concretamente con el artículo 45, en la medida en que la titularidad del derecho de acción en estos eventos se amplió para cualquier persona.

Sobre las demás excepciones propuestas, en la sentencia se indicó que carecían de la condición de excepciones previas, toda vez que sus argumentos estaban encaminados al aspecto sustancial, los cuales serían estudiados en el fondo.

6.2. En relación con el fondo del asunto y de acuerdo con lo alegado en las demandas acumuladas, el Tribunal Administrativo de Boyacá planteó los siguientes problemas jurídicos: **(i)** si hubo una presunta ilegalidad en la suscripción del contrato de concesión con una sociedad distinta a la que le fue adjudicado; **(ii)** si se presentó o no una privatización del servicio de acueducto y alcantarillado al suscribir el negocio jurídico en cuestión con Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A.; **(iii)** si existió o no una usurpación de funciones del Concejo Municipal de Tunja; y **(iv)** si se incurrió o no en una violación por el plazo pactado en el contrato.

Con el fin de resolver lo anterior, el *a quo* se refirió de manera general, entre otros tópicos, al contrato de concesión en el marco de la contratación estatal y al principio de selección objetiva, tras lo cual se pronunció sobre el material probatorio y abordó los problemas jurídicos, en los siguientes términos:

6.2.1. De la presunta ilegalidad en la suscripción del contrato de concesión con una sociedad distinta a la que le fue adjudicado

Tras analizar las pruebas obrantes en el expediente, el Tribunal de primera instancia encontró que la licitación pública que adelantó el alcalde Tunja para entregar la concesión de los sistemas de acueducto y alcantarillado —que operaba la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja Ltda. en liquidación— fue preadjudicada y adjudicada a la “*firma A.Q.A. de Colombia E.S.P. – SERAGUA S.A.*”, y que el



contrato de concesión No. 0132 terminó suscribiéndose el 3 de octubre de 1996 con la sociedad Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. —concesionaria—.

Contextualizado lo anterior, frente al argumento planteado en la demanda según el cual quien suscribió el contrato de concesión no fue la misma firma a la cual se le adjudicó la licitación pública, el Tribunal sostuvo que tal circunstancia no afectó la validez del negocio jurídico objeto de estudio, por lo siguiente:

Una vez analizados los términos del pliego de condiciones, en concreto el capítulo 5°, el *a quo* advirtió que al adjudicatario le correspondía constituir una sociedad por acciones, previo a la suscripción del contrato de concesión; además, según el pliego de condiciones, la respectiva sociedad debía constituirse *“con los integrantes del oferente vinculados en esta etapa licitatoria, con las participaciones comprometidas en la oferta, requiriéndose además que en el momento de constitución de la sociedad, si a ello hubiere lugar, se completara con el número total de accionistas que sea el necesario de acuerdo con la legislación aplicable”*.

Bajo todo ese contexto, el Tribunal de primera instancia desestimó el argumento de la parte actora, según el cual no era posible que a una sociedad se le adjudicara el contrato de concesión y con otra se suscribiera el mentado negocio jurídico, porque el mismo pliego de condiciones le imponía a la adjudicataria la obligación de constituir la sociedad, como efectivamente ocurrió en el presente caso, en el que, el 1° de octubre de 1996, por medio de la escritura pública No. 3685 de la Notaría 48 del Círculo de Bogotá, se constituyó la sociedad Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., con la cual el municipio de Tunja, el 3 de octubre de 1996, suscribió el contrato de concesión No. 0132 de 1996. Además, el *a quo* aseveró que el mismo pliego de condiciones le permitía al adjudicatario constituir la sociedad con el número de personas que requiriera para conformarla, y tratándose de una sociedad anónima, cuya constitución no puede ser con menos de cinco accionistas —artículo 374 del Código de Comercio—, no existía restricción ni impedimento para que la adjudicataria constituyera Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., la cual, además de conformarse por A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A. y Seragua S.A., se integró con otros tres accionistas, que fueron: Lina Margarita Gómez Hernández, Centro de Venta Inmobiliaria Ltda. e Interdevco S.A.



Por todo lo anterior, el Tribunal desestimó el cargo de la demanda, al considerar que el pliego de condiciones consagraba que la adjudicataria debía constituir una sociedad por acciones para la firma del contrato de concesión, constituyéndose para el efecto Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., cumpliendo, además, con las exigencias del artículo 374 del Código de Comercio, de ahí que, contrario a lo alegado por la parte actora, no resultara ilegal ni irregular el hecho de que el negocio jurídico se suscribiera con una firma distinta a la cual se le adjudicó la licitación.

6.2.2. De la presunta privatización del servicio de acueducto y alcantarillado al suscribir el contrato de concesión con Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A.

El *a quo* descartó este cargo de la demanda, con fundamento en que el servicio público de acueducto y alcantarillado en el municipio de Tunja no se privatizó al suscribirse el contrato de concesión con Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A.

Para el efecto, el Tribunal precisó que el contrato de concesión difiere jurídicamente de una privatización, al punto que, en su criterio, *“la celebración de este tipo de contrato excluye per se la privatización del servicio público”*, agregando que, mientras la concesión implica que el Estado entregue temporalmente una potestad o la gestión de un servicio que le pertenece como función, la privatización responde al cambio de propiedad de activos públicos a titulares privados. Seguidamente, sostuvo que, si bien el negocio jurídico objeto de estudio implica un monopolio temporal en cabeza de un particular, los activos relacionados con la prestación del servicio público de acueducto suponen que el concesionario los reciba a título de mera tenencia —y no como propiedad— mientras desarrolla el objeto del contrato.

6.2.3. De la supuesta usurpación de funciones del Concejo Municipal de Tunja

6.2.3.1. En cuanto al argumento de las demandas consistente en que con la suscripción del contrato de concesión objeto de estudio se vulneró el artículo 313.1 de la Constitución Política, el Tribunal sostuvo que la referida disposición normativa otorga a los Concejos la reglamentación de los servicios públicos a cargo del municipio, pero, a su vez, precisó que en el numeral 3 se dispuso que los Concejos pueden autorizar al alcalde para la celebración de contratos.



Acto seguido, tras revisar el Acuerdo No. 015 del 11 de junio de 1995, el *a quo* advirtió que el Concejo Municipal de Tunja facultó y autorizó al alcalde de esa ciudad para que suscribiera el negocio jurídico cuya nulidad absoluta se pretende en el *sub examine*, facultad que, según dijo, también provenía de la Constitución Política, por lo que desestimó lo alegado en la demanda en cuanto a este aspecto concierne.

6.2.3.2. Frente a lo alegado por la parte actora en el sentido de que el municipio de Tunja violó el artículo 5 de la Ley 142 de 1992, que consagra que los servicios públicos a cargo de los municipios deben prestarse en los términos que determine el Concejo, el *a quo* desestimó ese argumento, así:

“Olvida una vez más la demanda que la Constitución Política faculta a los concejos para que ellos autoricen a los alcaldes, en la perspectiva de la contratación y puesta en práctica de las funciones y determinaciones que ordinariamente el concejo establece, las que a la sazón cabe decirlo pueden ser delegadas por un tiempo limitado; es decir, la exclusividad de la competencia de los concejos está matizada por la posibilidad constitucional de que el alcalde lleve a cabo dichas tareas cuando ha sido autorizado por el concejo, como en efecto sucedió en el sub examine. Además, el artículo 5 de la Ley 142 de 1994, no es más trasunto, expresión y desarrollo de la Constitución”.

6.2.3.3. En relación con el cargo sustentado sobre la base de que el municipio de Tunja omitió el procedimiento previsto en el Decreto 2785 de 1985, expedido por el entonces Ministerio de Desarrollo Económico, en tanto el alcalde suscribió el contrato de concesión sin presentar el proyecto de acuerdo tendiente a la constitución de la empresa de servicios públicos, el Tribunal de primera instancia lo descartó con fundamento en que ese cuerpo normativo no resultaba aplicable al caso particular, en la medida en que *“la exigencia para el alcalde de presentar el proyecto de acuerdo se refiere a las empresas de carácter oficial y no puede predicarse de las de carácter privado, como sucede con SERA Q.A. E.S.P. S.A., por la razón de que éstas se rigen para su formación primordialmente por el Código de Comercio, y en su constitución no mediará más que la Voluntad de los socios”.*

En adición a lo anterior, el *a quo* expuso lo siguiente:

“No es válido exigir la presentación de proyectos de acuerdo para la firma de un contrato de concesión enderezado a la prestación del servicio de acueducto, porque este no necesariamente implica la creación de una empresa de servicio público, la cual puede existir con mucha anterioridad a la fecha de la firma del contrato; sobre todo cuando la norma que se alega violada alude a la formación de nuevas empresas, no de la contratación de la gestión del servicio público”.



Con fundamento en todo lo expuesto, el Tribunal sostuvo que, además de que la parte actora ni siquiera identificó la causal de nulidad que supuestamente se configuró, lo cual tornaba frágiles sus argumentos, no se encontraron razones que demostraran la supuesta nulidad del contrato de concesión alegada en las demandas, teniendo en cuenta que aquel fue suscrito con el lleno de requisitos previstos en la Ley 80 de 1993, con plena observancia de la Constitución Política, sin que se presentara una desviación de poder en la contratación, *“pues parte de las facultades de los alcaldes consiste justamente en contratar para poder desarrollar y llevar a cabo los fines estatales en beneficio de sus coasociados”*. A lo anterior agregó que el objeto del negocio jurídico en cuestión se ajusta a derecho, porque a través del mismo se materializó la continua y efectiva prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

6.2.3. De los cuestionamientos frente al plazo pactado en el contrato de concesión

Sobre el particular, el Tribunal destacó que la fijación del plazo en los contratos de concesión surge con ocasión de la necesidad del Estado de atender de manera adecuada y completa la prestación de los servicios públicos, en desarrollo del mandato previsto en los artículos 355 y 356 de la Constitución Política, señalando que en el negocio jurídico en cuestión se pactó un plazo de 30 años, siendo viable este, en la medida en que la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado requiere de numerosas condiciones técnicas y estructurales.

7. Recursos de apelación

Inconformes con la decisión anterior, Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante—, Hugo Hernando Porras Rodríguez —coadyuvante— y la Contraloría Municipal de Tunja —quien solicitó ser reconocida como coadyuvante— interpusieron recursos de apelación, los cuales fueron concedidos por el Tribunal *a quo* mediante auto del 8 de junio de 2018⁴¹.

⁴¹ Folio 2923 del cuaderno del Consejo de Estado.



7.1. Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante— solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos⁴²:

7.1.1. Señaló que, a pesar de que con el auto dictado el 2 de mayo de 2013 por el Consejo de Estado se declaró la nulidad de todo lo actuado en segunda instancia, así como también de la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 11 de octubre de 2002 —que había accedido a las súplicas de los actores—, dejando a salvo las pruebas, advirtió que el *a quo* amplió la etapa probatoria y decretó más pruebas, concluyendo con una sentencia desestimatoria de las pretensiones de las demandas, sin darle ninguna importancia a lo considerado en el aludido fallo del 11 de octubre de 2002.

Para sustentar lo anterior, la recurrente transcribió —como si fueran suyos— apartes de la sentencia del 11 de octubre 2002⁴³, proferida por el Tribunal

⁴² Folios 2902 a 2909 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁴³ Lo apartes de la sentencia del 11 de octubre de 2022 que transcribió la parte recurrente en su apelación fueron los siguientes (transcripción literal, incluso con posibles errores): *“Es sorprendente entonces que las sociedades INTERDEVCO S.A., CENTRO DE VENTA INMOBILIARIA y LINA MARGARITA GÓMEZ HERNÁNDEZ, como personas jurídicas y naturales la última, haya aparecido ligada como oferente en la licitación internacional No. 002 de 1996, pues en la Resoluciones que ya se mencionaron (Nos.01055 del 6 de septiembre y 00971 de agosto de 1996) la administración indico sin ningún equívoco como proponentes en la licitación favorecidos con la licitación a AQA DE COLOMBIA ESP S.A. y SERAGUA S.A. Quiere decir que las personas que asumen la concesión a título de accionistas distan a las dos recientemente mencionadas jamás participaron en el proceso licitatorio, la administración no las conoció y en esa medida se hallan exentas por completo de los nexos jurídicos propios de la selección del contratista establecidos en la Ley 80 de 1993 (...) la propuesta con promesa de sociedad solo puede transcurrir legalmente mediante la figura de los consorcios (Art. 7 Parágrafo 3° de la Ley 80 de 1993), las personas que así se presentan al proceso licitatorio, subsumen su compromiso dentro del marco de la solidaridad, y por consiguiente no es posible que en la realización de la aludida promesa de contrato surjan terceros extraños a quienes suscribieron la oferta en la licitación, pues solo ellos entre sí, por orden legal integran un consorcio. El profesor RODRIGO ESCOBAR GIL, sobre este segundo elemento de las normas en cuestión plantea que el supuesto correspondiente al consorcio disciplina el vínculo jurídico entre la sociedad y el y la entidad pública contratante. Por esa causa es plenamente comprensible que el pliego de condiciones no puede interpretarse por fuera del marco legal y de lo relacionado con el punto 5.2.2., respecto a la constitución de la sociedad, con los integrantes del oferente (sic...) vinculados en la etapa licitatoria, agota dicha opción en la constitución de la sociedad prometida con los socios oferentes y en modo alguno con el dispositivo final de dicho texto que contra ley permite completar con el número de accionistas que sea necesario de acuerdo con la legislación aplicable, porque simplemente, esta parte del clausulado del pliego de condiciones es totalmente contraria a la figura legal elegida por los proponentes para presentarse ante la administración a licitar la adjudicación del contrato de concesión conocido en este proceso. A lo anterior habrá que agregar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 119 del C.Co., la promesa del contra de sociedad se hará siempre por escrito, cuyo contenido básicamente indicará el término de condición que fija la fecha de la constitución de la sociedad, y la responsabilidad solidaria e ilimitada de los prominentes asociados, cualquiera que sea la forma legal en el que se pacte. Esto significa que el pliego de condiciones en el punto 5.2.2., no puede interpretarse como el dispositivo jurídico para que en la constitución de la sociedad se permitiera completar el número de asociados con la pluralidad de accionistas que son necesarios de acuerdo a la legislación aplicable, y que para las sociedades anónimas conforme al artículo 374 del C.Co., supone un mínimo de 5, pero con la peculiaridad referente a que de acuerdo*



Administrativo de Boyacá, en los cuales se estimó que constituía una irregularidad el hecho de haberse suscrito el contrato de concesión con una sociedad anónima, de la cual tres de los cinco accionistas que la conformaron jamás participaron en el proceso de selección adelantado por el ente territorial.

