



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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Controversias contractuales
Radicación 25000-23-36-000-2014-00344-01 (61563)
Demandante: Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. — Atesa
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos — Uaesp

Tema: Contrato de concesión de área de servicio exclusivo de aseo. Se revoca la sentencia de primera instancia que negó la nulidad del acto administrativo que declaró el incumplimiento de la obligación de reversión en los términos de la Ley 80 de 1993 y condenó al concesionario al pago de los vehículos no revertidos. Aunque el contrato estaba regido por dicha ley, la reversión no se entiende pactada porque era una <<concesión de servicio>>. En el contrato las partes estipularon cláusula de reversión y estaban sometidas a ella.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. (en adelante, “Atesa”) contra la sentencia del 15 de febrero de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que resolvió lo siguiente:

<<**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ACCEDER parcialmente a las pretensiones de la demanda de reconvención.

TERCERO: En consecuencia, **DECLARAR** que la sociedad Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. incumplió el contrato de concesión No. 55 de 2003 que celebró con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, conforme a lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. a pagar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos la suma de ocho mil cuatrocientos sesenta y dos millones quinientos sesenta y cinco mil quinientos setenta y un peso[s] (\$8.462.565.571), por concepto de los vehículos no revertidos de la ejecución del contrato de concesión No. 55 de 2003.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda de reconvención.



SEXTO: CONDENAR en esta instancia a la demandante a pagar a favor de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, la suma de trescientos cuarenta y nueve millones ciento sesenta mil cuatrocientos treinta y dos pesos (\$349.160.432), por concepto de agencias en derecho.

SÉPTIMO: LIQUÍDENSE las costas por Secretaría.

OCTAVO: Ejecutoriada esta decisión, por la Secretaría de la sección **LÍQUIDENSE** los gastos ordinarios del proceso y **DEVUELVA** el remanente a los demandantes, si hay lugar, de conformidad con los artículos 7 y 9 de Acuerdo No. 2552 de 2004 del Consejo Superior de la Judicatura>>.

La Sala es competente para proferir esta providencia en segunda instancia, de acuerdo con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que dispone que esta Corporación conocerá de las apelaciones interpuestas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos en primera instancia. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoció el proceso en primera instancia en virtud de la cuantía de la demanda¹, según el numeral 5 del artículo 152 del mismo Código.

El recurso de apelación fue admitido en la providencia del 27 de junio de 2018². En el auto del 2 de octubre de 2018³ se dio traslado para que se presentaran alegatos de conclusión. Atesa⁴, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (en adelante, la "Uaesp")⁵ y el Ministerio Público⁶ se pronunciaron oportunamente. En memorial del 22 de abril de 2022, Fiduagraria S.A., como vocera del patrimonio autónomo de remanentes y contingencias Cóndor S.A., presentó alegatos de conclusión, los cuales no se tendrán en cuenta porque no fue parte en el proceso y se presentaron extemporáneamente⁷.

El magistrado Alberto Montaña Plata manifestó su impedimento con base en la causal 12 del artículo 141 del CGP⁸. El impedimento será aceptado en la parte resolutive de esta sentencia.

I. ANTECEDENTES

A.- La posición de la parte demandante

1.- El 17 de marzo de 2014 Atesa presentó demanda contra la Uaesp, con las siguientes pretensiones:

<<I. PRETENSIONES PRINCIPALES:

¹De acuerdo con la demanda, la cuantía se estimó en <<SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$6.983.208.644)>>, cifra que claramente superaba los quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (500 SMMLV). Fl. 44 del Cuaderno 1.

²Fl. 539 del Cuaderno Principal.

³Fl. 542 del Cuaderno Principal.

⁴Fls. 571 a 579 del Cuaderno Principal.

⁵Fls. 544 a 570 del Cuaderno Principal.

⁶Fls. 580 a 585 del Cuaderno Principal.

⁷Índice 61 del Samai.

⁸Índice 63 del Samai.



PRIMERO. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales expedidos por la UAESP, esto es, (i) la Resolución No. 222 del 31 de mayo de 2013, “por medio de la cual se liquida unilateralmente el Contrato de Concesión No. 55 de 2003 suscrito con la Sociedad **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P. “ATESA”**, y (ii) la Resolución No. 512 del 9 del octubre de 2013, “por medio de la cual se confirma la Resolución No. 222 de 2013, mediante la cual se liquida unilateralmente el Contrato de Concesión Número 55 de 2003, suscrito con la sociedad Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. ATESA.

SEGUNDO. Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se deje sin efectos la orden de pago por valor de **SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$6.983.208.644)** o la suma que resulte liquidada por este concepto (artículo segundo de la Resolución 222 del 31 de mayo de 2013); la orden de hacer efectivo el amparo de cumplimiento (artículo cuarto de la Resolución No. 222 del 31 de mayo de 2013); la imposición de actividades post-contractuales (artículo sexto de la Resolución No. 222 del 31 de mayo de 2013); la orden de prórroga de la Póliza Única de Cumplimiento (artículo séptimo de la Resolución No. 222 del 31 de mayo de 2013).

TERCERO. Que se condene en costas a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS — UAESP**, en los términos del artículo 188 del CPACA.

CUARTO. Ordenar, en los términos del inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1653 de 2013, en casos que prosperen total o parcialmente las pretensiones de la demanda, la devolución del arancel judicial pagado por la sociedad actora con aplicación de las previsiones del parágrafo 1 del artículo 8 de la misma ley.

II. PRETENSIONES SUBSIDIARIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL:

Que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS — UAESP a reintegrar a la sociedad **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P. ATESA**, -en el caso que se hubiese efectuado el pago por parte de la **ATESA** a la **UAESP**, la suma de **SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$6.983.208.644)**, más los reajustes e intereses a la tasa legal vigente>>.

2.- El demandante basó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 15 de julio de 2003 la Uaesp y Atesa celebraron el contrato de concesión 55 de 2003 (en adelante, el “Contrato”), con el objeto de que esta última asumiera <<por su cuenta y riesgo y bajo el concepto de “Área Limpia” amparado por la exclusividad (...), dentro del Área de Servicio Exclusivo — ASE No. 2 (...) los componentes y actividades del servicio de aseo (...)>>⁹.

2.2.- Por medio de la Resolución 222 de 2013 la Uaesp decidió liquidar unilateralmente el contrato. Esta decisión fue confirmada por la Resolución 512 de 2013. En la liquidación se adoptaron las siguientes decisiones:

a.- Ordenar que Atesa pagara la suma de seis mil novecientos ochenta y tres millones doscientos ocho mil seiscientos cuarenta y cuatro pesos (\$6.983.208.644), por el <<valor pendiente [de la] reversión de vehículos afectos a la prestación del servicio>>¹⁰.

⁹Fl. 136 del Cuaderno 2.

¹⁰Fl. 124 del Cuaderno 2.



b.- Declarar el siniestro para hacer efectivo el pago de la suma anterior por parte de la Aseguradora Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales.

c.- En aplicación de la cláusula 17 del contrato, ordenó realizar varias acciones referidas a la <<implementación del modelo de gestión comercial, licencias, software, aplicativos y otras actividades (...)>>¹¹.

2.3.- En opinión del demandante, el acto administrativo es nulo, entre otros motivos, porque la Uaesp no tenía competencia para ordenar la reversión de bienes que no fue estipulada en el Contrato. No era viable ordenar (i) la reversión de los vehículos compactadores empleados para la ejecución del Contrato, ni (ii) la reversión y transferencia las bases de datos, *software* y licencias directamente referidos a la información comercial, financiera y operativa del servicio de aseo.