Aunado a lo anterior, en la alzada se señaló que en la licitación pública para la operación del acueducto y alcantarillado de Tunja se presentaron dos propuestas, a saber: **(i)** la de Grucon Ltda. y **(ii)** la de A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A., en conjunto con Seragua E.S.P. S.A., y esta última fue seleccionada para la ejecución del contrato de concesión No. 00032 de 1996, pero dicho negocio se suscribió con Sera Q.A. E.S.P. S.A., advirtiendo la parte recurrente que *“no solo el pliego de condiciones estableció como requisitos mínimos para los participantes que no podrán variarse con posterioridad y para que se le adjudique el contrato a una persona jurídica que no participó y que nació a la vida jurídica después y que antes de nacer se le adjudica el contrato, entre los motivos que se basó mí poderdante para presentar demanda por violación a la constitución y la ley”*.

Sobre el particular, en el recurso se sostuvo que Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. se constituyó el 1° de octubre de 1996, esto es, con posterioridad a la licitación y a la respectiva adjudicación —16 de julio de 1996—, sociedad con la cual el municipio de Tunja suscribió el contrato de concesión el 3 de octubre de ese año, reprochándose el hecho de que aquel se haya celebrado con una persona jurídica que evidentemente no participó en el proceso de selección.

7.1.2. Insistió en que el alcalde de Tunja no estaba autorizado por el Concejo Municipal para promover la licitación que condujo a la concesión del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, incurriendo así en una desviación de poder. Aseveró, seguidamente, que el Acuerdo No. 015 de 1995 —que se menciona en la sentencia recurrida— no facultó al alcalde para adelantar el proceso de selección para la operación del acueducto y el alcantarillado en Tunja.

al artículo 373. Que es innegable el quebrantamiento a las múltiples normas de la Ley 80 de 1993, que actualiza la causal 2° del art. 44 precitado, pues los artículos 8, 24, y 29 de la Ley 80, contiene mandatos imperativos cuya trasgresión supone el ejercicio de una contratación indebida en tanto las normas que regulan la contratación estatal, por suponer unos procedimientos que garantizan el interés colectivo tiene carácter garantizador del orden público y por consiguiente su obediencia es obligatorio, tanto es así que su trasgresión da lugar al tipo penal y que para la época de los hechos normaba el art. 146 del anterior Código Penal”



7.1.3. Alegó que, si bien el *a quo* negó las pretensiones de la demanda al considerar que la parte actora “*no estaba legitimada en la causa por activa*” para pedir la nulidad absoluta del contrato de concesión, en tanto no participó presentando oferta en la licitación pública que culminó con la suscripción del negocio jurídico, lo cierto es que ello no resultaba aplicable en el *sub examine*, toda vez que, a su juicio, el proceso no era contractual sino de simple nulidad y en este último, esto es, en los casos cuya pretensión sea la de simple nulidad, cualquier persona puede demandar.

7.1.4. Adicionalmente, la parte recurrente indicó que el contrato de concesión era nulo, por cuanto el municipio de Tunja aceptó el cambio de razón social de Sera Q.A. E.S.P. S.A. por el de Proactiva Aguas de Tunja S.A., así como también el de este último por el de Veolia Aguas de Tunja S.A. E.S.P.; cambios que se produjeron sin tener en cuenta las exigencias legales que demanda el contrato de concesión, sin que al expediente se hubiese allegado otrosí ni póliza para su modificación.

7.2. Hugo Hernando Porras Rodríguez —coadyuvante— pidió la revocatoria de la sentencia apelada y que, en su lugar, se declarara la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 0132 del 3 de octubre de 1996⁴⁴.

7.2.1. Señaló que el fallo atacado justificó los actos desplegados por el alcalde de turno de la ciudad Tunja, entre ellos, el de “*acabar*” con la empresa de acueducto y alcantarillado de Tunja. Precisó que el Acuerdo No. 0015 de 1995, por el cual se facultó al alcalde para celebrar contratos y convenios interadministrativos, no autorizó al burgomaestre para liquidar la empresa de acueducto y alcantarillado; por el contrario, según el artículo 3 de dicho Acuerdo, le estaba prohibido al alcalde celebrar contratos con la finalidad de privatizar los servicios públicos a cargo del municipio. Agregó que el Acuerdo No. 0017 de 1995 tampoco facultó al alcalde para liquidar empresas de propiedad del municipio de Tunja, ni para adelantar un proceso de selección con el propósito de entregar en concesión el servicio de acueducto y alcantarillado.

7.2.2. Sostuvo que, aunque la licitación pública se adjudicó a A.Q.A. Colombia E.S.P. S.A. y a Seragua S.A., el Tribunal pasó por alto que esta última sociedad

⁴⁴ Folios 2911 a 2914 del cuaderno del Consejo de Estado.



nunca tuvo existencia en Colombia, pues no estableció sucursal en el territorio nacional, como lo exigía el artículo 417 del Código de Comercio, que regula lo atinente a las sociedades extranjeras. A juicio del recurrente, mal se hizo al haber admitido a Seragua S.A. en la licitación, aunado al hecho de que tampoco era posible habersele aceptado en la formación de la sociedad Sera Q.A. E.S.P. S.A.

7.2.3. Indicó que no era aceptable que el Tribunal *a quo* haya desconocido el concepto de la Procuradora Quinta⁴⁵ Delegada ante el Consejo de Estado, en el cual solicitó que se confirmara la sentencia proferida el 11 de octubre de 2002 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que declaró la nulidad del contrato en cuestión; fallo que, según el recurrente, también fue pasado por alto por el *a quo*.

7.2.4. Refirió unas irregularidades en el trámite del proceso. Para el efecto, anotó que Proactiva Aguas de Tunja S.A., que actuó en el proceso y a cuyo abogado se le reconoció personería, es una sociedad creada ilegalmente, toda vez que en el clausulado del contrato de concesión no se autorizó a Sera Q.A. E.S.P. S.A. el cambio de razón social, de ahí que, en criterio del recurrente, de ninguna manera podía haberse “*aceptado el cambio de razón y objeto social*” y haberle reconocido personería al abogado de Proactiva Aguas de Tunja S.A. Adicionalmente, señaló que el Tribunal, al avocar conocimiento del proceso, procedió a cambiarle la naturaleza a la demanda de nulidad, pues la tramitó como incumplimiento del contrato.

7.3. La Contraloría Municipal de Tunja —quien solicitó ser reconocida como coadyuvante— pidió nuevamente que se aceptara su intervención en el proceso en condición de coadyuvante de la parte demandante y que se revocara el fallo de primera instancia, al advertir que el contrato de concesión objeto de estudio adolecía de nulidad absoluta⁴⁶.

⁴⁵ La parte recurrente, por error, indicó que era la Procuradora 40 Delegada ante del Consejo de Estado; sin embargo, tras revisar el expediente, se advierte que el concepto al cual se hace alusión fue rendido por la Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado.

⁴⁶ Folios 2916 a 2921 del cuaderno del Consejo de Estado.



8. Actuación en segunda instancia

Luego de admitirse los recursos de apelación interpuestos mediante auto del 4 de septiembre de 2018⁴⁷, a través de providencia del 9 de mayo de 2019⁴⁸ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que presentara el concepto de rigor.

8.1. Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante— reiteró lo expuesto en el recurso de apelación y añadió que al alcalde la época de Tunja se le impuso medida de aseguramiento por las irregularidades que se presentaron en el proceso para la concesión de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo a empresas privadas, supuestamente porque el burgomaestre no estaba autorizado por el Concejo Municipal de Tunja para firmar dicho contrato⁴⁹.

8.2. La Contraloría Municipal de Tunja —quien solicitó ser reconocida como coadyuvante— reiteró su petición para que se aceptara su intervención dentro del proceso, *“toda vez que a pesar de que la misma fue elevada de manera oportuna ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, el mismo no se manifestó respecto de esta”*. Adicionalmente, solicitó que se revocara el fallo de primera instancia y que, en su lugar, se declarara la nulidad absoluta del contrato de concesión⁵⁰.

8.3. El municipio de Tunja señaló que al celebrarse el contrato de concesión no se vulneraron normas de carácter constitucional ni legal, lo que descartaba que dicho negocio jurídico se encuentre viciado de nulidad absoluta. De este modo, solicitó que se confirmara la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*⁵¹.

8.4. El Ministerio Público y los demás sujetos procesales guardaron silencio.

8.5. Encontrándose el asunto para fallo, el magistrado conductor del proceso advirtió que no había sido resuelta la solicitud de coadyuvancia de la Contraloría Municipal

⁴⁷ Folio 2939 del cuaderno del Consejo de Estado

⁴⁸ Folio 2956 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁴⁹ Folios 2945 a 2955 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁵⁰ Folios 2960 a 2964 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁵¹ Folios 2966 y 2967 del cuaderno del Consejo de Estado.



de Tunja. Por consiguiente, previo a proferir sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, mediante auto del 10 de febrero de 2025⁵², resolvió:

“PRIMERO: NEGAR la solicitud de coadyuvancia de la Contraloría Municipal de Tunja, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS el auto del 8 de junio de 2008 proferido por el Tribunal a quo, así como también el auto dictado el 4 de septiembre de 2018 por el Consejo de Estado, únicamente en lo que concierne a la concesión y admisión del recurso de apelación interpuesto por la Contraloría Municipal de Tunja contra la sentencia de primera instancia”.

Lo anterior, con fundamento en que el ente de control no acreditó la existencia de una relación sustancial con los demandantes, de ahí la negativa de la solicitud de coadyuvancia. Entonces, en vista de que la Contraloría Municipal de Tunja no ostentaba la condición de coadyuvante ni alguna otra en el presente asunto, en el referido auto se sostuvo que sus actuaciones carecían de eficacia, entre ellas, el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, el cual, según se dijo, no debió ser concedido por el Tribunal a quo ni admitido por el Consejo de Estado.

Por tanto, con el fin de corregir el cauce procesal, en el proveído en mención se dejó sin efectos el auto del 8 de junio de 2018 proferido por el Tribunal a quo, así como también el auto del 4 de septiembre de 2018 dictado por el magistrado sustanciador de la época del Consejo de Estado, únicamente en lo que concierne a la concesión y admisión de la alzada que presentó la Contraloría Municipal de Tunja contra la sentencia proferida por el Tribunal a quo. En consecuencia, en el auto se precisó que, para el momento de dictarse la correspondiente sentencia de segunda instancia, solamente se tendrían en cuenta los recursos de apelación interpuestos por el demandante Ramón Humberto Sánchez Alba y por el coadyuvante Hugo Fernando Porras Rodríguez.

8.6. Frente a la anterior decisión no se interpuso recurso alguno⁵³.

⁵² Índice 117, Samai.

⁵³ Índice 121, Samai.



III. CONSIDERACIONES

Para resolver los recursos de apelación interpuestos por Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante— y por Hugo Hernando Porras Rodríguez —coadyuvante—, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) acción procedente; (3) legitimación en la causa; (4) ejercicio oportuno de la acción; (5) objeto de los recursos de apelación y problemas jurídicos a resolver; (6) hechos probados y pruebas adicionales de cara a la resolución de los problemas jurídicos; (7) solución al caso concreto; y (8) costas.

1. Jurisdicción y competencia

1.1. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 82 del CCA, subrogado por Decreto 2304 de 1989⁵⁴, y en lo previsto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁵⁵ —normas vigentes para la fecha en que se interpusieron las demandas acumuladas—, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto, en tanto la controversia gira en torno al contrato de concesión No. 0132 de 1996, que fue suscrito entre una entidad territorial, como lo es el municipio de Tunja, y la sociedad Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A.

1.2. Por su parte, esta Sala del Consejo de Estado es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2018 por la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 132.8 del CCA⁵⁶, dada la vocación de doble instancia del proceso, en razón a que la cuantía señalada en las demandas, fijada

⁵⁴ El artículo 82 del CCA, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, establece “Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, de conformidad con la Constitución y la ley (...)”.

⁵⁵ “Artículo 75. 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 (...)”.

⁵⁶ “ARTÍCULO 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación,



de acuerdo con el valor del contrato⁵⁷, excede la suma de \$13'460.000 a la fecha de la interposición de los respectivos libelos introductorios⁵⁸⁻⁵⁹.

2. Acción procedente

2.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87 del CCA, subrogado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 —norma vigente a la fecha de la interposición de las demandas—, la acción contractual es el mecanismo procesal idóneo para acceder ante el juez en procura de obtener una decisión de fondo frente a cualquier controversia derivada del negocio jurídico estatal. Como en este caso las pretensiones se encaminaron a la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión objeto de estudio, sin duda la acción procedente es la contractual.

En este punto, cabe señalar que en el proceso **17.024** surgió una discusión en torno a la debida escogencia de la acción, producto de la decisión del Tribunal *a quo* cuando rechazó la demanda interpuesta por Pedro Simón Vargas Sáenz, con sustento en que invocó dos acciones que no podían coexistir. Tal y como quedó expuesto en el numeral 2.5. de los antecedentes de esta providencia, el Consejo de Estado revocó tal decisión porque, a partir de la interpretación del líbello y al margen de la invocación de dos acciones diferentes, debía entenderse que las pretensiones

así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.