B.- Posición de la parte demandada

3.- La Uaesp se opuso¹² a la declaratoria de nulidad, así:

3.1.- En relación con la falta de competencia para imponer nuevas obligaciones, indicó que: (i) la reversión está contemplada en la Ley 80 de 1993 como una cláusula excepcional, por lo que es una facultad unilateral que la Administración puede ejercer; (ii) la cláusula de reversión es connatural a los contratos de concesión de servicio, razón por la cual los bienes afectos a la concesión deben <<retornar al Estado>>¹³; y (iii) el particular debe revertir los bienes que <<han sido generados con el pago de las tarifas de los usuarios en la explotación>> del servicio de aseo.

3.2.- Adicionalmente, indicó que las obligaciones relacionadas con los sistemas de información se encontraban dentro de la cláusula 17^o del Contrato y en el numeral 3.3.3 de la Resolución 113 de 2003. De acuerdo con estas disposiciones, no debían revertirse <<solamente>> los bienes, sino también <<los sistemas de operación adquiridos, adecuados y utilizados para el desarrollo>> del Contrato.

3.2.1.- Aunque el contratista entregó un disco duro con información, este presentó deficiencias. Por eso fue requerido por la Oficina de Tecnologías de la Información de la Uaesp mediante el oficio del 10 de abril de 2013.

C.- Demanda de reconvención de la UAESP y oposición a sus pretensiones por parte de ATESA

4.- El 13 de enero de 2015 la Uaesp presentó demanda de reconvención¹⁴ con las siguientes pretensiones:

¹¹F. 3 del Cuaderno 1.

¹²Fls.96 a 111 del Cuaderno 1.

¹³Fl. 98 del Cuaderno 1.

¹⁴Fls. 122 a 159 del Cuaderno 1.



<<2. Pretensiones principales de la demanda de reconvencción

Primera: Se Declare que la SOCIEDAD DE ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P. — ATESA identificada con el NIT. 830.123.625-2, **incumplió** el contrato No. 55 de 2003 suscrito con la UAESP.

INCUMPLIMIENTO que se basa en la no realización de lo establecido en la CLÁUSULA EXHORBITANTE (sic) DE REVERSIÓN (...)

Igualmente, tampoco se cumplió la CLAUSULA 17. RESTITUCIÓN DE BIENES Y REVERSIÓN DE INFORMACIÓN (...)

Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la sociedad **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT. 830.123.625-2, para que revierta la cartera, los elementos y bienes (entre estos los relacionados con la cláusula 17 del contrato No. 055 de 2003) directamente afectados (sic) a la concesión y colocados por el contratista para la prestación del servicio, que al finalizar el término de la concesión debió realizar a la **UAESP**, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna. En caso de no estar en un estado apto para su uso, se ordene que **ATESA** cancele el valor que en derecho corresponda.

Tercera. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la sociedad **ATESA S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT 830.123.625.-2, al pago de los perjuicios causados a la **UAESP**.

Cuarta. Condene a la sociedad **ATESA S.A. E.S.P.**, identificada con el NIT 830.123.625.-2, a indemnizar todos los perjuicios materiales, según determinación en concreto que se haga en el proceso a la **UAESP**.

Quinta. Condene a **ATESA S.A. E.S.P.** identificada con el NIT. 830.123.625-2, a indemnizar todos los perjuicios morales irrogados a la UAESP.

Sexta. Condene a **ATESA S.A. E.S.P.** identificada con el NIT. 830.123.625-2 (...) a pagar intereses moratorios sobre las sumas líquidas de dinero impuestas en la sentencia de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Séptima. Condene a **ATESA S.A. E.S.P.** identificada con el NIT. 830.123.625-2, al pago de las costas que se generen en el presente proceso.

3. Pretensión Subsidiaria

En caso de no prosperar ninguna de las anteriores pretensiones, con todo respeto solicito que el Contrato de Concesión No. 055 de 2003 suscrito por ATESA y la UAESP (antigua UESP) (...) **sea liquidado por su señoría**, en aras de salvaguardar los intereses generales y la protección de los bienes públicos, ya que los elementos exigidos o en su defecto el valor de los mismos, hacen parte del Estado — UAESP (Secretaría de Hábitat — Alcaldía Mayor de Bogotá)>>.

4.1.- La Uaesp fundamentó sus pretensiones en que Atesa incumplió el Contrato por tres motivos: (i) no entregó debidamente la información correspondiente a la gestión operativa, comercial y financiera de la concesión; (ii) no revirtió la flota de transporte y vehículos afectos al servicio; y (iii) no revirtió otros bienes afectos a la concesión¹⁵.

¹⁵185 contenedores, 169 uniformes, 169 chalecos reflectivos, 175 conos de seguridad, 178 cepillos, 177 palas, 95 rastrillos y 176 carros papeleros.



5.- Al contestar la demanda de reconvención, Atesa planteó tres <<excepciones>>: (i) la caducidad de la demanda de reconvención, pues aunque se presentó dentro del término de traslado de la demanda, se había configurado la caducidad teniendo en cuenta que el Contrato terminó el <<15 de septiembre de 2011>>, por lo que el término máximo para acudir a la jurisdicción era el <<16 de marzo de 2014>>; (ii) la imposibilidad de que la Administración solicite que se liquide judicialmente un contrato que ella misma ya había liquidado unilateralmente; y (iii) Atesa no debía revertir bienes a la Uaesp en las condiciones indicadas en la demanda de reconvención.

D.- La sentencia recurrida

6.- La Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda principal y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de reconvención, con base en las siguientes consideraciones:

6.1.-. De acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 14 y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en la sentencia C-250 de 1996¹⁶, consideró que la cláusula de reversión es de la esencia del contrato de concesión. En ese sentido señaló que:

<<(…) con independencia de la clase de contrato de concesión que se celebre (...), el concesionario tiene la obligación de revertir todos los bienes y/o elementos afectados con la prestación del servicio, aun cuando las partes no lo hayan dispuesto expresamente en la relación contractual o incluso, hubiesen realizado una manifestación contraria precontractual o rendidos conceptos en ese sentido, por lo que debe omitirse cualquier interpretación cuando el sentido del legislador es claro¹⁷>>¹⁸.

a.- Estableció que los actos demandados eran válidos y los vehículos sí debían revertirse por las siguientes razones adicionales: (i) en algunas respuestas a las preguntas presentadas durante la licitación pública, la entidad estableció que <<los vehículos revertidos al finalizar la concesión continuarán operando por lo menos durante un año más contado a partir del momento de la entrega, así como su costo debería estar incluido en los costos financieros>>¹⁹; (ii) que el concesionario no entregue los bienes constituiría un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin causa su favor; y (iii) el concesionario sólo cuestionó la inexistencia de la obligación de revertir los vehículos y no otros equipos adquiridos con ocasión de la licitación pública 001 de 2002.

b.- Negó la nulidad de las obligaciones impuestas relacionadas con la reversión y transferencia de las bases de datos, *software* y licencias, porque se encontraban dentro de los <<compromisos derivados del contrato de concesión y la Resolución No. 113 de 2003, para que de esta manera pudiese funcionar correctamente el siguiente operador y así no afectar la continuidad de la prestación del servicio>>²⁰.

¹⁶Corte Constitucional, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁷Código Civil, artículo 27, interpretación gramatical. "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

¹⁸Fl. 293 del Cuaderno Principal.