⁵⁷ En la demanda interpuesta por Pedro Simón Vargas Sáenz, en el marco del proceso 17.024, se expresó: “*En primera instancia es competente a este Honorable Tribunal para conocer de la presente acción y por la naturaleza y cuantía del contrato de concesión que sea fijado en más de MIL MILLONES DE PESOS, en segunda instancia conocerá el Honorable Consejo de Estado*”. A su vez, en la demanda elevada en el proceso 16.942 se expuso que el Tribunal Administrativo era competente en primera instancia para conocer del asunto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 132 del CCA.

⁵⁸ A la fecha de presentación de las demandas —1997—, la suma de \$13'460.000 (reajustada) era la exigida de acuerdo con las reglas del Decreto 597 de 1988 para que los Tribunales Administrativos conocieran en primera instancia de demandas relacionadas con contratos. El mencionado Decreto, que modificó el artículo 132 del CCA, consagraba: “*Artículo 132. EN PRIMERA INSTANCIA. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos (...) 8. De los referentes a contratos administrativos, interadministrativos, y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de tres millones quinientos mil pesos (\$3'500.000)*”. Al efecto, es pertinente señalar que si bien el Decreto ley 222 de 1983, distinguió entre contratos administrativos y contratos de derecho privado celebrados por la administración en los que se haya pactado o no cláusula de caducidad, cierto es que luego la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, unificó sin distinción los contratos celebrados por las entidades de la administración enlistadas en el artículo 2 *ibidem*, bajo la denominación de contratos estatales.

⁵⁹ A su vez, el artículo 4 de dicho Decreto contempló “*Los valores expresados en moneda nacional por este Código, se reajustarán en un cuarenta por ciento (40%), cada dos años, desde el primero (1º) de enero de mil novecientos noventa (1990), y se seguirán ajustando automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha. Los resultados de estos ajustes se aproximarán a la decena de miles inmediatamente superior*”.



formuladas se orientaron bajo los derroteros de la acción contractual. Al efecto, cabe agregar que, en la sentencia recurrida, al resolverse sobre la excepción previa de inepta demanda que se declaró no probada, se zanjó esta discusión al sostenerse que, aunque inicialmente el demandante pidió la nulidad del contrato de concesión No. 0132 de 1996, así como la nulidad de los actos de preadjudicación y adjudicación del negocio jurídico, posteriormente el referido actor aclaró su demanda dejando como única pretensión la de nulidad absoluta del acuerdo de voluntades, definiéndose así que la controversia era netamente de naturaleza contractual.

Ahora bien, en cuanto al proceso **16.942**, hay que decir que, aunque en ejercicio de la acción de nulidad simple —prevista en el artículo 84 del CCA— los demandantes pidieron la nulidad absoluta del contrato No. 0132 de 1996, lo cierto es que la controversia que se plantea, al margen de la denominación errónea efectuada por la parte demandante respecto de la acción, sin lugar a duda es de naturaleza contractual, de ahí que, primando lo sustancial sobre lo formal, se entienda que la acción ejercida en este caso fue la contractual⁶⁰.

2.2. En tal sentido, resulta claro que en el *sub judice* la acción ejercida realmente fue la contractual y, al amparo de esta, se examinarán las demandas acumuladas, pues en ellas se cuestiona la validez del contrato de concesión No. 0132 de 1996.

⁶⁰ Sobre el particular, de manera reciente esta Subsección sostuvo: “Con todo, la regla de la debida escogencia de la acción no ha sido aplicada de forma absoluta, pues, en eventos excepcionales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha flexibilizado dicho deber en el marco del CCA, lo que ha tenido lugar respecto de específicas hipótesis, a saber: i) asuntos en los cuales el escrito introductorio no permite vislumbrar con claridad cuál es la acción ejercida; ii) demandas en las que se incurre en un error meramente formal en la denominación de la acción empleada, pues de su lectura se advierte, sin asomo de duda, el ejercicio de una acción que lleva un nombre distinto al indicado; o iii) cuando se unifica o modifica un precedente judicial con repercusiones en una variación del medio procesal a ejercer -como sucedió con la unificación sobre la naturaleza de los actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios- [...] Bajo dicho derrotero, esta Corporación, en asuntos sometidos al CCA, ha readecuado la acción ejercida cuando, pese a que se ejerció la reparación directa, en realidad se encuentra que tal denominación fue meramente formal, pues las pretensiones se encaminaron realmente a cuestionar un contrato, de tal suerte que, en ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, se estudió la disputa bajo la óptica de las controversias contractuales [...] Así las cosas, la regla de la debida escogencia de la acción derivada del CCA encuentra como límite aquellos casos en que, excepcionalmente, existe claridad de que la acción ejercida es una distinta a la cual se denominó en la demanda, en cuyo caso dicho mandato se atempera y prevalece la intención real de la parte actora” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de julio de 2024, expediente No. 48833.



2. Legitimación en la causa⁶¹

3.1. El artículo 87 del CCA —antes de la subrogación de la Ley 446 de 1998— establecía que la legitimación en la causa en la acción contractual recaía en las partes del contrato y que la nulidad absoluta la podían alegar, además de los extremos contratantes, el Ministerio Público o el tercero que acredite un interés directo.

Ahora bien, en la Ley 80 de 1993, concretamente en su artículo 45, quedó previsto que la nulidad absoluta de los contratos estatales podía ser alegada por las partes, por el Ministerio Público o por cualquier persona. A este respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que esta norma amplió la titularidad de la acción contractual frente a la pretensión de nulidad absoluta del contrato, al disponer que cualquier persona podía elevar tal pretensión sin demostrar un interés directo⁶².

Siguiendo la línea de la jurisprudencia, la doctrina autorizada⁶³ señaló que el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 habilitó “*aún a quienes no tienen ningún interés o por simple labor intelectual, a impetrar la nulidad del contrato, buscando simplemente la legalidad de la actuación*”, quedando, entonces, la titularidad de la acción contractual en aquellos que ni siquiera participaron en el proceso de selección que dio origen a la adjudicación y posterior celebración del contrato.

Más adelante, el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, mediante el cual se subrogó el artículo 87 del CCA, —que no es aplicable al caso concreto—, se inclinó nuevamente por adoptar la posición de la legitimación restringida y, en tal sentido, dispuso que la nulidad absoluta del contrato solamente la podía solicitar el tercero que acreditara un interés directo —además de las partes del contrato y del Ministerio

⁶¹ En el punto 7.1.3. de los antecedentes de este proveído se observa que el demandante en su apelación manifestó que el *a quo* le negó las pretensiones de la demanda al advertir la falta de legitimación en la causa por activa; sin embargo, la Sala precisa que en la sentencia de primera instancia se señaló que los demandantes sí estaban legitimados, al punto de que la excepción de falta de legitimación por activa se declaró no probada, siéndole negadas las súplicas de la demanda bajo un estudio de fondo. En todo caso, independientemente de los argumentos del recurrente, en este acápite se examinará la legitimación en la causa como presupuesto procesal.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de agosto de 1994, expediente No. 7145 y sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente No. 16368.

⁶³ PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo, Séptima Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2010. P. 355.



Público—, quedando proscrita la posibilidad de que cualquier persona pudiera impugnar el negocio jurídico.

Conviene señalar que la Corte Constitucional⁶⁴, al examinar la constitucionalidad del artículo 32 de la Ley 446 de 1998 —que, por cierto, declaró exequible la expresión “*que acredite un interés directo*”—, sostuvo que el interés directo radicaba, esencialmente, en quienes intervienen en el proceso de selección que da origen al contrato cuya nulidad se pretende. En tal sentido, señaló que no están habilitados para solicitar la nulidad absoluta del contrato quienes no tengan un interés directo, ni quienes persigan la legalidad abstracta de la actuación de la administración, agregando, además, que esa restricción es razonable y ajustada a los postulados constitucionales, pues busca evitar que la acción de nulidad absoluta del contrato sea empleada con propósitos dilatorios o distintos a los que inspiraron su creación⁶⁵.

Finalmente, ha de destacarse, a modo de ilustración, que el CPACA mantuvo el criterio de la legitimación restringida, pues en su artículo 141, el cual regula el medio de control de controversias contractuales, dispuso que el tercero que acredite un interés directo podrá pedir la nulidad absoluta del contrato.

A partir del anterior recuento normativo y jurisprudencial, la Sala concluye que el criterio que ha prevalecido es el de la legitimación restringida, esto es, que los terceros deben acreditar un interés directo para solicitar la nulidad absoluta del contrato, con excepción del interregno de tiempo que transcurrió desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 hasta la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, en el cual la titularidad de la acción contractual, como quedó visto, radicaba en cualquier persona, de modo que, frente a las demandas interpuestas en ese preciso período, no era exigible ni necesario acreditar el interés directo para satisfacer el presupuesto procesal de la legitimación en la causa por activa⁶⁶.

⁶⁴ C-221 de 1999. Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo: “***Es obvio que dicho interés directo radica esencialmente en quienes intervinieron en el proceso licitatorio. Empero, no puede considerarse que el interés directo se circunscriba a esta sola circunstancia de representar un interés meramente patrimonial y exclusivo, porque, repárese bien, en que al demandarse la nulidad se protege igualmente el interés general***” (negritas fuera del texto original).

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2023, expediente No. 68868.

⁶⁶ Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado: “*Lo cierto es que, para el momento en que se presentó la demanda, el actor estaba facultado -por el ordenamiento de la ley 80 de 1993- para solicitar la nulidad absoluta del contrato social y del acto aprobatorio de sus estatutos, sin necesidad de ser parte en el mismo ni acreditar interés distinto del que se presume*



3.2. De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que en el presente caso las demandas acumuladas se presentaron en 1997, esto es, en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 446 de 1998, época para la cual no era exigible acreditar un interés directo para solicitar la nulidad absoluta del contrato, porque la titularidad de la acción recaía en cualquier persona, se concluye que los demandantes Manuel Casas Abril, Ramón Humberto Sánchez Alba, Sergio F. Umaña y Pedro Simón Vargas Sáenz están legitimados en la causa por activa.

3.3. Por otra parte, la Sala destaca que el municipio de Tunja⁶⁷ y Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. —demandados— se encuentran legitimados en la causa por pasiva, por cuanto fueron quienes suscribieron el contrato de concesión No. 0132 de 1996⁶⁸, cuya nulidad absoluta pretenden los aquí demandantes.

3.4. Igualmente, cabe señalar que al señor Hugo Hernando Porras Rodríguez le asiste interés en este proceso, pues fue reconocido como coadyuvante de la parte demandante mediante auto del 18 de febrero de 1998⁶⁹.

4. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor del artículo 136 del CCA, subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989⁷⁰, vigente para el momento en que se presentó el hecho que se demanda la

existente en toda persona para la defensa del orden jurídico” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2000, expediente No. 12393).

⁶⁷ Si bien la Empresa de Acueducto y Alcantarillado en liquidación fue demandada, lo cierto es que no fue vinculada al proceso, siendo esa una de las dos razones por las cuales se declaró la nulidad de todo lo actuado en segunda instancia, así como también de la sentencia de primera instancia. Cuando posterior a la declaratoria de nulidad se ordenó su vinculación como litisconsorte necesario, el Tribunal *a quo*, mediante auto del 23 septiembre de 2016 señaló que, a través del Decreto Municipal No. 0182 del 2 de agosto de 2000, el municipio de Tunja adquirió todos los derechos que ostentaba la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja Ltda., por lo que en su nombre debía intervenir el referido ente territorial (ver punto 5.3.2. de los antecedentes de este proveído).

⁶⁸ Como se constatará en el hecho probado 6.10.

⁶⁹ Folio 35 del cuaderno No. 5.

⁷⁰ “Artículo 136. Caducidad de las Acciones. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo.

Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.



supuesta suscripción de un contrato nulo y para la época en que se interpusieron los libelos introductorios y, por lo tanto, aplicable al presente caso⁷¹, las acciones relativas a contratos caducan “*en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento*”.

De acuerdo con lo anterior, en el *sub judice* se advierte que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, comoquiera que el negocio jurídico sometido a examen se celebró el 3 de octubre de 1996 (hecho probado 6.10.) y las demandas, posteriormente acumuladas, se presentaron el 4 de abril⁷² y el 4 de mayo de 1997⁷³, respectivamente.

5. Objeto de los recursos de apelación y problemas jurídicos a resolver

5.1. De entrada, resulta oportuno precisar que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida. Es así que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del CPC⁷⁴, el superior no puede enmendar la providencia del *a quo* en la parte que no fue objeto del recurso de apelación, “*salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla*”⁷⁵.

La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.

La de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora- caducarán en dos (2) años, contados desde la publicación, cuando ella sea necesaria, o desde su ejecutoria, en los demás casos.

Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”.

⁷¹ De acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, los términos que hubieren empezado a correr se deben regir por las normas vigentes para el momento en que estos iniciaron a correr.

⁷² Folios 3 a 17 del cuaderno No. 5.

⁷³ Folios 109 a 127 del cuaderno No. 2.

⁷⁴ “Artículo 357. Competencia del Superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, **y por lo tanto 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. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (...).”

⁷⁵ Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 6 de abril de 2018 (expediente No. 46005), unificó su jurisprudencia en los siguientes términos: “19. Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del *ad quem* frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de



5.2. Al hilo con lo anterior, la Sala destaca que en el presente caso el Tribunal *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al descartar la nulidad absoluta alegada frente al contrato de concesión No. 0132 de 1996, argumentando —en síntesis—lo siguiente: **(i)** que no se presentó una ilegalidad en el contrato de concesión al suscribirse con una persona jurídica distinta a la que le fue adjudicada; **(ii)** que con la celebración del negocio jurídico en cuestión no se privatizó el servicio de acueducto y alcantarillado; **(iii)** que no se usurparon las funciones del Concejo Municipal de Tunja por parte del alcalde del Municipio; y **(iv)** que no se incurrió en ninguna violación normativa por el plazo de 30 años pactado en el contrato de concesión No. 0132 del 3 de octubre de 1996.

Tras contrastar lo decidido en la sentencia de primera instancia, de cara a los argumentos planteados por el demandante Ramón Humberto Sánchez Alba —recurrente—, ha de señalarse que su alzada se dirigió a atacar los fundamentos expuestos por el Tribunal *a quo* en los puntos **(i)** y **(iii)**, al advertir, de un lado, que sí constituyó una irregularidad el hecho que el contrato de concesión se haya celebrado con una persona jurídica que no participó en la licitación pública, y, de otra parte, que sí hubo una usurpación de funciones del Concejo Municipal de Tunja por parte del alcalde del Municipio, en tanto este último no estaba autorizado para adelantar la licitación pública que culminó con la suscripción del negocio jurídico en cuestión.

Seguidamente, conviene destacar que el coadyuvante Hugo Hernando Porras Rodríguez —recurrente— también cuestionó en su apelación el punto **(iii)**, al considerar que el alcalde de Tunja no estaba autorizado para entregar en concesión el servicio de acueducto y alcantarillado, ni para liquidar la Empresa de Acueducto y Alcantarillado que operaba dicho servicio público en la ciudad, con lo cual, según la parte recurrente se privatizó el servicio, argumento este último que, aunque de manera tangencial, ataca igualmente lo expuesto por el *a quo* en el punto **(ii)** del fallo apelado, en el cual se consideró que con la suscripción del contrato de concesión no se privatizó el servicio público de acueducto y alcantarillado.

mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada”.



Puesto en contexto lo anterior, la Subsección advierte que en las impugnaciones no se presentaron cuestionamientos frente a lo considerado por el Tribunal en el punto **(iv)**, relativo a que no existió violación normativa al estipular un plazo de 30 años para la concesión, de ahí que este último aspecto escape del análisis de la Sala en esta instancia, dado que no fue objeto de reproche en las alzadas.

En consecuencia, el análisis del caso concreto se circunscribirá solamente a los reparos específicos que formularon los demandantes contra la sentencia cuestionada, razón por la cual el estudio de la *litis* en segunda instancia habrá de ceñirse a los puntos **(i)**, **(ii)** y **(iii)** de la sentencia apelada, que fueron los cuestionados por los recurrentes.

5.3. En este punto de la providencia, cabe agregar que el demandante Ramón Humberto Sánchez Alba en su escrito de apelación alegó que, sin el cumplimiento de las exigencias legales, el municipio de Tunja aceptó el cambio de razón social de Sera Q.A. E.S.P. S.A. —contratista concesionaria— por el de Proactiva Aguas Tunja S.A., irregularidad que, a su juicio, vicia de nulidad el contrato de concesión No. 0132 de 1996.

En igual sentido, el coadyuvante Hugo Hernando Porras Rodríguez manifestó en su apelación que Proactiva Aguas de Tunja S.A. fue creada ilegalmente y que no debió haberse aceptado el cambio de razón social de Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., pues el contrato no lo autorizaba. Además, indicó que el Tribunal pasó por alto que la sociedad Seragua S.A. —empresa extranjera— no tuvo existencia en Colombia, por lo que, según el recurrente, no debió aceptarse en la licitación, ni tampoco en la formación de Sera Q.A. E.S.P. S.A., que fue la sociedad que suscribió el contrato de concesión.

Al efecto, no se pasa por alto que en los alegatos de conclusión de primera instancia presentados por el señor Hugo Hernando Porras Rodríguez —ver punto 1.6. de los antecedentes del presente proveído— en el marco del proceso 16.942, se alegó que Seragua S.A., empresa extranjera, no cumplía con los requisitos establecidos en el Código de Comercio y que, por tal razón, no debió ser aceptada en la licitación pública No. 0002 de 1996, frente a lo cual cabe señalar que, a juicio de la Sala, esta no era la oportunidad procesal para exponer ese punto; bien pudo haberlo expuesto



al momento de plantear su intervención inicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del CPC⁷⁶.

La Subsección precisa que por la vía del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia no es posible modificar la causa petendi, ni tampoco adicionar la demanda ni su sustento, dado que se estaría sorprendiendo a la contraparte con cargos nuevos frente a los cuales no tuvo la oportunidad de defenderse y, en caso de permitir tales actuaciones, se desconocería el principio de congruencia y el debido proceso. Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado:

“(...) conviene señalar que con la demanda y su correspondiente corrección o adición la parte actora tiene la oportunidad de fijar el alcance de la controversia que plantea, de manera que, con posterioridad a esas etapas procesales que ofrece el CCA, no puede caprichosamente cambiar el petitum y el contexto fáctico y jurídico de lo expuesto inicialmente (...) Si bien el marco de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias hechas en la apelación, lo cierto es que, bajo la excusa de interponer tal recurso, no puede variarse el petitum de la demanda, pues lo planteado en la impugnación debe tener relación con la discusión propuesta en la demanda, cosa que no sucedió en este caso (...)”⁷⁷.

Así las cosas, como el referido argumento, incluido por primera vez en los recursos de apelación, varía la *causa petendi*, la Sala no lo tendrá en cuenta al delimitar el objeto de la apelación.

5.4. Precisado lo anterior, el análisis del caso en segunda instancia se circunscribirá solamente a los reparos concretos que formularon el demandante y su coadyuvante contra la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, en virtud de los cuales habrá de resolver los siguientes problemas jurídicos:

El **primer problema jurídico** se contrae a determinar si el hecho de haber suscrito el contrato de concesión No. 0132 de 1996 con una persona diferente a la adjudicataria, constituye una irregularidad que vicia de nulidad el negocio jurídico.

⁷⁶ “Artículo 52. Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadyuvante, de ella, mientras no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia. El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio (...) La solicitud de intervención deberá contener los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoya, y a ella se acompañarán las pruebas pertinentes (...) Si el juez estima procedente la intervención, la aceptará de plano y considerará las peticiones que hubiere formulado el interviniente (...)”.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de agosto de 2021, expediente No. 65589; criterio también acogido en sentencia del 30 de julio de 2021, expediente No. 50.728, Subsección A, Sección Tercera.



El **segundo problema jurídico** consiste en establecer si el alcalde de Tunja requería de la autorización del Concejo Municipal para celebrar el contrato de concesión No. 0132 de 1996, y si, con la suscripción del acuerdo de voluntades, se privatizó o no el servicio público de acueducto y alcantarillado del Municipio.

6. Hechos probados y pruebas relevantes de cara a la resolución de los problemas jurídicos

En el expediente reposan varios documentos en copia auténtica y otros en copia simple. Estos últimos serán analizados, siempre que no hayan sido tachados de falsedad por alguna de las partes o exista alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia, de conformidad con lo dispuesto por esta Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013⁷⁸.

Conviene destacar que las pruebas allegadas a los procesos acumulados se valorarán conjuntamente, de acuerdo con lo previsto en el inciso 4° del artículo 159 del CPC, que establecía: *“Decretada la acumulación, los procesos continuarán tramitándose conjuntamente”*, en armonía con lo señalado por esta Sección, quien ha indicado que *“(…) al tratarse de procesos acumulados, estos pueden valerse de las mismas pruebas, pues la litis en ambos se refieren a los mismos hechos (…)”*⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013. Rad.: 25022. “[...] Debe precisarse que la copia simple de las pruebas que componen el acervo del proceso penal, en especial las diligencias adelantadas por las demandadas, pueden ser valoradas toda vez que los medios probatorios obrantes fueron practicados con audiencia de la demandada, y solicitados como prueba trasladada por la parte demandante, petición que fue coadyuvada por las demandadas, surtiéndose así el principio de contradicción [...] En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda”.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 16 de octubre de 2020, expediente No. 47271, acumulado con el No. 45.599; ver también, en ese sentido, sentencia dictada el 23 de abril de 2021 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección A, expediente No. 53870, acumulado con los siguientes números internos 50332, 54198, 48471, 47877 y 52074. Este mismo criterio también lo ha adoptado la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de diciembre de 2024, expediente No. 61604.



En consecuencia, se procederá a establecer cuáles son los hechos probados que resultan relevantes para decidir la controversia sometida a juicio.

En relación con las facultades otorgadas al alcalde de Tunja por parte del Concejo Municipal

6.1. Está probado que, por medio del Acuerdo No. 0015 del 12 de junio de 1995, el Concejo Municipal de Tunja le otorgó al alcalde, hasta el 31 de diciembre de 1997, las siguientes facultades: **(i)** celebrar contratos y convenios interadministrativos con entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, cuyo valor individual no supere los 200.000 salarios mínimos legales mensuales; y **(ii)** celebrar contratos y convenios con entes internacionales⁸⁰. En el Acuerdo se dispuso, además, que dichas facultades no podían utilizarse para celebrar convenios o contratos que tuvieran por finalidad la privatización de cualquiera de los servicios públicos a cargo del Municipio.

6.2. Se encuentra acreditado que el 2 de agosto de 1995, el Concejo Municipal de Tunja, en uso de sus atribuciones constitucionales, expidió el Acuerdo No. 0017, por medio del cual le otorgó al alcalde de Tunja, entre otras facultades extraordinarias, las siguientes: suprimir, fusionar o reestructurar las entidades pertenecientes a las administraciones central y descentralizadas de Tunja con el propósito de modernizarlas y ponerlas en concordancia con los nuevos mandatos constitucionales, y en especial con los que regulan la función administrativa. En el Acuerdo se precisó que el alcalde de Tunja podía ejercer tales facultades extraordinarias hasta el 31 de diciembre de 1995⁸¹.

6.3. Consta que, a través del Decreto No. 628 del 18 de diciembre de 1995, el alcalde de Tunja ordenó la disolución, liquidación y supresión de la Empresa de Acueducto y de Alcantarillado de Tunja Limitada (artículo 1°), pero se dispuso, en todo caso, que dicha empresa debía continuar asegurando y garantizando la prestación del servicio a la comunidad, hasta tanto el Municipio contratara el operador o prestador del servicio público, para lo cual el alcalde de Tunja contaba *“con las facultades necesarias para la realización de este propósito, a través de la*

⁸¹ Folios 77 y 78 del cuaderno No. 2.



celebración de contratos de concesión o aquel mecanismo que sea definido por el municipio” (artículos 2 y 15)⁸².

En cuanto al procedimiento de selección adelantado por el municipio de Tunja para la concesión del servicio de acueducto y alcantarillado y a la oferta presentada por Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. en la licitación

6.4. Está demostrado que, a través de la Resolución No. 000517 del 27 de marzo de 1996, el alcalde de Tunja dio apertura a la licitación pública internacional No. 002 de 1996, con el propósito de entregar en concesión con inversión cofinanciada la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado del Municipio que operaba la Empresa de Acueducto y Alcantarillado” —EAAT—⁸³.

6.4.1. En el capítulo 1.6. del pliego de condiciones⁸⁴, relacionado con la interpretación de normas aplicables, se estableció que, una vez celebrado el contrato de concesión y en caso de suscitarse duda o una divergencia interpretativa, debía acudirse, entre otros documentos, a la resolución expedida por el alcalde de Tunja, por medio de la cual se aprobó la concesión, al negocio jurídico y sus anexos, a la oferta aceptada y al pliego de condiciones⁸⁵.

6.4.2. En el capítulo 2.5. del pliego de condiciones, quedó previsto que tendrían capacidad para contratar todas las personas consideradas como capaces en las normas vigentes, a la vez que, *“cualquiera sea la modalidad de presentación, deberá existir el compromiso de constituir una sociedad por acciones, antes de la firma del contrato de concesión”*⁸⁶. Asimismo, se consignó que los oferentes debían asumir expresamente el compromiso de constituir una sociedad por acciones, en

⁸² Folios 81 a 86 del cuaderno No. 2. Adicionalmente, en el artículo 11 de tal Decreto se dispuso. *“Los bienes inmuebles y muebles de propiedad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja en Liquidación, que se requieran para la prestación de los servicios actualmente a cargo de la entidad serán transferidos a título gratuito al municipio que los podrá entregar a quien o a quienes en el futuro asuman la prestación del servicio (...). A su vez, en el artículo 14 se consagró: “Los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la entidad que no hubieren sido cedidos o enajenados antes de terminar el proceso de liquidación de aquella serán transferidos en su totalidad al municipio de Tunja que asumirá desde ese momento su administración y manejo y que podrá venderlos con el propósito de incrementar los recursos del Fondo Cuenta de Pasivos”.*

⁸³ Esta información se desprende de los antecedentes del contrato de concesión (folio 6 del cuaderno No. 2).

⁸⁴ Cuaderno No. 8

⁸⁵ Folio 5 del cuaderno No. 8.

⁸⁶ Folio 11 del cuaderno No. 8.



los términos de la Ley 142 de 1994 y bajo las condiciones del capítulo 5 del pliego de condiciones.

Adicionalmente, se estableció que: *“Los oferentes conformados por un grupo de personas naturales y/o jurídicas deberán indicar la participación mínima comprometida por cada uno de sus integrantes en LA SOCIEDAD a constituirse, la que asumirá el rol de concesionario. La composición del grupo y la participación mínima comprometida de los integrantes no podrá modificarse con posterioridad a la presentación de la oferta. Los miembros integrantes deberán señalar las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad a su interior, ya que las relaciones que se dan frente a EL MUNICIPIO se rigen por el principio de solidaridad de sus miembros”⁸⁷.*

6.4.3. En el capítulo 5 del pliego de condiciones, concerniente a los requisitos de la sociedad concesionaria, se plasmó que, previo a la suscripción del contrato de concesión, el adjudicatario debía constituir una sociedad por acciones, de acuerdo con las condiciones previstas en el proceso de selección, además de que su estatuto debía ajustarse a las normas de la Ley 142 de 1994, al Código de Comercio y contener las disposiciones suficientes con el objetivo de cumplir con las obligaciones consignadas en el pliego.

En el punto 5.2.2. se expresó:

“5.2.2. Socios. El adjudicatario deberá constituir LA SOCIEDAD con los integrantes del oferente vinculados en esta etapa licitatoria, con las participaciones comprometidas en la oferta, requiriéndose además que en el momento de constitución de la sociedad, si a eso hubiere lugar, se completara con el número total de accionistas que sea el necesario de acuerdo con la legislación aplicable”.