¹⁹Fl. 293 del Cuaderno Principal (anverso).

²⁰Fl. 299 del Cuaderno Principal.



6.2.- Accedió parcialmente a lo solicitado en la demanda de reconvención. Encontró que la demanda fue oportuna porque debía tenerse en cuenta la fecha de la liquidación unilateral y no la fecha de la terminación del contrato. Como las Resoluciones 222 de 2013 y 512 de 2013 continuaban gozando de presunción de legalidad, dispuso declarar <<el incumplimiento por parte del contratista por no revertir los bienes afectados (sic) en la prestación del servicio>>.

a.- Aunque la Uaesp había solicitado que se condenara a perjuicios por varios conceptos, el tribunal consideró que solamente estaban probados los causados por los vehículos que no fueron revertidos. De acuerdo con el avalúo de dichos bienes, su valor ascendió a seis mil novecientos millones quinientos dieciséis mil pesos (\$6.900.516.000). Este valor fue actualizado, por lo que se condenó a Atesa a pagar la suma de ocho mil cuatrocientos sesenta y dos millones quinientos sesenta y cinco mil quinientos setenta y un pesos (\$8.462.565.571).

b.- Adicionalmente, condenó a Atesa a pagar costas. Calculó las agencias en derecho en el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones de la demanda, lo que ascendió a la suma de trescientos cuarenta y nueve millones ciento sesenta mil cuatrocientos treinta y dos pesos (\$349.160.432).

E.- El recurso de apelación de Atesa, la oposición de la UAESP y el concepto del Ministerio Público

7.- Atesa solicita que se revoque integralmente la sentencia, se acceda a las pretensiones de la demanda y se nieguen las pretensiones de la reconvención²¹. Señala en el recurso:

a.- La Uaesp no podía imponerle a Atesa la obligación de pagar la suma de seis mil novecientos ochenta y tres millones doscientos ocho mil seiscientos cuarenta y un pesos (\$6.983.208.641) en el acto de liquidación unilateral, porque la reversión sólo resulta procedente en las concesiones de explotación de bienes del Estado y la Uaesp descartó la inclusión de esa cláusula en la etapa precontractual. Es decir, tal estipulación no quedó incluida en el Contrato.

b.- Deben revocarse los ordinales <<cuarto y sexto>> de la sentencia de primera instancia que accedieron a pretensiones de la demanda de reconvención y condenaron a Atesa, porque esa decisión se fundamentó en la liquidación unilateral que es nula.

c.- La condena en costas no es procedente porque no se probó la causación de agencias en derecho, y para determinar su cuantía no se cumplió con la carga de motivación y ponderación que exige la jurisprudencia del Consejo de Estado²².

8.- La Uaesp pide que se confirme la sentencia²³. Únicamente se refiere al primer punto del recurso, frente al cual reitera (i) que el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 contempla a

²¹Fls 304 a 313 del Cuaderno Principal. En el mismo sentido, fls 571 a 579 del Cuaderno Principal.

²²En los expedientes 53165, 45987 y 47331.

²³Fls. 544 a 570 del Cuaderno Principal.



la reversión como una cláusula excepcional; (ii) que ésta es connatural a los contratos de concesión de servicio, razón por la cual los bienes afectos a la concesión deben <<retornar al Estado>> y no puede exigirse que haya <<pacto expreso>> de la cláusula de reversión; y (iii) que el particular debe revertir los bienes que <<han sido generados con el pago de las tarifas de los usuarios en la explotación>> del servicio de aseo.

8.1.- Agrega que los bienes a revertir <<no son propiamente adquiridos con el capital del otrora contratista, son bienes que por su fuente tienen vocación de públicos en la medida en que ellos fueron amortizados a través de las tarifas pagadas (...)>>. Y aunque haya un concepto de la Alcaldía Mayor de Bogotá a favor de la posición del demandante y se aleguen las respuestas dadas por la Uaesp en el procedimiento precontractual, no es verdad que no <<proceda la Reversión de los bienes, pues se reitera, estos se amortizaron a través de los recursos obtenidos con el pago a tarifas por parte de los usuarios>>. En ese sentido, resulta aplicable en análisis que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013.

9.- El Ministerio Público²⁴ señala que con base en <<nuestro Estatuto Contractual>>²⁵ y en lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 1996, Atesa debe revertir los vehículos. Esto es un <<imperativo legal>> que no puede ser obviado. Además, dicha entidad no fue sorprendida porque en la etapa precontractual la entidad indicó que <<al término del contrato los vehículos revertidos seguirían operando>>²⁶.

II. CONSIDERACIONES

F.- Decisión a adoptar, objeto del litigio y plan de exposición

10.- La Sala se pronunciará de fondo sobre las pretensiones de la demanda principal porque ella fue presentada en el término previsto en el numeral iv) del literal j)²⁷ del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, de acuerdo con el cual la acción debe promoverse dentro de los dos años siguientes a la notificación de la liquidación unilateral²⁸. Las Resoluciones 222 y 512 de 2013 adquirieron firmeza el 24 de octubre de 2013 y la demanda fue radicada oportunamente el 17 de marzo de 2014²⁹. También se pronunciará sobre las pretensiones de la demanda de reconvención porque ella fue igualmente presentada dentro del término legal: la liquidación unilateral quedó en firme el 24 de octubre de 2013, y la demanda de reconvención fue radicada oportunamente el 15 de enero de 2015.

²⁴Fls. 651 a 656 del Cuaderno Principal.

²⁵Fl. 584 del Cuaderno Principal.

²⁶Fl. 584 del Cuaderno Principal.

²⁷<<j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

(...)

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;>>

²⁸Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 1º de agosto de 2019, exp. 620009, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

²⁹Fl. 1 del Cuaderno 1.



11.- Debido a que la sentencia fue recurrida únicamente por Atesa, la decisión que se adopta versa solo sobre las resoluciones adoptadas en su contra, en relación con la demanda principal y en la demanda de reconvenición: particularmente se circunscribe a determinar si Atesa está obligada revertir los vehículos afectos al servicio.

11.1.- Teniendo en cuenta los reparos de la apelación, la Sala no se pronunciará sobre otros incumplimientos del Contrato, y frente a ello debe estarse a lo resuelto en la sentencia de primera instancia. Tampoco se pronunciará sobre la decisión de no condenar a Atesa por perjuicios que hayan causado el incumplimiento de otras obligaciones del Contrato, teniendo en cuenta que la Uaesp no apeló.

12.- La Sala (i) revocará la decisión de primera instancia, (ii) anulará las resoluciones que ordenaron la reversión, (iii) dispondrá el restablecimiento en la forma pedida en la demanda y (iv) revocará la condena impuesta a Atesa con base la no reversión de los vehículos. Lo anterior, porque si bien el Contrato se rige por la Ley 80, ello no supone que la cláusula de reversión deba entenderse pactada por estar en presencia de una concesión de servicios públicos. En el Contrato se pactó la cláusula de reversión con determinados efectos, y las partes estaban sometidas a dicha estipulación.

13.- En la primera parte se explicará que el régimen aplicable al Contrato era la Ley 80 de 1993. En la segunda, se explicará que la cláusula de reversión no debía entenderse pactada porque no es de la esencia de los contratos de concesión de servicios públicos: la reversión debe entenderse pactada en la forma como fue estipulada en el Contrato.

G.- El régimen del Contrato es el previsto en la Ley 80 de 1993

14.- El Contrato tuvo por objeto otorgar la explotación de un área de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo. Este es un negocio jurídico sometido a la Ley 80 de 1993, a pesar de que se trate de un servicio público domiciliario.

14.1.- El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, por regla general excluye la aplicación de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en los contratos que celebren las entidades que presten servicios públicos. No obstante, su párrafo dispone lo siguiente:

<<PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, **se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993>>.

14.2.- Esta norma es aplicable a este caso: el contrato objeto del proceso fue celebrado por la entidad del ente territorial (Uaesp) con Atesa, que es una empresa de servicios públicos. Además, el objeto del Contrato consistió en que ésta asumiera la prestación del servicio público de aseo en un área de servicio exclusivo.



15.- Esto ha sido reconocido por la Corporación en varias oportunidades³⁰ en las cuales ha señalado que, en materia de área de servicio exclusivo, se aplica el Estatuto General de la Contratación por dos motivos:

15.1.- Porque así lo dispone el artículo 40 de la Ley 142 de 1994:

<<v) Según el artículo 40 de la Ley 142, a la cual se ha hecho referencia, la selección del concesionario que prestará el servicio en áreas exclusivas se hará “*mediante invitación pública*” que formula la entidad territorial, procedimiento que el parágrafo de la misma norma denomina, de “*licitación*”.

El artículo 40 en cita, constituye una excepción a la regla general consistente en que los contratos de prestación de servicios públicos se gobiernan por el régimen jurídico de derecho privado, al someter estos contratos -los de áreas exclusivas- a las regulaciones contenidas en la ley 80 de 1993. De manera que éste es uno de aquellos casos en que se mantienen vigentes para los contratos de servicios públicos domiciliarios, las disposiciones del estatuto general de contratación administrativa³¹>>.

15.2.- Porque, en materia del servicio público domiciliario de aseo, el artículo 9º de la Ley 632 de 2000³² dispone que los contratos deben llevarse a cabo <<*mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública*>>. Dicho artículo fue reglamentado por el Decreto 891 de 2002, cuyos artículos 2º y 3º señalaban lo siguiente:

<<Artículo 2º. Definiciones. Para los fines de este decreto se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

2.3. Área de Servicio Exclusivo. (ASE). Es el área geográfica otorgada contractualmente por los municipios y distritos a una persona prestadora del servicio público de aseo, mediante licitación pública, en la cual ninguna otra persona prestadora puede ofrecer los servicios y actividades objeto del contrato, durante un tiempo determinado, y cuya finalidad es asegurar la extensión de la cobertura del servicio a los usuarios de menores ingresos.

2.4. Contrato de concesión del servicio de aseo. Es el que celebre el municipio o distrito con el objeto de otorgar a una persona prestadora del servicio, denominada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión de una o varias actividades del servicio público de aseo por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad territorial concedente, a cambio de una remuneración que debe provenir para el servicio ordinario de tarifas y para el servicio especial de derechos, tasas, valorización, impuestos o en general en cualquier otra modalidad que las partes acuerden, dentro de los límites establecidos por la Constitución Política y la ley.

2.5. Licitación pública. Es el procedimiento regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y sus normas concordantes.

(...)

³⁰Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de octubre de 2005, exp. 23583, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

A manera de *obiter dicta*, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2011, exp. 37423, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³¹Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 20691, C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

³²Aunque la norma citada fue derogada por la Ley 1537 de 2012, es aplicable a este caso en la medida en que el contrato fue celebrado el 15 de julio de 2003.



Artículo 3°. Esquema de celebración de contratos de concesión previa licitación pública en los que se asignen áreas de servicio exclusivo. El establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación de actividades del servicio público domiciliario de aseo, se hará siempre por medio de contratos de concesión, adjudicados previo agotamiento de un proceso licitatorio público, con el cual se garantice la competencia y la transparencia>>.

15.3.- Cuando la Sección Tercera analizó la legalidad del decreto reglamentario, indicó lo siguiente:

<<**b.2.** De esas disposiciones se aprecia que ni la ley 142 de 1994 ni la 632 de 2000 definen el contrato de concesión. Sin embargo, la ley 142 de 1994 reenvía por excepción a la LEY 80 DE 1993 cuando, entre otros, se trate de contrato de concesión **que celebre la entidad territorial con la empresa de servicios públicos**, con el objeto de que esta última asuma la prestación del servicio o sustituya a otra empresa (par. único art. 31).

Por consiguiente, cuando el decreto reglamentario acusado, **891 de 7 de mayo de 2002**, recayó sobre el contrato de concesión para la prestación del servicio de aseo por parte de los Municipios y distritos, **en principio** se sometió a la ley de contratación estatal, porque dicho negocio jurídico lo celebran la entidad territorial con la empresa de servicios públicos. Pero, como se verá enseguida, al cotejar el numeral 4 del artículo 2 del decreto acusado, con el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se concluye que el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria cuando varió la definición LEGAL sobre el contrato de concesión, para acomodarla al servicio de aseo (...)>>³³.

16.- Adicionalmente, en la Resolución CRA No. 151 de 2001³⁴, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante CRA) estableció que era obligatorio incluir las cláusulas excepcionales en los contratos de áreas de servicio exclusivo.

H.- Aunque en el Contrato se entendían incluidas las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ello no incluye la cláusula de reversión en una concesión de servicio: de conformidad con lo pactado en el Contrato, Atesa no debía revertir los vehículos

17.- De acuerdo con lo anterior, es claro que el Contrato se rigió <<para todos sus efectos>> por el Estatuto General de la Administración Pública, y ello implica que las cláusulas excepcionales deben entenderse incorporadas en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

18.- El texto original del ordinal 2º del artículo 14 dispone lo siguiente sobre la inclusión de la cláusula de reversión en los contratos estatales:

<<2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y

³³Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de octubre de 2005, exp. 23583, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

³⁴Antes de su modificación por medio de la Resolución 293 de 2004.



concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. **En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.**

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente>>.

18.1.- En concordancia con lo anterior, el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 establece lo siguiente:

<<ARTÍCULO 19. DE LA REVERSIÓN. En **los contratos de explotación o concesión de bienes estatales** se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna>>.

19.- Así las cosas, el artículo 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 disponen que la cláusula de reversión debe incluirse en los contratos de explotación o concesión de bienes. Sin embargo, este tipo de contratos no comprenden la concesión de un servicio público.

19.1.- El numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión de la siguiente manera:

<<4o. Contrato de Concesión.

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

19.2.- Como se puede observar, esta norma diferencia entre la concesión de un servicio público, de una obra o de un bien público. La Sala lo ha entendido así en varias oportunidades³⁵. En ese sentido, es claro que la misma Ley 80 de 1993 era explícita en prever diferentes tipos de concesiones y los artículos 14 y 19 no se refieren a todas: expresamente se refieren a <<la explotación o concesión de bienes>> del Estado. En consecuencia, en los contratos de concesión de servicios públicos³⁶ no puede entenderse pactada cláusula de reversión.

19.3.- En el presente caso, el Contrato no es una concesión de un bien estatal, sino una concesión del <<servicio de aseo en sus componentes de barrido, recolección y

³⁵ Entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, exp. 10217, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, exp. 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁶ La Sala ha reconocido esta tipología. Ver CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, sentencia del 5 de mayo de 2020, exp. 48961, C.P. Alberto Montaña Plata.



transporte de residuos sólidos ordinarios>>. Por esto, la cláusula de reversión no se puede entender incluida en dicho negocio jurídico.