En el punto 5.2.4. se estableció:

“5.2.4. Acciones. El CINCUENTA Y UNO POR CIENTO (51%) del capital social deberá estar constituido por el adjudicatario y no podrá ser transferido durante el período de vigencia de la concesión, salvo autorización previa y expresa de LA ALCALDÍA”⁸⁸.

⁸⁷ Folios 11 y 12 del cuaderno No. 8.

⁸⁸ Folio 35 del cuaderno No. 8.



6.5. Se probó que, el 21 de junio de 1996, los representantes de A.Q.A. de Colombia E.S.P. y Seragua S.A. le manifestaron al alcalde de Tunja que había voluntad de asociación para presentar oferta en la licitación pública internacional No. 0002 de 1996⁸⁹.

6.5.1. A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A., junto con Seragua S.A. —operador—, radicaron carta de presentación de su oferta ante el municipio de Tunja, para la licitación pública internacional No. 0002 de 1996, documento en el cual declararon conocer los términos del pliego de condiciones. En la carta expresaron, “*que con excepción de las aquí nombradas, ninguna persona o entidad posee interés en esta propuesta ni en el contrato que a consecuencia de ella llegare a hacerse y que por consiguiente compromete solo al firmante*”⁹⁰.

6.5.2. A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A. y Seragua S.A. manifestaron su compromiso de constituir una sociedad por acciones, de acuerdo con lo exigido en el capítulo 5 del pliego de condiciones, aportando en tal sentido el “*contrato de promesa para constituir una sociedad por acciones*”, que fue suscrito el 20 de junio de 1996⁹¹.

En el contrato de promesa se presentaron como promitentes asociados A.Q.A de Colombia E.S.P. S.A. y Seragua S.A., y en él se acordó que, en caso de resultar adjudicatarios del contrato de concesión para la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y de alcantarillado del municipio de Tunja, perfeccionarían y constituirían una sociedad anónima, en los términos del Código de Comercio, la Ley 142 de 1994 y los pliegos de condiciones.

Igualmente, se indicó que la sociedad que se constituiría en caso de resultar beneficiadas con la adjudicación del contrato, se denominaría Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A.; que su término de duración sería hasta la expiración de la totalidad de las obligaciones del contrato de concesión; que el capital social autorizado sería de “*un millón de dólares*”; que el capital de la sociedad se dividiría en 1.000 acciones nominativas ordinarias, de valor nominal de “*mil dólares*”: Seragua S.A con 510 acciones por un valor de US510.000, mientras que A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A. con 490 acciones por un valor de US490.000; y que, según lo consignado en el

⁸⁹ Folio 41 del cuaderno No. 40.

⁹⁰ Folios 2 a 4 del cuaderno No. 40.

⁹¹ Folios 42 y 94 a 101 del tomo I.



pliego de condiciones, *“los promitentes asociados determinan que el 51% del capital social estará constituido por el adjudicatario del contrato de concesión, salvo autorización previa y expresa del concedente (...)”*.

A su vez, en cuanto a la constitución del capital, se estableció que *“el 51% del capital social estará constituido por el adjudicatario del contrato de concesión y no podrá ser transferido durante el periodo del contrato de concesión”*.

De otra parte, en relación con la composición del grupo y participación mínima comprometida de los integrantes que constituyen el oferente, se acordó que, *“LOS PROMETIENTES ASOCIADOS declaran que la composición y participación mínima del oferente de la licitación No. 0002 que lo constituyen las firmas A.Q.A de Colombia E.S.P. S.A. y Seragua S.A. sería del 51% del capital social”*.

6.6. Consta que a la licitación pública se presentaron dos ofertas: la de Grucon S.A. y la de A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A., en conjunto con Seragua S.A., y que el 16 de julio de 1996 se procedió a la apertura de los sobres de los dos oferentes, *“encontrándose calificado para considerar y evaluar su oferta económica financiera un solo oferente: A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A. – SERAGUA S.A.”*⁹².

6.7. Está demostrado, que el 16 de agosto de 1996, el alcalde de Tunja expidió la Resolución No. 000971, por medio de la cual: **(i)** preadjudicó el contrato *“al oferente AQA Colombia E.S.P. S.A. – SERAGUA S.A.”*, porque cumplió con todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones; y **(ii)** citó al preadjudicatario para acordar los valores de las tarifas a cobrar, dando cumplimiento a las normas en materia de servicios públicos de acueducto y alcantarillado⁹³.

6.8. Se probó que mediante Resolución No. 01055 del 6 de septiembre de 1996, el Municipio adjudicó la licitación pública No. 002 de 1996 a la firma *“AQA de Colombia E.S.P. S.A. SERAGUA S.A.”*, con el objeto de entregar en concesión la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y

⁹² Folio 85 del cuaderno No. 4. Esta información también se desprende de la resolución por medio de la cual se preadjudicó la concesión a A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A. – SERAGUA S.A. (folios 86 y 87 del cuaderno No. 4).

⁹³ Folios 87 y 88 del cuaderno No. 2.



alcantarillado, luego de haber acordado un ajuste puntual del 24% sobre las tarifas actuales⁹⁴.

En lo que concierne a la constitución de Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. y a la celebración del contrato de concesión

6.9. Quedó probado que, por medio de la escritura pública No. 3685 del 1° de octubre de 1996 de la Notaría 48 del Círculo de Bogotá, se constituyó la sociedad anónima Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., para cuyo efecto comparecieron las siguientes personas: Seragua S.A., A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A., Lina Margarita Gómez Hernández, Interdevco S.A. y Centro de Venta Inmobiliaria Ltda⁹⁵.

6.9.1. Se estableció que la duración de la sociedad sería hasta la culminación del contrato de concesión y que su objeto principal consistía en el cumplimiento del negocio jurídico para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado.

6.9.2. Se pactó un capital social autorizado de \$1.062'000.000, dividido en 106.200 acciones, con un valor nominal de \$10.000 cada una.

6.9.3. Se señaló que las acciones representativas de \$1.062'000.000 del capital autorizado fueron suscritas y pagadas por los accionistas, así:

ACCIONISTA	ACCIONES SUSCRITAS	VALOR ACCIONES ACCIONES PAGADAS	VALOR ACCIONES
SERAGUA S.A.	54.162	541.620.000	\$76'225.200
A.Q.A. S.A.	48.852	488.520.000	\$249'145.200
INTERDEVCO S.A.	1.062	10.620.000	\$5'416.200
CENTRO DE VENTA INMOBILIARIA	1.062	10.620.000	\$5'416.200
LINA MARGARITA GÓMEZ HERNÁNDEZ	1.062	10.620.000	\$5'416.200

⁹⁴ Folios 89 y 90 del cuaderno No. 2. Esto se consideró en dicho acto administrativo: “*Que una vez preadjudicada la licitación pública internacional No. 0002 de 1996, mediante Resolución No. 00971 se inició la etapa para llegar a un acuerdo entre el preadjudicatario y la alcaldía mayor de Tunja, agotadas las conversaciones se llegó al siguiente acuerdo: Teniendo en cuenta que el oferente A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A. – SERAGUA S.A. presentó dentro de la propuesta económica un ajuste puntual del 24% sobre las tarifas actuales, este aumento que está basado, de un lado, en los elementos económicos, técnicos y financieros, guía proporcionados en el pliego licitatorio y, de otro lado, en los estudios que realizaron los mismos proponentes para la presentación de su oferta económica y sobre las cuales consideraron adecuado tal ajuste, situándose dentro de los parámetros máximos establecidos por el mismo pliego licitatorio. Que el preadjudicatario AQA de Colombia S.A. E.S.P. – SERAGUA S.A. y el municipio, a través del presente documento, acuerdan un ajuste puntual del 24% sobre las tarifas actuales, aumento que como ya se dijo es el mismo ofertado en las propuestas*”

⁹⁵ Folios 136 a 156 del cuaderno No. 6.



6.10. Consta que, el 3 de octubre de 1996, el municipio de Tunja —concedente— y Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. —concesionario— suscribieron el contrato No. 0132, cuyo objeto consistió en otorgar en concesión, con inversión cofinanciada, la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado de Tunja, con un plazo de 30 años⁹⁶.

Testimonios

6.11. Obra el testimonio de Miguel Briceño Anzola, quien se desempeñó como concejal para la época en la que se adelantó la licitación pública No. 0002 de 1996. En su relato, manifestó no tener conocimiento sobre la forma en que se desarrolló el proceso de selección y que no tuvo responsabilidad alguna, toda vez que la licitación pública fue adelantada por la Administración municipal⁹⁷.

6.12. Reposo el testimonio de María Esther Galindo Torres, quien adujo fungir como gerente comercial de Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. En su declaración, manifestó que no tuvo conocimiento directo sobre el desarrollo de la licitación pública No. 0002 de 1996, dado que entró a trabajar en la empresa en noviembre de 1996. En relación con el contrato de concesión No. 0132 de 1996, señaló que estaba cumpliendo con las condiciones pactadas y que, por virtud de aquel, se estaba prestando el servicio público de acueducto y alcantarillado en Tunja⁹⁸.

6.13. Obra el testimonio de Manuel Antonio Gamboa, quien se desempeñó como gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja, y quien indicó que no le constaba nada sobre el contrato No. 0132 de 1996⁹⁹.

6.14. Reposo el testimonio de Manuel Arias Molano, alcalde de Tunja para la época de los hechos, quien sostuvo que cumplió con los lineamientos de la Ley 80 de 1993, resultando adjudicatario A.Q.A. de Colombia E.S.P. y Seragua S.A., las cuales, siguiendo la ley y los pliegos de condiciones, constituyeron la sociedad

⁹⁶ Folios 6 a 76 del cuaderno No. 2. Se precisa que, a solicitud de Pedro Simón Vargas Sáenz en el marco del proceso 17024, se decretó una inspección judicial en las oficinas del Concejo Municipal de Tunja, de la alcaldía y de Sera Q.A. E.S.P. S.A. para verificar la documentación correspondiente en cuanto a la licitación pública y el contrato de concesión suscrito, documentación que ya fue relacionada aquí en este proveído. La diligencia se realizó el 21 de marzo y el 16 de mayo de 2000 (folios 1, 2, 13, 29 a 32 del cuaderno No. 5).

⁹⁷ Folios 182 y 183 del cuaderno No. 6.

⁹⁸ Folios 184 y 185 del cuaderno No. 6.

⁹⁹ CD obrante 2668 del cuaderno No. 7.



anónima Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. para la celebración del contrato de concesión. En adición a lo anterior, el declarante señaló que el servicio público de acueducto y alcantarillado no se privatizó, pues solamente fue entregado en concesión¹⁰⁰.

Tras analizar el dicho de los testigos referidos, la Sala estima que sus declaraciones carecen de mérito probatorio, como pasa explicarse.

Al efecto, los señores Miguel Briceño Anzola, María Esther Galindo Torres y Manuel Antonio Gamboa manifestaron no tener conocimiento acerca de los hechos, particularmente del desarrollo de la licitación pública No. 0002 de 1996 y de la celebración del contrato No. 0132 de 1996, de modo que sus declaraciones no aportan elementos de juicio que contribuyan a la resolución de la presente controversia.

En cuanto a la declaración del señor Manuel Arias Molano, alcalde de Tunja para la época de los hechos, si bien se advierte que el testigo da cuenta de que la licitación se desarrolló de conformidad con las previsiones contenidas en la Ley y en el pliego de condiciones, aunado al hecho de que se constituyó una nueva sociedad para celebrar el contrato y que la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado no se privatizó, lo que en principio da cuenta del conocimiento de los hechos, cierto es que su relato se centra en describir aspectos generales acaecidos durante el proceso de selección y la celebración del negocio jurídico, los cuales, por demás, se encuentran suficientemente acreditados dentro del expediente, sin que de los mismos se desprendan elementos de juicio que en esta instancia contribuyan a la resolución de los problemas jurídicos.

Interrogatorio de parte

6.15. Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante— manifestó que pertenecía al Comité de Servicios Públicos Domiciliarios y que el texto de la demanda fue elaborado por varias personas que aportaban información¹⁰¹.

¹⁰⁰ CD obrante 2668 del cuaderno No. 7.

¹⁰¹ CD obrante 2668 del cuaderno No. 7.



Pruebas adicionales

Además de los documentos que dan cuenta de los hechos probados indicados precedentemente y de las pruebas testimoniales referidas, en el expediente reposan las siguientes pruebas adicionales:

6.16. Resolución de preclusión de instrucción proferida el 3 de julio de 1998 por la Unidad Tercera de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia, en el marco del proceso adelantado en contra de Manuel Arias Molano —entonces alcalde de Tunja que suscribió el contrato de concesión No. 00132 de 1996— por el delito de celebración indebida de contratos. Los fundamentos de esta decisión consistieron en que el alcalde no privatizó la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja ni tampoco el servicio público cuando suscribió el referido negocio jurídico, aunado al hecho de que no existían indicios que llevaran a concluir que el alcalde hubiese buscado un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero¹⁰².

6.17. Recortes de prensa en virtud de los cuales se informa que a Manuel Arias Molano, alcalde de Tunja, se le adelantó un proceso penal por haber burlado la Constitución y las leyes al entregar en concesión la explotación del servicio público de acueducto y alcantarillado de la ciudad, enriqueciendo a particulares, en concreto a Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., “*persona jurídica distinta a la preadjudicataria y adjudicataria*”, añadiéndose que liquidó de manera irregular la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja y que posteriormente, de manera injustificada, adelantó la licitación pública internacional para entregar el servicio a privados¹⁰³.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰⁴, las informaciones de prensa son susceptibles de valoración probatoria, bajo el entendido de que resultan idóneas para acreditar la publicación de una noticia determinada, pero no para demostrar su veracidad, de ahí que para efectos de determinar si los hechos ocurrieron de la forma en la que en ellos se indica, la situación se debe valorar de forma racional, ponderada y en concordancia con todo el acervo probatorio.

¹⁰² Folios 884 a 901 del cuaderno No. 6.

¹⁰³ Folios 854 a 861 del cuaderno No. 7.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de mayo de 2012, expediente 11001-03-15-000-2011-01378-00 (PI); criterio aplicado en distintas oportunidades por la Sección Tercera: sentencia del 8 de mayo de 2019, expediente 43.332, M.P. María Adriana Marín.



En este orden de ideas, se estima que la publicación de información antes referida no le concede veracidad a los hechos sobre los que versa, pues las actuaciones irregulares que allí se le atribuyen al alcalde de Tunja, fueron descartadas en el marco del proceso penal adelantado en su contra, que culminó con decisión de preclusión en su favor, de ahí que no haya lugar a su valoración.

7. Solución al caso concreto

De acuerdo con los hechos probados, la Sala procederá a resolver los problemas jurídicos planteados con anterioridad.

7.1. Primer problema jurídico: determinar si al haberse suscrito el contrato de concesión No. 0132 de 1996 con una persona jurídica diferente a la adjudicataria, se configura una irregularidad que vicia de nulidad el negocio jurídico.

El Tribunal *a quo* consideró que el pliego de condiciones le imponía a la adjudicataria la obligación de constituir una sociedad anónima para la suscripción del contrato de concesión, de manera que, a su juicio, el hecho de haber adjudicado el proceso de selección a una persona jurídica diferente a la que suscribió el contrato, no constituyó irregularidad alguna. Agregó, que el pliego de condiciones también le permitía al adjudicatario constituir la sociedad con el número de personas requeridas para tal efecto, de manera que tratándose de una sociedad anónima se requería de mínimo cinco accionistas —art. 374 del Código de Comercio—, entre los cuales debían estar, por lo menos, A.Q.A. de Colombia E.S.P. S.A. y Seragua S.A., porque participaron en la licitación.

En contraste con lo expuesto en la sentencia de primera instancia, en el recurso de apelación interpuesto por Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante— se sostuvo que Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. fue creada con posterioridad a la licitación y a la respectiva adjudicación, a pesar de lo cual el municipio de Tunja suscribió el contrato de concesión con ésta última, aspecto que, a su juicio, constituye una irregularidad que vicia de nulidad el contrato, porque se suscribió con una persona jurídica que no participó en el proceso de selección.



Igualmente, añadió que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta la sentencia del 11 de octubre de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá —que fue anulada por el Consejo de Estado en el trámite de este proceso—, en la que se declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 0132 de 1996. En tal sentido, el recurrente transcribió unos apartes de la providencia, en los que se señaló que el hecho de haber suscrito el contrato de concesión con una sociedad anónima, de la cual tres de los cinco accionistas no participaron en la licitación, constituye una irregularidad.

En este mismo sentido, Hugo Hernando Porras Rodríguez —coadyuvante— indicó que en la sentencia de primera instancia se pasó por alto el fallo proferido el 11 de octubre de 2002 por el Tribunal Administrativo de Boyacá y tampoco se tuvo en cuenta el concepto de la Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, quien solicitó confirmar la sentencia que declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 0132 de 1996.

Bajo el anterior contexto, a partir de los hechos probados y de las normas vigentes al momento en que se llevó a cabo la licitación pública internacional que dio origen a la celebración del contrato sometido a juicio, la Sala pasará a examinar si lo alegado constituyó un hecho irregular, no sin antes referirse a la figura de la promesa de sociedad futura o también denominada sociedad proyecto.

7.1.1. Según lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰⁵, la promesa de sociedad o promesa de sociedad futura corresponde a una modalidad del contrato de promesa, cuya validez y eficacia se encuentran reconocidas por los artículos 89 de la Ley 153 de 1887¹⁰⁶ y 861 del Código de Comercio¹⁰⁷. A su vez, el artículo 119 *ibídem* establece, por un lado, que la promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito con las cláusulas que deban expresarse en el negocio jurídico —artículo 110— y la indicación del término o

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de septiembre de 2024, expediente No. 68632.

¹⁰⁶ “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1a. Que la promesa conste por escrito; 2a. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del Código Civil; 3a. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4a. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.

¹⁰⁷ Tal norma dispone: “La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”.



condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad¹⁰⁸, y por el otro, que los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella.

En el caso objeto de estudio, se tiene que el régimen normativo que informó el proceso de selección fue, entre otros, el previsto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 142 de 1994. En este orden de ideas, cabe precisar que en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la Ley *ibídem*, los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos de los que trata la Ley, por regla general, no están sujetos a las disposiciones previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo que la misma ley disponga lo contrario¹⁰⁹, así como también en aquellos casos en los cuales –como ocurre en el asunto *sub judice*— los entes territoriales celebren contratos con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos o para que sustituyan la prestación de otra empresa que entró en causal de disolución o liquidación.

En este orden de ideas, la Sala advierte que la licitación pública y el contrato de concesión No. 0132 de 1996, que fue suscrito entre el municipio de Tunja y Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., cuyo objeto consistió en entregar en concesión el servicio de acueducto y alcantarillado del Municipio, se rigieron por las disposiciones previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, en la Ley 80 de 1993, en especial lo previsto en el párrafo 2¹¹⁰ del artículo 32, norma vigente a la fecha en que se adelantó la licitación pública internacional que culminó con la celebración del negocio jurídico objeto de estudio, se establecía que:

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de febrero de 2024, expediente No. 61792.

¹⁰⁹ Al respecto, la Ley 142 de 1994 en el párrafo del artículo 39, establece una excepción al ámbito de aplicación del derecho privado, a saber: “*Salvo los contratos de que tratan el párrafo del artículo 39 <sic> y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se registrarán por el derecho privado*”. El numeral 39.1. se refiere a los contratos “[...] *de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente. El contrato de concesión de aguas, es un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado*”.

¹¹⁰ Este párrafo fue derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012 (folio 3 del cuaderno No. 8).



“PARAGRAFO 2o. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este parágrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal”.

Al tenor de la norma en cita, se observa que los interesados en participar en las concesiones antes referidas¹¹¹ tenían la posibilidad de presentar propuesta de asociación con otras personas, bien sea naturales o jurídicas, encaminadas a

¹¹¹ Como en efecto ocurría en tratándose de concesiones que involucraran aspectos concernientes a la **rehabilitación** de infraestructuras o vías -o como en el presente caso en el que se concesionó, además de la operación, la **rehabilitación** y **expansión** del sistema de acueducto y alcantarillado de Tunja-. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de junio de 2016, expediente No. 34652, en la que se indicó que “No puede pasarse por alto que el objeto del contrato tenía que ver con la concesión estatal de la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura del transporte férreo de carga de la red Atlántica, en los **términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993**, de modo que el contrato de promesa de sociedad futura comportaba una de las formas de asociación permitida en el pliego de condiciones para la materialización y ejecución del contrato de concesión [...] Lo anterior permite concluir que el contrato principal tenía que ver con la concesión del transporte férreo de carga de la red atlántica. **Y que, como dentro de las formas de asociación de textura abierta se permitía la promesa de constitución de una sociedad futura**, es claro que se podía constituir cualquier clase de sociedad. Además el contrato de promesa, no pasó de ser accesorio al de concesión, al tiempo regido por las reglas del derecho privado. De modo que el requerimiento de FERROVÍAS tenía que ver con establecer si se cumplieron o no las previsiones del artículo 110 del Código de Comercio”. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de junio de 2021, expediente No. 64908.



constituir una sociedad futura para la celebración de contratos de concesión, adjuntando para tal efecto la correspondiente promesa de contrato de sociedad, cuya constitución o perfeccionamiento se concretaría siempre y cuando el contrato se le adjudicara al proponente, de manera tal que una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad, el contrato de concesión se celebraría con el representante legal de la nueva sociedad¹¹².

En otras palabras, con la adjudicación del contrato a la propuesta de asociación futura, nacía la obligación de constituir la nueva sociedad y, consecuentemente, debía suscribirse el respectivo contrato con esta última, es decir, que el negocio jurídico se celebraba con una persona distinta de los proponentes¹¹³; en los términos previstos en el artículo 98 del Código de Comercio¹¹⁴, cuando una sociedad se constituye, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

7.1.2. En ese contexto, la Sala analizará las pruebas recaudadas en el proceso, especialmente las concernientes al desarrollo de la licitación pública internacional No. 002 de 1996, en armonía con lo consignado en los pliegos de condiciones, haciendo énfasis en la oferta que presentaron los proponentes, para establecer si optaron o no por la modalidad de asociación futura.

En el proceso se encuentra probado que el alcalde de Tunja, mediante Resolución No. 000517 del 27 de marzo de 1996, dio apertura a la licitación pública internacional No. 002 de 1996, para entregar en concesión, con inversión cofinanciada, la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión de los sistemas de acueducto y alcantarillado en el Municipio (hecho probado 6.4.). Asimismo, está acreditado que, según el pliego de condiciones, al proceso de

¹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de septiembre de 2024, expediente No. 68632.

¹¹³ En este sentido, la doctrina ha sostenido: “*Si se desecha la formación de consorcios, uniones temporales, y se elige la formación de una sociedad, el documento de intención será el contrato de promesa de sociedad, cuyo perfeccionamiento quedará pendiente de la condición de que el contrato lea sea adjudicado. **Si se adjudica el contrato, este se celebrará con la sociedad, la cual es una persona distinta de los proponentes**” (PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo, Séptima Edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2010. P. 197).*

¹¹⁴ “ARTÍCULO 98. <CONTRATO DE SOCIEDAD - CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA>. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.



selección podían concurrir todas las personas capaces de acuerdo con la normatividad vigente, bajo cualquier modalidad de presentación, siempre y cuando se comprometieran a constituir una sociedad por acciones, en los términos previstos en la Ley 142 de 1994, previo a la firma del contrato de concesión (hecho probado 6.4.2.).

Igualmente, en el capítulo 5 del pliego de condiciones, se reiteró que, previo a la suscripción del contrato de concesión, el adjudicatario debía constituir una sociedad por acciones, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y el Código de Comercio, y contener las disposiciones suficientes para cumplir con las obligaciones del pliego (hecho probado 6.4.3.).

De lo expuesto hasta el momento, se observa que en el pliego de condiciones — que rige el desarrollo del proceso de selección—¹¹⁵, al amparo de lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y de acuerdo al objeto del proceso de selección, el Municipio estableció la posibilidad de presentar ofertas bajo la modalidad de asociaciones futuras, con el compromiso de constituir una sociedad por acciones en caso de que a esos oferentes se les adjudicara la licitación.

En tal sentido, se tiene que el 21 de junio de 1996, A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A., dando cumplimiento a las previsiones contenidas en el pliego de condiciones, le manifestaron al alcalde de Tunja su voluntad de asociación para presentarse en la licitación pública internacional No. 0002 de 1996, allegando, a su vez, la respectiva propuesta, en la que expresamente manifestaron su compromiso en el sentido de constituir una sociedad por acciones, aportando al efecto el “*contrato de promesa para constituir una sociedad por acciones*”, acuerdo de voluntades que fue suscrito el 20 de junio de 1996 por los representantes legales de A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A. En el contrato de promesa, las partes se comprometieron a que, en caso de que se les adjudicara el contrato de concesión para la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y de alcantarillado, **perfeccionarían y constituirían** una sociedad por acciones (anónima), en los

¹¹⁵ “(...) es menester recordar que el pliego de condiciones ostenta una doble naturaleza jurídica; antes de la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el desarrollo del proceso de selección, y una vez celebrado el contrato integra la relación contractual, convirtiéndose en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico (...)” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de abril de 2024, expediente No. 63438).



términos del Código de Comercio, la Ley 142 de 1994 y el pliego de condiciones, que se denominaría Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. (hechos probados 6.5., 6.5.1. y 6.5.2.).

Al respecto, una vez adjudicada la licitación pública No. 0002 de 1996 a la propuesta presentada por A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A. —Resolución No. 01055 del 6 de septiembre de 1996—, los oferentes adjudicatarios, junto con otros tres accionistas, a través de escritura pública No. 3685 del 1° de octubre de 1996, de la Notaría 48 del Círculo de Bogotá, constituyeron la sociedad por acciones Sera Q.A. Tunja E.S.P. S., con la cual, el 3 de octubre de 1996, el municipio de Tunja celebró el contrato de concesión No. 0132 de 1996, cuyo objeto consistió en entregar en concesión la operación, mantenimiento, rehabilitación y expansión del sistema de acueducto y alcantarillado del Municipio (hechos probados 6.8., 6.9. y 6.10.)

A partir de lo expuesto, la Sala advierte que la circunstancia alegada por los recurrentes, según la cual el proceso de selección le fue adjudicado a un proponente diferente con el que se suscribió el contrato, no constituye una irregularidad que vicie de nulidad el negocio jurídico, como pasa a exponerse.

En efecto, se tiene que las sociedades A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A., bajo la modalidad de promesa de sociedad futura, participaron en la licitación pública internacional No. 0002 de 1996 y resultaron adjudicatarias del proceso de selección, forma de participación que, además de que fue prevista en el pliego de condiciones, encontraba soporte legal —parágrafo 2º, artículo 32, de la Ley 80 de 1993— (F.J. 7.1.1).

En consecuencia, una vez adjudicada la propuesta a ese proyecto de sociedad futura, surgió la obligación en cabeza de los oferentes -promitentes-, en el sentido de constituir la sociedad prometida, aspecto que se vio materializado con la constitución de Sera Q.A. Tunja S.A., nueva sociedad con la cual el Municipio, como estaba previsto en el pliego de condiciones y como en efecto correspondía — artículo 98 del Código de Comercio—, celebró el contrato de concesión No. 0132 de 1996.