20.- La figura del área de servicio exclusivo no tiene como objeto una actividad que pueda considerarse como <<*bien estatal*>>, que es lo que puede ocurrir con las actividades sometidas a monopolio, en las cuales su explotación comporta la generación de ingresos para el Estado. La prestación del servicio público de aseo no es monopolística, sino que puede realizarse por cualquier operador en un sistema de libre mercado: las concesiones de área exclusiva no tienen entonces como finalidad permitir que una actividad monopolística del Estado sea explotada por un particular. Tienen otro propósito, del que no puede deducirse una regla según la cual entidad territorial vaya a asumir directamente la prestación del servicio a la terminación del contrato. Esto es respaldado por cuatro argumentos:

20.1.- El profesor Gaspar Ariño explica que <<*en la regulación de los servicios, en un régimen competitivo, hay que distinguir lo que son prestaciones de mercado y prestaciones de “servicio esencial universal”. Estas últimas son aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta*>>³⁷. No obstante, aun frente a <<*prestaciones de servicio universal*>> no se puede desconocer que la regla general es la competencia: <<*(...) no se puede prohibir la competencia, salvo que ésta haga imposible el cumplimiento de las tareas de servicio público*>>³⁸.

20.2.- Las áreas de servicio exclusivo deben <<*precisar el espacio geográfico*>> porque sólo en ese lugar se restringe, excepcionalmente, la competencia. En ese sentido, no proceden automáticamente. El párrafo del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 indica que las comisiones deben <<*verifica[r] la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo*>>. En concordancia con esta norma, la Resolución CRA 151 de 2001 determina las condiciones para celebrar esos contratos³⁹ y reitera que la CRA debe verificar los motivos, paso sin el cual la entidad territorial no puede otorgar áreas de servicio exclusivo⁴⁰.

³⁷Ariño Ortiz, Gaspar. La regulación económica. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, pp. 119 y 120.

³⁸Ariño Ortiz, Gaspar. La regulación económica. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, pp. 124 y 125.

³⁹<<ARTÍCULO 1.3.7.6 CONDICIONES PARA CELEBRAR CONTRATOS EN VIRTUD DE LOS CUALES SE ESTABLEZCAN ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO. Los contratos que incluyan cláusulas sobre áreas de servicio exclusivo, **solo podrán celebrarse siempre que el representante legal de la entidad territorial competente demuestre:**

a. Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio a los estratos de menores ingresos y que con su otorgamiento se obtenga, directa o indirectamente, el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio; y
b. Que la organización de un área de servicio exclusivo produciría economías que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios>>.

⁴⁰<<ARTÍCULO 1.3.7.7 VERIFICACIÓN DE LOS MOTIVOS. **Para verificar el cumplimiento de estas condiciones,** las entidades territoriales competentes interesadas deben hacer llegar a la Comisión, debidamente certificados por los funcionarios competentes, y antes de abrir licitaciones de contratos en los que se incluyan cláusulas para definir áreas de servicio exclusivo, un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera del área o áreas de servicio exclusivo potenciales, que tenga como objeto justificar la viabilidad, el número y distribución geográfica del área o áreas potencialmente viables.



20.3.- El párrafo del artículo 40 también indica que las comisiones de regulación deben establecer los <<lineamientos y condiciones a las cuales>> se someten los contratos de las áreas de servicio exclusivo. De acuerdo con esa regulación, las áreas de servicio exclusivo no tienen una vocación de permanencia. Por el contrario, están limitadas en territorio pero también en el plazo, así:

<< ARTÍCULO 1.3.7.8 CONDICIONES QUE DEBEN LLENAR LOS CONTRATOS. Los contratos de concesión en los cuales se incluya el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo a un empresario de servicios públicos deben referirse, por lo menos, a los siguientes aspectos:

a. Determinación del ámbito geográfico. El contrato debe identificar, con toda precisión, por medio de un plano técnicamente elaborado, el ámbito geográfico para el cual se concederá la exclusividad en la prestación del servicio.

(...)

f. Plazo. El plazo que se pacte **no puede ser indefinido** y debe estar perfectamente determinado. En todo caso, para los servicios de acueducto y alcantarillado, no podrá ser superior a treinta (30) años; **para el servicio de aseo, no podrá ser superior a los ocho (8) años**>>.

20.4.- Finalmente, el literal j) del artículo citado indica lo siguiente:

<<j. Modelo y cifras de proyección del valor presente neto del contrato para el contratista. Se aplicarán en la construcción de ese modelo los criterios usuales de análisis de proyectos con **identificación precisa de todas las variables pertinentes**, entre otras, el plazo esperado del contrato, el número de usuarios que, en cada período, se piensa atender, y de los ingresos y desembolsos asociados con diversos grupos de usuarios, si su ubicación dentro del área lo permite>>.

a.- De acuerdo con esta condición que deben cumplir los contratos de concesión de áreas de servicio exclusivo, es claro que la entidad contratante debe hacer un análisis de conveniencia para tomar la decisión de pactar la reversión. En ese sentido, la reversión es una variable para la construcción del modelo de proyección del valor presente neto del contrato: al no ser una explotación de bienes del Estado, es viable, por ejemplo, que a la entidad no le interese contar con vehículos o tecnología obsoleta y, por ende, no incluya esa variable en el modelo.

b.- Por esto, se debe insistir que el supuesto en estos contratos no es que el particular ejerza una actividad que es propia del Estado, como ocurriría en las concesiones de bienes. En los contratos de concesión en áreas de servicio exclusivo se parte de una lógica completamente diferente. El profesor Ariño indica que una de las características de estos regímenes es la siguiente:

(...)

La **Comisión se pronunciará en un término máximo de cuarenta (40) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la documentación completa, aquí establecida**>>.



<El abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo (titularidad de la actividad a favor del Estado, idea de concesión como transferencia de una competencia originariamente administrativa, con rescate en cualquier momento, garantía del equilibrio financiero de la empresa, responsabilidad administrativa, etc.)⁴¹. En lugar de ello, el concepto de servicio público se acerca más a la idea de actividad reglamentada, propio del mundo anglosajón⁴²>>⁴³.

21.- La interpretación de que la concesión de servicios no conlleva la inclusión de la cláusula de reversión también fue planteada en la Alcaldía Mayor de Bogotá en 2008⁴⁴, ante una solicitud de la Uaesp. En el Concepto 111 se indicó lo siguiente:

<<En el caso consultado se suscribe un contrato de concesión para la entrega de un área de servicio exclusivo de conformidad con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 en concordancia con el artículo 9º de la Ley 632 de 2000, cuya finalidad contractual consiste en asegurar la prestación del servicio de aseo otorgando un derecho de exclusividad a un concesionario para que en determinadas zonas se encargue de las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores.

De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que cuando se celebra el contrato de concesión a que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, lo que en realidad se produce es una concesión para la prestación del servicio de aseo bajo la modalidad de áreas de servicio exclusivo. **Dicho de otra forma, las mencionadas áreas de servicio exclusivo constituyen uno de los instrumentos con que los Municipios y Distritos pueden asegurar la prestación y cobertura del servicio público en comento.**

En este orden de ideas, el contrato de concesión que se celebra para otorgar áreas de servicio exclusivo debe ser considerado como un contrato de concesión de aseo al cual se le aplica en lo pertinente lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación, pero, sin perder de vista que el objeto de dicha concesión es la prestación de un servicio público y no la explotación de bienes estatales.

Así las cosas, teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la cláusula de reversión es de inclusión obligatoria sólo en los contratos de concesión y explotación de bienes, no puede entenderse que lo mismo ocurre en las concesiones de áreas de servicio exclusivo en las que el contrato se suscribe para garantizar la prestación de un servicio público y no con el fin de que se realice la explotación de un bien estatal.

Si bien, la cláusula de reversión no es obligatoria en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos, es importante recordar que de conformidad con las precisiones jurisprudenciales efectuadas por el Consejo de Estado sobre el tema, siempre que se entreguen bienes estatales para su explotación bajo la modalidad de concesión, las partes deberán pactar la cláusula de reversión>>.

22.- De acuerdo con lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la reversión no incluía todos <<los elementos y bienes directamente afectados>> a la concesión, en los términos del artículo 19 de la Ley 80 de 1993. Por el contrario, únicamente revertirían los bienes

⁴¹Me remito a lo que escribí en Ariño Ortiz, Gaspar, "Economía y Estado, crisis y reforma al sector público", Madrid, 1993, sobre servicio público y régimen jurídico, en Capítulo X, págs. 315 y siguientes.

⁴²Sobre la diferencia entre servicio público y actividad reglamentada, hoy, en nuestro derecho, me remito a lo que escribí en Ariño Ortiz, Gaspar, "Economía y Estado, crisis y reforma al sector público", Madrid, 1993, sobre servicio público y régimen jurídico, en Capítulo X, págs. 306 y siguientes.

⁴³Ariño Ortiz, Gaspar. La regulación económica. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996, p. 121.

⁴⁴Fls. 231 a 234 del Cuaderno 1.



en los términos en los que se haya pactado. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el Contrato establece la siguiente regulación sobre la <<reversión>>:

<<CLÁUSULA 17. RESTITUCIÓN DE BIENES Y REVERSIÓN. A la terminación del contrato de concesión por cualquier causa todos los bienes que hayan sido entregados por el Distrito Capital al CONCESIONARIO serán restituidos a éste sin costo alguno, con todas las mejoras que le hubieren sido introducidas.

Así mismo será objeto de reversión a la finalización del contrato por cualquier causa y sin costo alguno, la totalidad del software, incluida la base de datos desarrollada, con todas sus actualizaciones, modernizaciones y demás variaciones resultantes de un proceso permanente de adaptación y mejoramiento. Junto con la información se entregará toda la base documental que soporta la misma debidamente catalogada y organizada, así como los programas (software) utilizados para el manejo de la base de datos, incluyendo las plataformas y los desarrollos realizados sobre ellas. El proceso de restitución y reversión se hará a la luz de lo establecido en el Reglamento Comercial.

Con este último propósito, el CONCESIONARIO adoptará las medidas que serán necesarias para que las licencias respectivas puedan transferirse a la UAESP a la finalización del contrato, sin costo alguno para ésta>>.

23.- Así las cosas, es claro que los vehículos no hacían parte de los bienes a restituir por parte del contratista. La cláusula anterior únicamente se refiere al *software* y a los bienes que la Uaesp (o el <<Distrito Capital>>) le hubieran entregado al contratista. En ese sentido, no podía sorprenderse al contratista al finalizar el Contrato y exigir la devolución de bienes que no fueron pactados.

23.1.- Los vehículos compactadores claramente no se catalogan como *software*, ni fueron entregados por la Uaesp, como se reconoce en el acta de iniciación⁴⁵ y en las actas de entrega de bienes suscritas con el concesionario anterior⁴⁶. Igualmente, así se deriva de la contestación de la demanda, y de las Resoluciones 222 y 512 de 2013, en las cuales se indicó que la reversión de los camiones obedecía a que los bienes fueron <<amortizados por las tarifas pagadas por los usuarios>>⁴⁷, y no porque estuviera previsto así en el Contrato.

23.2.- Cabe aclarar que el numeral 3.3.3. del Reglamento Comercial, adoptado por la Resolución 113 de 2003 de la Uaesp, establece <<Responsabilidades al Final de la Concesión>>⁴⁸. Sin embargo, ninguna de sus disposiciones indica que Atesa debiera restituir los vehículos compactadores.

24.- La Uaesp indicó que debían revertirse los camiones por dos motivos: primero, porque eran una inversión que fue amortizada con la tarifa y, segundo, porque ello fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2013.

⁴⁵En la cual no se dejó constancia de la entrega de ningún bien.

⁴⁶Pgs. 399 a 410 del archivo <<C-055-2003 Caja No. 55.pdf>> que se encuentra en el DVD que obra a folio 120 del Cuaderno 1.

⁴⁷Fl. 491 del Cuaderno 2.

⁴⁸Pgs. 172 a 175 del archivo <<C-055-2003 Caja No. 1.pdf>> que se encuentra en el DVD que obra a folio 120 del Cuaderno 1.



24.1.- El primer argumento no puede prosperar porque implicaría desconocer el pacto que realizaron las partes. En el Contrato no se estipuló que el valor de los vehículos se amortizaría con el pago de las tarifas y que, como consecuencia de lo anterior, una vez se produjera tal amortización estos pasarían a ser de propiedad de la UAESP. La amortización de sumas de dinero en el contrato debe estar pactada expresamente en el mismo, como ocurre en el caso del anticipo, que puede considerarse como un préstamo al contratista que debe ser restituido mediante el descuento en las cuentas de cobro que se generen en el contrato.

a.- Además, el argumento de la Uaesp implicaría ampliar los bienes a revertir y desconocer que la Uaesp decidió pactar que lo único que sería objeto de reversión serían (i) los bienes que el Distrito le hubiera entregado al contratista y (ii) el *software*. Este argumento fue tenido en cuenta por un tribunal arbitral que estudió un asunto similar al presente:

<<Para el Tribunal, la amortización del valor de los equipos asignados por el Concesionario y de los demás costos de la prestación del servicio de aseo a cargo del Concesionario, alegada por la UAESP, en cualquier caso **no implica una ampliación de la expresa regulación contractual en cuanto a los bienes que son objeto de reversión, según la voluntad de las partes**. Esto, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 17 contractual, según la cual, tal como ya lo precisó el Tribunal al referirse al tema de la reversión, solamente son objeto de ésta a título gratuito, los que hubiere entregado al concesionario la UAESP y los relacionados con la información necesaria para la prestación del servicio, adicionados con los desarrollos que hubieren tenido, a través de la ejecución del contrato>>⁴⁹.

b.- Además, en caso de duda de si los vehículos eran unos bienes a revertir, la entidad no puede indicar que el concesionario debía conocer su reversión porque hacían parte de los costos y, por ende, fueron amortizados en la tarifa. En efecto, la cláusula de reversión exige certeza de los bienes que pasarán a ser de la entidad contratante. Es por este motivo que en un laudo que resolvió un caso análogo, se indicó lo siguiente:

<<La reversión opera porque se entiende que el contratista logró el retorno de la inversión que dispuso para la ejecución del contrato estatal. Es por ese motivo que la entidad no adquiere obligación alguna para compensar los bienes que pasan a ser propiedad de la administración. Lo anterior supone que desde el comienzo de la estructuración del negocio jurídico de explotación o concesión de bienes estatales, el interesado debe conocer sobre la reversión de bienes a la entidad contratante y por ende que tendrá que calcular los costos económicos de ese futuro desprendimiento patrimonial que ocurrirá al momento de finalizar el respectivo contrato estatal.