Lo señalado en precedencia, deja sin sustento el planteamiento de la parte demandante en su recurso de apelación¹¹⁶, según el cual constituyó un hecho irregular el que el contrato de concesión se hubiese celebrado con Sera Q.A. E.P.S. S.A., sociedad creada con posterioridad a la adjudicación, porque, una vez adjudicado el proceso de selección a los oferentes favorecidos con la licitación, surgió en cabeza de éstos la obligación de constituir la sociedad con la cual finalmente se celebró el contrato, en los términos previstos en el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en armonía con el pliego de condiciones.

En este escenario, la Sala concluye que el hecho de que el acuerdo de voluntades se hubiera celebrado con una persona jurídica distinta de aquellas que participaron en la licitación pública y posteriormente resultaron adjudicatarias, contrario a lo afirmado en el recurso de apelación formulado por Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante—, no constituye ningún hecho irregular y mucho menos una circunstancia que vicie de nulidad el contrato, de ahí que el cargo alegado no tenga la vocación de prosperar.

7.1.3. Por otra parte, en los recursos de apelación del demandante y del coadyuvante, se señaló que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta la sentencia proferida el 11 de octubre de 2002 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 0132 de 1996, de la cual se citaron unos apartes¹¹⁷ —particularmente en la alzada del demandante—. En dichos apartes, se reprochó el hecho de que tres de los cinco accionistas que conformaron la nueva sociedad con la que se suscribió el contrato, jamás participaron en el proceso de selección adelantado por el ente territorial.

De entrada, es menester poner de presente que la sentencia del 11 de octubre de 2002, fue anulada por el Consejo de Estado mediante auto del 2 de mayo de 2013, —antecedentes 5.1. y 5.2.—, decisión de anulación que igualmente abarcó todo lo actuado en segunda instancia para ese momento, incluido, por supuesto, lo atinente a la intervención efectuada por la Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, de ahí que, ante la declaratoria de nulidad, no resultaba posible que el

¹¹⁶ Tal como se observa en el punto 1.3.5. de los antecedentes de este proveído, en el marco del proceso 16.942 los demandantes indicaron que el municipio demandado violó el artículo 22.3 de la Ley 80 de 1993, toda vez que la sociedad con la que se celebró el contrato de concesión se constituyó con posterioridad a la adjudicación, “*lo cual permite establecer claramente que no pudo haber participado en el proceso de licitación*”.

¹¹⁷ Ver pie de página 43 de la presente providencia.



Tribunal Administrativo de Boyacá, al proferir su decisión, tuviera en cuenta ese fallo, ni se sirviera de sus consideraciones y tampoco que acudiera a este concepto del Ministerio Público.

Con todo, y teniendo en cuenta que de los aspectos citados por el demandante se advierte su inconformidad frente a lo resuelto por el Tribunal, en cuanto al hecho de que tres de los cinco accionistas que conformaron Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. —la cual celebró el contrato de concesión— no participaron en la licitación adelantada por el Municipio, la Sala procederá al examen de esta asunto, no sin antes advertir que el mismo, en virtud de la circunstancias particulares del caso, puntualmente el hecho de que el contrato se celebró con una nueva sociedad diferente de sus accionistas, no tiene la capacidad de viciar de nulidad el acuerdo de voluntades como tal.

A este respecto, en el proceso está probado que los proponentes A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A., bajo la modalidad de promesa de sociedad futura, participaron en la licitación pública, y que, una vez se les adjudicó el proceso de selección, aquellos, junto con otros tres accionistas, constituyeron la sociedad Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A., con la cual finalmente se suscribió el contrato de concesión No. 0132 de 1996 (hechos probados 6.6., 6.10. y 6.11.).

Igualmente, se encuentra acreditado que la composición accionaria de quienes conformaron la sociedad Sera Q.A. E.S.P. S.A. fue la siguiente (hecho probado 6.10.3.):

ACCIONISTA	ACCIONES SUSCRITAS	VALOR ACCIONES ACCIONES PAGADAS	VALOR ACCIONES
SERAGUA S.A.	54.162	541.620.000	\$76'225.200
A.Q.A. S.A.	48.852	488.520.000	\$249'145.200
INTERDEVCO S.A.	1.062	10.620.000	\$5'416.200
CENTRO DE VENTA INMOBILIARIA	1.062	10.620.000	\$5'416.200
LINA MARGARITA GÓMEZ HERNÁNDEZ	1.062	10.620.000	\$5'416.200

Así las cosas, resulta cierto, entonces, que tres de los cinco accionistas que constituyeron la sociedad Sera Q.A. E.S.P. S.A. no participaron en la licitación pública adelantada por el municipio de Tunja; sin embargo, en las reglas del proceso de selección se estableció que el oferente adjudicatario —A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A.— debería constituir la nueva sociedad con aquellas personas



naturales o jurídicas que integraron la oferta original y que podría, en caso de requerirlo, completar el número de accionistas con nuevos socios, de acuerdo con la legislación vigente.

De hecho, en el numeral 5.2.2. del pliego de condiciones se indicó expresamente que el *“adjudicatario deberá constituir LA SOCIEDAD con los integrantes del oferente vinculados en esta etapa licitatoria, con las participaciones comprometidas en la oferta, requiriéndose además que en el momento de constitución de la sociedad, si a eso hubiere lugar, se completara con el número total de accionistas que sea el necesario de acuerdo con la legislación aplicable”* (se destaca).

Esto significa que, si bien los oferentes adjudicatarios debían concurrir obligatoriamente a la conformación de la nueva sociedad, como en efecto ocurrió en el presente caso, pues las sociedades A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A. acudieron en tal sentido, es decir, hicieron parte de la nueva sociedad, cierto es que a dicha conformación podrían asistir otros accionistas —que no participaron en el proceso de selección—, con el único propósito de completar el número total de accionistas exigido por la legislación.

Para el efecto, valga advertir que, en los términos del artículo 374 del Código de Comercio, *“la sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”*, y en el caso concreto la sociedad Sera Q.A. E.S.P. S.A. se constituyó por los dos oferentes que resultaron adjudicatarios, esto es, por A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A., y por tres accionistas más —que no participaron en el proceso de selección—, a saber: Lina Margarita Gómez, Interdevco S.A. y Centro de Venta Inmobiliaria Ltda., quienes acudieron con el propósito de completar el número mínimo de accionistas requeridos por la Ley para la conformación de este tipo de sociedades.

Lo anterior se ratifica con la lectura del numeral 5.2.4. del pliego de condiciones, que enseña que el 51% del capital social debía estar constituido por el oferente adjudicatario, lo que abre paso al entendimiento de que el resto del porcentaje del capital social lo podían constituir otras personas, precisamente, los que no participaron en la licitación, pero debían acudir a la constitución de la sociedad anónima en aras de completar el total de accionistas de acuerdo con la ley.



En este contexto, ha de señalarse que en el “*contrato de promesa para constituir una sociedad por acciones*”, el cual aportó A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A. en la licitación, se señaló que su participación mínima en la sociedad sería del 51%, composición accionaria que al momento de la constitución de Sera. Q.A. Tunja E.S.P. S.A. no fue inferior a ese mínimo fijado —antes fue muy superior— (hechos probados 6.5.2., 6.6.2. y 6.10.3.).

A este respecto, cabe precisar que la adjudicación del contrato se debe realizar a la propuesta que formule alguno de los participantes en el proceso de selección¹¹⁸, tal y como ocurrió en el presente caso, en el que la licitación pública le fue adjudicada a los proponentes A.Q.A de Colombia E.S.P. y Seragua S.A. Cuestión diferente, radica en el hecho de que a partir de la adjudicación hubiera surgido en cabeza de los oferentes adjudicatarios, la obligación de constituir, con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley, la nueva sociedad Sera. Q.A. Tunja E.S.P. S.A. con quien se celebraría el negocio jurídico, para lo cual, precisamente, fue necesario que concurrieran a la conformación de la sociedad -que no a la adjudicación- personas adicionales a los adjudicatarios, con el único propósito de completar el mínimo de socios requeridos -cinco-, de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código de Comercio.

En pocas palabras, no se trató de adjudicar la licitación pública a personas que no participaron del proceso de selección —lo cual, desde luego, va en contravía de los postulados establecidos en la Ley 80 de 1993—, sino de permitir que personas adicionales a los proponentes que se vieron beneficiados con la adjudicación, acudieran a la **conformación** de la nueva sociedad; lo anterior, con la finalidad de completar el número mínimo de socios que se requerían para tal efecto.

Así, por el motivo aducido aquí bajo examen, el acuerdo de voluntades que se concretó en el contrato de concesión, suscrito entre el municipio de Tunja y la persona jurídica —Sera. Q.A. Tunja E.S.P. S.A.—, conformada para el efecto de suscribir ese acto convencional, no está viciado, por cuanto la nueva sociedad, tanto en su conformación como en su composición, se ajustó a la Ley y a la exigencia de los pliegos de condiciones.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2017, expediente: 2346



A este último respecto, cabe agregar que la composición de la nueva persona jurídica tampoco contraviene los pliegos de condiciones pues, en la medida en que la sociedad es un acto derivado de la voluntad de asociación y concurrencia, su composición puede variar respecto de aquella originalmente establecida en la promesa de asociación, en tanto, para poder constituir la nueva sociedad y a la postre celebrar el contrato, se exigía: (i) la conformación de una sociedad anónima, que legalmente exige un mínimo de cinco socios; y (ii) un capital social mínimo del 51% constituido por los oferentes adjudicatarios, capital social que en el presente caso fue mucho mayor, tal y como se desprende de la composición accionario antes descrita, respetando así, igualmente, lo originalmente previsto en la promesa de sociedad, en la cual los promitentes asociados —Q.A de Colombia E.S.P. S.A. y Seragua S.A.—, se comprometieron a que, en caso de resultar adjudicatarios, perfeccionarían y constituirían una sociedad anónima en los términos del Código de Comercio y los pliegos de condiciones, es decir, entre otros, con mínimo 5 accionistas.

En consecuencia, la Sala estima que el hecho de que tres de los cinco accionistas que conformaron Sera Q.A. Tunja E.S.P. S.A. no hubieran participado en la licitación pública internacional No. 002 de 1996, no constituye una irregularidad que tenga la capacidad de viciar de nulidad absoluta el contrato.

7.2. Segundo problema jurídico: si el alcalde de Tunja requería de la autorización del Concejo Municipal para celebrar el contrato de concesión No. 0132 de 1996, y si, con la suscripción del acuerdo de voluntades, se privatizó o no el servicio público de acueducto y alcantarillado del Municipio.

El Tribunal *a quo* consideró que el artículo 313.3. de la Constitución Política dispone que los Concejos Municipales pueden autorizar a los alcaldes para la celebración de contratos. En consecuencia, tras revisar el Acuerdo No. 015 del 11 de junio de 1995, advirtió que el Concejo Municipal de Tunja facultó y autorizó al alcalde del Municipio para que suscribiera el negocio jurídico cuya nulidad absoluta se pretende en el *sub examine*, por lo que desestimó lo alegado en la demanda en cuanto a este aspecto concierne.



Adicionalmente, en la sentencia se descartó el argumento según el cual con la suscripción del contrato de concesión se privatizó el servicio de acueducto y alcantarillado, pues, a juicio del *a quo*, “*la celebración de este tipo de contrato excluye per se la privatización del servicio público*”, en tanto que, mientras la concesión implica que el Estado entregue temporalmente una potestad o la gestión de un servicio que le pertenece como función, la privatización responde al cambio de propiedad de activos públicos a titulares privados.

Inconforme con lo anterior, Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante— en su recurso de apelación sostuvo que el alcalde de Tunja no estaba autorizado por el Concejo Municipal para promover la licitación que condujo a la concesión del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, toda vez que el Acuerdo No. 015 de 1995 no lo facultó para adelantar dicho proceso de selección.

En ese mismo sentido, Hugo Hernando Porras Rodríguez —coadyuvante— indicó en su alzada que en el Acuerdo No. 015 de 1996 al alcalde se le prohibió celebrar contratos con la finalidad de privatizar los servicios públicos a cargo del municipio. Asimismo, precisó que el Acuerdo No. 0017 de 1996 no facultó al burgomaestre para adelantar una licitación encaminada a entregar en concesión el servicio.

De conformidad con lo previsto en el artículo 313 de la Constitución Política, le corresponde a los concejos municipales reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio (numeral 1) y autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer *pro tempore* precisas funciones de las que corresponde al Concejo (numeral 3). A su vez, según el artículo 32, numeral 3, de la Ley 136 de 1994, es atribución de los concejos municipales reglamentar la autorización al alcalde para contratar, “*señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo*”.

En el proceso se encuentra acreditado que, por medio del Acuerdo No. 0015 del 12 de junio de 1995, el Concejo Municipal de Tunja le otorgó al alcalde, hasta el 31 de diciembre de 1997, las siguientes facultades: **(i)** celebrar contratos y convenios interadministrativos con entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, cuyo valor individual no superara los 200.000 salarios mínimos legales mensuales; y **(ii)** celebrar contratos y convenios con entes internacionales (hecho probado 6.1.)



A su vez, está probado que, a través del Acuerdo No. 0017 del 2 de agosto de 1995, el Concejo Municipal de Tunja le otorgó unas facultades extraordinarias al alcalde del Municipio, para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades pertenecientes a las administraciones central y descentralizadas de Tunja con el propósito de modernizarlas y ponerlas en concordancia con los nuevos mandatos constitucionales, y en especial con los que regulan la función administrativa (hecho probado 6.2.).

Tras revisar el contenido de esos Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Tunja, la Sala advierte que en aquellos no se facultó, ni se autorizó expresamente al alcalde para suscribir el contrato de concesión No. 0132 de 1996. En efecto, el Acuerdo No. 0015 de 1995 se refirió a contratos y convenios interadministrativos con entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, así como también a contratos y convenios con entes internacionales, categorías en las que no encaja el negocio jurídico objeto de estudio, el cual se suscribió con una sociedad privada; y el Acuerdo No. 0017 de 1995 únicamente se refirió a facultades de supresión y/o reestructuración de entidades pertenecientes a la administración central y descentralizada.