Así las cosas, se **exige la certidumbre de esa obligación de revertir bienes y esto solo se garantiza con la estipulación precisa y detallada en los pliegos de condiciones o en las cláusulas del contrato estatal de revertir bienes al Estado o una disposición legal que claramente lo disponga**. Así, si un particular conoce desde el principio que los bienes afectados a la concesión pasarán a ser propiedad de su contratante,

⁴⁹Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal Arbitral de Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. contra la UAESP. Laudo del 30 de marzo de 2016. Árbitros: Sarria Olcos, Consuelo (presidente); Tafur Galvis, Álvaro y Charry Urueña, Juan Manuel.



necesariamente, presupuestará económicamente esa obligación que se asumirá con cargo a los ingresos del respectivo proyecto. (...)»⁵⁰.

24.2.- El segundo argumento tampoco es de recibo, porque no es cierto que la Corte Constitucional haya analizado la reversión en un caso análogo al presente. Se pronunció sobre la reversión de contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones, en los cuales, entre otros, se usa el espectro que es un bien público. En ese sentido, la Corte analizó los artículos 4º de la Ley 422 de 1998 y 68 de la Ley 1341 de 2009, normas que no son aplicables al Contrato. Por esto, en una acción de tutela estudiada por esta Corporación contra una decisión arbitral en materia de contratos de concesión de aseo, se indicó lo siguiente:

<<Así mismo, se observa que la sentencia en cita hace referencia a la demanda de constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, normas que fueron declaradas exequibles y, no obstante que la providencia versa sobre la cláusula de reversión, esta no tiene ninguna injerencia en la decisión que adoptaron los jueces naturales, **en la medida que se trata de disposiciones especiales en materia del servicio de telecomunicaciones**>>⁵¹.

25.- Adicionalmente, el tribunal consideró que (i) en el proceso licitatorio la Uaesp indicó que los camiones serían revertidos y (ii) la sentencia C-250 de 1996 indica que la cláusula de reversión es de la esencia de los contratos de concesión. Ninguna de las dos afirmaciones es cierta.

25.1.- Por un lado, el documento en que se fundamenta el tribunal hace referencia a la Licitación Pública 001 de 2011⁵², es decir, la iniciada con ocasión de la terminación del Contrato. De hecho, el nombre del archivo en que se fundamentó es dicente: <<**RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES POR PARTE DE LA UAESP CONCESIÓN 2011-2019**>>. Y aunque este documento no reguló el procedimiento precontractual en este caso, la Sala advierte que la propia Uaesp reconoció que la cláusula de reversión no era obligatoria, de la siguiente manera:

<<Así las cosas, teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y la Jurisprudencia del Consejo de Estado, la cláusula de reversión es de inclusión obligatoria sólo en los contratos de concesión y explotación de bienes, no puede entenderse que lo mismo ocurre en las concesiones de áreas de servicio exclusivo en las que el contrato se suscribe para garantizar la prestación de un servicio público y no con el fin de que se realice la explotación de un bien estatal. En este caso, **si bien la cláusula de reversión no es obligatoria en los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos**, de conformidad con las precisiones jurisprudenciales efectuadas por el Consejo de Estado sobre el tema, siempre que se entreguen bienes estatales para su explotación bajo la modalidad de concesión, las partes deben pactar la cláusula de reversión.

⁵⁰Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal Arbitral de Ciudad Limpia S.A. E.S.P. contra la UAESP. Laudo del 4 de septiembre de 2015. Árbitros: De Vega Pinzón, Gabriel (presidente); Cárdenas Mejía, Juan Pablo y Garrido Díaz, Juan Manuel.

⁵¹Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de agosto de 2018, Rad. 11001-03-15-000-2018-01096-01(AC), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁵²Pg. 1 del archivo <<RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES POR PARTE DE LA UAESP CONCESIÓN 2011-2019.pdf>> que se encuentra en el CD que obra a folio 237 del Cuaderno 1. En el mismo sentido, Cuaderno 5 y 6.



Sumado a lo anterior, las partes, de acuerdo con los postulados de los artículos 1618 del Código Civil y 40 de la Ley 80 de 1993, están facultadas para pactar dentro de los contratos de concesión de aseo la cláusula de reversión de los bienes estatales que en, determinado caso, hayan sido entregados al concesionario por la entidad para la prestación del servicio público o bien, que se generen en su ejecución.

En este caso, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos ha considerado beneficioso para la ciudad incluir la cláusula mencionada y, en consecuencia, determinar en la estructura financiera del contrato los bienes estatales que por estar afectos a la concesión de las áreas de servicio exclusivo deberán revertir al final de la misma>>⁵³.

25.2.- Por el otro, no es cierto que la *ratio decidendi* de la C-250 de 1996 sea que la cláusula de reversión es de la esencia de todos los contratos de concesión. La Corte analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 80 de 1993 y el problema que resolvió fue si era constitucional que en <<los contratos de explotación o concesión de **bienes estatales**, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasan a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna>>. Este contrato, como se explicó previamente, no se rige por el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, ni es una concesión de bienes estatales.

26.- Se advierte que la Subsección C en dos oportunidades ha considerado que <<[d]ada la naturaleza del contrato de concesión de servicios públicos, como contrato estatal, son de su esencia las cláusulas relativas a la reversión de bienes, que aunque no se pacten en forma expresa, se presumen del contenido mismo del negocio>>⁵⁴.

26.1.- Tal interpretación no se acoge en esta sentencia porque esas decisiones se referían, respectivamente, a la nulidad de actos administrativos que habían declarado la caducidad de contratos de concesión del servicio público de televisión y a la nulidad de los actos que habían liquidado la contraprestación a pagar. Además, tal consideración desconoce el texto de los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993, y no plantea el fundamento para que deba extenderse otras concesiones. Se reitera que ambos artículos expresamente limitan la reversión a las concesiones de <<*bienes estatales*>>.

27.- Así las cosas, es claro que Atesa no debía entregar los vehículos compactadores a la Uaesp, razón por la cual se accederá parcialmente a las pretensiones del demandante: se declarará la nulidad parcial de las Resoluciones 222 y 512 de 2013, y se restablecerá el derecho afectado en los términos solicitados. No se revocarán los artículos sexto y séptimo de la Resolución 222 de 2013, teniendo en cuenta la declaratoria de incumplimiento de Atesa realizada en la sentencia de primera instancia que no fue objeto de apelación.

27.1.- Finalmente, en caso de que Atesa haya realizado el pago, se ordenará que se le reintegre el dinero pagado. Teniendo en cuenta que no se probó que se hubiera pagado

⁵³Pg. 175 del archivo <<RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES POR PARTE DE LA UAESP CONCESIÓN 2011-2019.pdf>> que se encuentra en el CD que obra a folio 237 del Cuaderno 1.

⁵⁴Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1º de julio de 2015, exp. 39622, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de diciembre de 2015, exp. 42327, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



la suma ordenada en los actos demandados, Atesa presentará cuenta de cobro en la que debe especificar la fecha del pago y realizar la correspondiente actualización con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = RI \times \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

Donde *Ra* (renta actualizada) es el valor actualizado de la condena, *RI* (renta inicial) es el valor que se ordena reintegrar, el *IPC inicial* es el vigente al momento en que Atesa haya realizado el pago a la Uaesp y el *IPC final* es aquel vigente al momento de proferirse la presente providencia (junio de 2022).