No obstante lo anterior, a juicio de la Sala, dicha circunstancia no era un obstáculo para que el alcalde del Municipio suscribiera el contrato de concesión para el sistema de acueducto y alcantarillado, en tanto la competencia de los mandatarios locales para celebrar negocios jurídicos deviene de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 11.3., literal b —entre otros— se estipuló que a nivel territorial los alcaldes tienen competencia para celebrar contratos en nombre de la entidad.

En tal sentido, cabe precisar que si bien el artículo 313.3 de la Constitución Política, en armonía con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 —vigente para la época de los hechos—, consagra que a los Concejos Municipales les corresponde autorizar al alcalde para celebrar contratos, lo cierto es que dicha autorización debe entenderse como aquella potestad reglamentaria, en virtud de la cual los Concejos trazan el procedimiento que deberán seguir los alcaldes para que, en los casos que así lo dispongan estas corporaciones, adelanten el respectivo trámite y obtengan la autorización para contratar.



Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia C-738 de 2011 indicó lo siguiente:

“Pues bien, si una de las funciones propias de los Concejos es la de autorizar al alcalde para contratar, tal y como lo dispone el artículo 313-3 Superior, es claro que la facultad de reglamentar lo relacionado con tal autorización también forma parte de sus competencias constitucionales, por virtud del numeral 1 del mismo canon constitucional.

[...]

*Por lo mismo, no podrán los Concejos, so pretexto de reglamentar el tema de las autorizaciones, extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual propiamente dicha; dirección que corresponde al alcalde, en tanto jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315-3 de la Carta. En otras palabras, la reglamentación que expidan estas corporaciones deberá limitarse a trazar las reglas aplicables al acto concreto y específico mediante el cual el concejo **autoriza al alcalde para contratar, señalando los casos en que es necesario**, sin entrar a regular aspectos como la selección de los contratistas, los contratos específicos a realizar, etc”. (subrayas y negrillas fuera del texto original).*

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado manifestó que:

“Así pues, se debe reiterar que a través de la atribución constitucional del artículo 313-3 de la Constitución Política, de naturaleza netamente administrativa, el concejo municipal no puede (i) someter todos los contratos que vaya a suscribir el alcalde a su autorización previa, sino solamente aquellos que por su naturaleza, monto, o materia pueden afectar de manera importante la vida municipal; (ii) modificar el estatuto de contratación pública o sus normas reglamentarias o establecer trámites o requisitos adicionales para el respectivo contrato; o (iii) interferir en las potestades contractuales que la Constitución y la ley le asignan al alcalde como representante legal del municipio (...).

*En efecto, si bien en un principio se pensaba que el alcalde no podía contratar mientras que el concejo municipal no lo autorizara para tales efectos, lo que usualmente se traducía en el convencimiento de que era necesario obtener por el alcalde un acuerdo municipal anual que le otorgara dicha habilitación, actualmente es claro que esa interpretación no es la que corresponde al análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia. Por el contrario, **debe entenderse según los artículos 313-3 de la Constitución y 32 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con los artículos 315-3 de la Constitución Política, 11-3 de la Ley 80 de 1993, 91-D-5 de la Ley 136 de 1994 y 110 del Decreto 111 de 1996, que los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos y dirigir la actividad contractual de los municipios sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal, salvo en dos casos: (i) cuando así lo haya previsto la ley; y (ii) cuando así lo haya dispuesto el concejo municipal expresamente mediante acuerdo.***

*De este modo, **en caso de silencio de la ley o en ausencia de acuerdo que someta un determinado contrato a autorización previa del concejo municipal, habrá de entenderse que el alcalde puede celebrarlo, sin necesidad de tal autorización,***



con base en sus facultades constitucionales y legales en materia contractual¹¹⁹
(subrayas y negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, la exigencia prevista en el artículo 313.3 de la Constitución Política, no puede interpretarse de forma tal que obligue al alcalde a solicitar la autorización de los concejos municipales en todos los casos en que vaya a contratar, sino únicamente en los que estas corporaciones, vía reglamento o acuerdo, así lo dispongan. En pocas palabras, a los Concejos Municipales les corresponde señalar cuáles contratos requieren de su autorización para que el alcalde los pueda celebrar¹²⁰.

En este sentido, resulta claro que, por regla general, los alcaldes están facultados en virtud de la Constitución y la Ley para suscribir contratos, sin necesidad de autorización previa de los Concejos Municipales, con excepción de aquellos casos en los que estas corporaciones, vía reglamento o acuerdo, —atendiendo la naturaleza, monto u objeto a contratar—, así lo dispongan, al igual que en los eventos que lo determine la Ley.

Bajo en anterior contexto, en el presente caso no se advierte que, para la época de los hechos, existiera un Acuerdo o un reglamento proferido por el Concejo Municipal de Tunja en el que expresamente se señalara que, para celebrar contratos de concesión —o cualquier otro contrato—, cuyo objeto girara en torno a la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, se demandara una autorización previa de la Corporación Municipal. En el mismo sentido, tampoco se observa que, para la misma época, existiera una disposición legal¹²¹ —como sí ocurre hoy en día¹²²—, que hiciera exigible algún tipo de autorización para que los alcaldes

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2238 del 11 de marzo de 2015.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de septiembre de 2019, expediente No 50001-23-31-000-2010-00548-01. En esta sentencia se indicó que, "(...) a los concejos municipales les corresponde establecer los contratos que deben ser autorizados por esa Corporación a los alcaldes municipales, bajo los criterios de razonabilidad en que debe fundarse la expedición de dicha reglamentación (...) De lo anterior, se concluye, como lo dijo el a quo que esta atribución de autorización no puede comprender la totalidad de los contratos que suscriba un alcalde municipal, en tanto se restringe únicamente y de manera excepcional a 'los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Constitución Política'".

¹²¹ Ni en la Ley 142 de 1994, ni tampoco en la Ley 136 de 1994 -vigentes para la época-, se estableció alguna limitación o condicionamiento para que los alcaldes municipales celebraran contratos de concesión para el servicio público de acueducto y alcantarillado.

¹²² Es preciso advertir que el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 modificó el artículo 32 de la Ley 136 de 1994, incluyéndole un nuevo párrafo, que fue el párrafo 4, el cual reza: "PARÁGRAFO 4o. De conformidad con el numeral 3o. del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos: 1. Contratación de empréstitos; 2. Contratos que comprometan vigencias futuras; 3. Enajenación y



celebraran este tipo de contratos, con lo cual, contrario a lo alegado por los recurrentes, no pueda entenderse que al celebrar el contrato de concesión No. 0132 de 1996 el alcalde de Tunja haya usurpado las funciones del Concejo Municipal, todo lo cual permite concluir que sí estaba facultado para celebrar el negocio jurídico.

Ahora bien, la Sala no desconoce la relevancia que pudo significar para el municipio de Tunja la celebración del contrato sometido a juicio; sin embargo, dicha circunstancia, *per se*, no generaba en cabeza del alcalde la obligación de adelantar un trámite previo ante el Concejo Municipal para solicitar algún tipo de autorización, pues ni la Ley —de la época— ni los reglamentos, se lo imponían.

No está de más aclarar que, si bien a través del Acuerdo Municipal No. 0015 de 1995 se le otorgó al alcalde de Tunja la facultad para celebrar ciertos contratos — en los que no encajaba el negocio jurídico objeto de estudio¹²³—, ha de advertirse que al amparo de dicho Acuerdo no podría derivarse limitación alguna para que el burgomaestre suscribiera el contrato de concesión materia de examen, en tanto, en este no se estableció cuáles contratos requerían de autorización previa por parte del Concejo para su celebración, razón por la cual el cargo no tiene la vocación de prosperar.

7.2.3. Finalmente, frente al argumento del coadyuvante Hugo Hernando Porras Rodríguez, según el cual con el contrato de concesión se privatizó el servicio público de acueducto y alcantarillado de Tunja, al entregárselo a particulares, la Sala estima que ese planteamiento no está llamado a prosperar, conforme pasa a exponerse:

7.2.3.1. Con la expedición de la Constitución Política de 1991 cambió el modelo en la gestión de los servicios públicos, dado que su prestación dejó de ser del resorte

compraventa de bienes inmuebles; 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes; 5. Concesiones; 6. Las demás que determine la ley” (se destaca). No obstante, esa norma no resulta aplicable al presente caso, en tanto el contrato de concesión objeto de estudio se suscribió en 1996, época para la cual no existía esa disposición [artículo 18 de la Ley 1551 de 2012], y recuérdese que, en los términos del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, “*En todo se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*”.

¹²³ El Concejo Municipal de Tunja le otorgó al alcalde, hasta el 31 de diciembre de 1997, las siguientes facultades: (i) celebrar contratos y convenios interadministrativos con entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal, cuyo valor individual no supere los 200.000 salarios mínimos legales mensuales; y (ii) celebrar contratos y convenios con entes internacionales. En el Acuerdo se dispuso, además, que dichas facultades no podían utilizarse para celebrar convenios o contratos que tuvieran por finalidad la privatización de cualquiera de los servicios públicos a cargo del Municipio.



exclusivo de las entidades públicas (monopolio estatal)¹²⁴, que era la consigna de la Constitución de 1886¹²⁵, para permitirle a los particulares su colaboración en el ejercicio de esta actividad. En efecto, el artículo 365¹²⁶ de la Constitución Política dispuso que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, pero, en todo caso, la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios sigue correspondiendo al Estado.

Ahora, bajo el cambio de paradigma que trajo el artículo 365 de la Constitución Política, en el sentido de que la prestación del servicio público no es del resorte exclusivo del Estado, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 “*por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”, consagró que los servicios públicos pueden ser prestados, entre otros: **(i)** por empresas de servicios públicos: oficiales, mixtas o privadas —artículo 14 *ibidem*—; **(ii)** por personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; y **(iii)** por los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos.

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de septiembre de 2020, expediente No. 44707.

¹²⁵ Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado: “*Se recuerda que bajo la égida de la Constitución de 1886, el servicio público se entendía como una actividad inherente al Estado y su gestión se adelantaba por la Nación y las entidades territoriales directamente o a través de las empresas estatales creadas para la prestación de servicios. En la Carta Política de 1886 se atribuyó al Estado, entonces centralizado, las potestad de reglamentar las leyes y asignó la contratación de obras públicas al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, al paso que los entes territoriales prestaban los servicios públicos organizados bajo las autorizaciones de las asambleas departamentales y concejos municipales y, en la materia específica del alumbrado público estaban autorizados para implementar el impuesto correspondiente, de acuerdo con las leyes referidas a la Hacienda Pública que se acaban de mencionar*”. Con la expedición de la Constitución Política de 1991 evolucionaron, entre otros, el concepto del servicio público y el de las nuevas competencias de los municipios, al amparo de lo cual se expedieron las Leyes 142 y 143 de 1994, aplicables a las sociedades prestadoras de servicios públicos, las cuales pudieron conformarse con carácter público, privado o mixto y, también, se legisló sobre los contratos de prestación de tales servicios. Bajo dichas leyes se hicieron visibles tanto la figura del usuario del servicio público como la existencia de sus derechos frente a las empresas prestadoras de servicios” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, expediente No. 44196).

¹²⁶ “**ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.



7.2.3.2. En adición a lo anterior, cabe señalar que el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión como aquel que *“celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”*.

Esta Sección ha distinguido como características propias del contrato de concesión, las siguientes: **(i)** dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; **(ii)** el concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; **(iii)** la entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; **(iv)** el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien entre otros); y **(v)** los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato¹²⁷.

Bajo el anterior contexto, aunque es cierto que el municipio de Tunja suscribió el contrato de concesión con una sociedad privada, denominada Sera Q.A. Tuna E.S.P. S.A., dicha circunstancia no da cuenta de la privatización del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado. Precisamente, al amparo de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 142 de 1994, resulta posible que particulares o privados presten los servicios públicos, sin que el Estado, en los términos del artículo 365 Superior, se despoje de su función y vigilancia para asegurar su eficiente prestación del servicio, lo que difiere sustancialmente de una

¹²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 2017. expediente 2013-00468



privatización, porque el contrato de concesión, tal y como quedó visto, simplemente consiste en otorgar al concesionario, entre otras cosas, la prestación de un servicio público, pero la vigilancia y control de la entidad estatal concedente radica en cabeza del Estado.

Es así, que no puede concluirse, como lo pretende el coadyuvante recurrente, que el municipio de Tunja haya desconocido el Acuerdo No. 015 de 1995, según el cual las facultades otorgadas al alcalde no podían utilizarse para celebrar convenios o contratos que tuvieran por finalidad la privatización de cualquiera de los servicios públicos a cargo del municipio, porque el hecho de que la concesión se hubiese suscrito con una sociedad privada no conlleva, *per se*, la privatización del servicio público de acueducto y alcantarillado¹²⁸.

Por lo expuesto en precedencia, se despachan de manera desfavorable para los recurrentes los cargos analizados en este acápite 7.2.

En consecuencia, al advertir que los planteamientos de los recursos de apelación presentados por Ramón Humberto Sánchez Alba —demandante— y por Hugo Hernando Porras Rodríguez —coadyuvante—, no tuvieron vocación de prosperidad, la Sala confirmará la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, que negó las pretensiones de las demandas acumuladas.

8. Costas

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, debido a que no se evidencia una actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que ésta proceda.

¹²⁸ A manera de antecedente, resulta pertinente traer a colación un asunto analizado por esta Corporación en el cual se sostuvo que una prórroga de un contrato de concesión no implicaba una privatización. Esto se dijo al respecto: *“En suma, es necesario resaltar que el simple hecho de que en la norma se plantee la posibilidad de prorrogar el término de los contratos no implica en sí misma una limitación a la libre competencia. Como tampoco sería correcto afirmar, al estilo de lo dicho por el demandante, que la previsión de la prórroga de un contrato de concesión implique la privatización de un sector o la apropiación de unos bienes públicos afectados para su prestación”* (negritas fuera del texto original) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, expediente No. 20641).



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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de abril de 2018, proferida por la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERA: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

VF