28.- Adicionalmente, se revocará la condena impuesta en el marco de la demanda de reconvención, pues esta se fundamentó únicamente en el incumplimiento <<por concepto de los vehículos no revertidos de la ejecución del contrato de concesión No. 55 de 2003>>.

I.- Costas y arancel judicial

29.- Teniendo en cuenta que el recurso presentado por la parte demandante prosperó, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP. Además, como la sentencia se revocó sólo parcialmente, la Sala se abstendrá de condenar costas en los términos del numeral 5⁵⁵ del artículo 365 del CGP, pues se mantiene la declaratoria de incumplimiento de Atesa en torno a los asuntos no apelados.

30.- La Sala advierte que el demandante solicitó que se devolviera el arancel judicial que debió pagar con la presentación de la demanda⁵⁶. Lo anterior solicitud se fundamentó en el inciso segundo del artículo 5^o de la Ley 1653 de 2013, que establecía lo siguiente:

<<En los procesos contencioso administrativos diferentes al contencioso laboral, cuando el demandante sea un particular, se causará y pagará el arancel judicial de acuerdo con las reglas generales previstas en la presente ley. Sin embargo, en caso de que prosperen total o parcialmente las pretensiones, el juez ordenará en la sentencia que ponga fin al proceso la devolución, total o parcial, del arancel judicial y dará aplicación al parágrafo 1o del artículo 8^o de esta ley>>.

30.1.- Aunque la Ley 1653 de 2013 fue declarada inexecutable⁵⁷, se ordenará la devolución del arancel judicial porque la situación jurídica se consolidó en su vigencia. En ese sentido, se ordena el reembolso total del arancel pagado de conformidad con dicha norma.

III. DECISIÓN

⁵⁵<<5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión>>.

⁵⁶Fl. 50 del Cuaderno 1.

⁵⁷Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2014, M.P.: María Victoria Calle Correa. La Corte consideró que << Al declarar inexecutable los artículos 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1653 de 2013, la Corporación debe por tanto decretar la inexecutable de la totalidad de la Ley>>.



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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRASE FUNDADO el impedimento manifestado por el magistrado Alberto Montaña Plata.

SEGUNDO: REVÓCANSE los ordinales primero, cuarto, sexto y séptimo de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2018 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar, **DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Resoluciones 222 y 512 de 2013, y restablézcase el derecho de la sociedad Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. La sentencia quedará así:

<<**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad parcial de Resoluciones 222 y 512 de 2013, en lo relacionado con la obligación de revertir los vehículos afectos al servicio. La parte resolutive de Resolución 222 del 31 de mayo de 2013 quedará así:

<<**ARTÍCULO PRIMERO: Liquidar unilateralmente** Contrato de Concesión No. 55 de 2003. Suscrito el 15 de julio de 2003 entre la **UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS** (hoy **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS**) y la sociedad **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP ATESA**.

(...)

ARTÍCULO SEXTO: De conformidad con lo pactado en la Cláusula 17 del Contrato de Concesión No. 55 de 2003, **ordenar** la sociedad **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP ATESA** llevar a cabo en favor de la UAESP las siguientes actividades:

1. Completar la definición de los modelos de datos para los módulos reliquidaciones y POR del sistema comercial, financiero y de PQR denominado SISPO.
2. Facilitar la instalación del software y de la base de datos del servidor, para el arranque y puesta en marcha del software SISPO.
3. Para permitir la verificación de los manuales funcionales para operar cada uno de los módulos de SISPO, se deberá suministrar asistencia técnica para instalar y configurar el sistema en servidores de la UAESP o de quien ésta designe.
4. Permitir la validación del manual de seguridad, una vez se encuentre instalado el sistema de información.
5. Entregar el inventario de software y licenciamiento objeto del proceso de reversión.
6. Transferir las licencias de los productos del software, de mercado y pertenecientes a terceros, utilizados en el desarrollo y puesta en funcionamiento del sistema a la UAESP.
7. Entregar la documentación técnica y funcional actualizada de los sistemas relacionada con el análisis y el diseño funcional.
8. Prestar asesoría y acompañamiento técnico para la instalación y configuración de los sistemas (base de datos y aplicativo) en los servidores de cómputo de la UAESP.



9. Prestar asistencia técnica para la puesta en funcionamiento de los sistemas (base de datos y aplicativo) y capacitación a los usuarios de la UAESP.
10. Transferir el código fuente de la base de datos y de aplicación el software de instalación para el sistema comercial, financiero y de PQR (SISPO).
11. Transferir el código fuente de base de datos y de aplicación, así como el software de instalación y la documentación técnica y funcional requerida para la puesta marcha del sistema técnico operativo empleado por el concesionario.
12. Ceder o adquirir en favor de la UAESP el licenciamiento que permita soportar, mantener o evolucionar (hacer desarrollo de software) de los sistemas de información ya mencionados.
13. Certificar los costos en que incurrió ATESA para el montaje y funcionamiento de (i) el sistema de información, aplicativos, bases de datos, software, plataforma y licencias de la información comercial y financiera y (ii) el sistema de información, aplicativos, bases de datos, software, plataforma y licencias de la información técnico-operativa.

Parágrafo: Las actividades mencionadas en el presente artículo deberán ser desarrolladas por **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP ATESA** a más tardar dentro de un (1) mes calendario siguiente a la firmeza de la presente Resolución. (sic) ante la Oficina de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la UAESP, dependencia que recibirá, verificará, validará y analizará las entregas y acompañamiento que efectúe el concesionario.

ARTICULO SÉPTIMO: Ordenar a la sociedad **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP ATESA** prorrogar dentro de la Póliza Única de Cumplimiento No. 22 CU006082 otorgada por Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, el amparo de cumplimiento por el término de seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente Resolución.

Parágrafo: La prórroga aquí ordenada deberá ser acreditada por la sociedad **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP ATESA** dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a que quede en firme la presente Resolución.

ARTICULO OCTAVO: Notificar la presente Resolución en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al representante legal de la sociedad **ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. ESP ATESA** o a su apoderado debidamente constituido o a la persona que autorice, informándole que contra ésta solo procede el recurso de reposición, que puede interponerse en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, ante la Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.

ARTICULO NOVENO: Notificar la presente Resolución en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al representante legal de Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales o a su apoderado debidamente constituido o a la persona que autorice, informándole que contra ésta solo procede el recurso de reposición, que puede interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal o dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, ante la Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos>>.

SEGUNDO: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos a reintegrar a la sociedad Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. la suma de dinero que haya cancelado en ejecución de los actos administrativos anulados, de conformidad con lo establecido en la parte motiva.



TERCERO: DEVOLVER la totalidad del arancel judicial pagado en los términos de la Ley 1653 de 2013, si no ha sido reembolsado a la sociedad Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P.

CUARTO: ACCEDER parcialmente a las pretensiones de la demanda de reconvencción.

QUINTO: En consecuencia, **DECLARAR** que la sociedad Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. incumplió el contrato de concesión No. 55 de 2003 que celebró con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, conforme a lo expuesto en esta providencia.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvencción.

SÉPTIMO: SIN CONDENA en costas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta decisión, por la Secretaría de la sección **LIQUÍDENSE** los gastos ordinarios del proceso y **DEVUÉLVASE** el remanente a los demandantes, si hay lugar, de conformidad con los artículos 7 y 9 de Acuerdo No. 2552 de 2004 del Consejo Superior de la Judicatura>>.

TERCERO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Impedido

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado