



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación interna: 2230

Número Único: 11001-03-06-000-2014-00230-00

Referencia: Aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos para la generación de energía eléctrica de San Andrés.

El Señor Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio pregunta a la Sala de Consulta y Servicio Civil acerca de las actuaciones legales que deben ser seguidas para que entre en operación la planta de generación de energía eléctrica de la Isla de San Andrés, la cual habría de aprovechar los residuos sólidos urbanos ubicados en el relleno sanitario *Magic Garden*, así como también los que se generen con la actividad de recolección diaria.

I. ANTECEDENTES

El 11 de diciembre de 2006, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, en el documento Conpes 3453, denominado "*Esquema de Gestión para la prestación del servicio de energía en las zonas no interconectadas*" analizó qué medidas se podían adelantar al respecto en áreas como Leticia, Puerto Carreño y San Andrés y Providencia¹.

El Conpes, a través de este documento, sugirió al Ministerio de Minas y Energía diseñar e implementar un esquema de gestión para permitir que gestores calificados prestaran el servicio de energía eléctrica, con el propósito de aumentar la cobertura, mejorar la calidad y las horas de servicio, con costos eficientes y mecanismos para el uso racional de la energía, así como también para "*reemplazar la generación que utiliza fósiles por tecnologías basadas en energías renovables, donde sea posible*".

En relación con San Andrés, señaló que hasta el mes de abril de 2010, de conformidad con el Acuerdo de Compra de Energía (*PPA, Power Purchase*

¹ <http://www.upme.gov.co/zni/portals/0/resoluciones/conpes3453.pdf>, consultado el 29 de octubre de 2014.

Agreement), la generación estaba a cargo de Corelca y la distribución y comercialización correspondía a la Sociedad Productora de Energía de San Andrés – Sopesa.

El Conpes recomendó al Ministerio de Minas que a más tardar en el año 2009 iniciara un concurso para la selección de un operador calificado que fuera responsable de los servicios de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica en el mediano y largo plazo.

El 6 de enero de 2007, la Asamblea Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, expidió la Ordenanza n.º 001, en virtud de la cual se concedieron facultades al Gobernador para la suscripción de *“contratos y convenios con el fin de ejecutar el presupuesto de la vigencia de 2007, para el normal desarrollo de su gestión administrativa de conformidad con los artículos 300 numeral 9 y 313 numeral 3 de la Constitución Política y artículo 25 numeral 11 de la Ley 80 de 1993”* (folios 5 y 9, Archivo digital “Ordenanza 1 de 2007”).

El 10 de diciembre de 2007, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina–CORALINA, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial–MAVDT (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el Ministerio de Minas y Energía celebraron el Convenio Interadministrativo de Asociación n.º 261 de 2007, vigente hasta el 31 de diciembre de 2009, cuyo objeto estaba referido a *“Aunar esfuerzos desde el marco de las competencias y responsabilidades asignadas a cada una de las entidades suscribientes para determinar las obligaciones que permitan implementar la solución integral al servicio de energía eléctrica y al servicio de aprovechamiento térmico de residuos sólidos en la Isla de San Andrés”* (folios 5 y 9, Archivo digital “Convenio 261 de 2007”).

El 10 de junio de 2009, el Ministerio de Minas y Energía, expidió la Resolución n.º 180925 a través de la cual ordenó la *“apertura de la Invitación Pública n.º 01, para seleccionar el concesionario que prestará todas las actividades inherentes al servicio de energía eléctrica en el área de servicio exclusiva denominada “Área de Servicio Exclusivo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”* (folios 5 y 9, Archivo digital “Resolución 18 0925 de 2007”).

El 21 de agosto de 2009, el Gobernador de San Andrés solicitó al Ministerio de Minas y Energía *“hacer conocer de los interesados en la Licitación Pública 01 de 2009 la Opción anexa a la presente comunicación, con el objeto de que los proponentes puedan asumir la operación del Relleno Sanitario Magic Garden en la Isla de San Andrés”* (folios 5 y 9, Archivo digital “Opción para operación Magic Garden”).

La Opción comprendía la entrega por parte de la Gobernación de los terrenos que conforman el *Magic Garden*, con el objeto de que el Operador los usara para prestar el servicio de disposición final de residuos sólidos y se encargara de la operación del relleno sanitario, por un término de 20 años. En el documento se encuentran definidas las actividades, responsabilidades, obligaciones y los ingresos que obtendría el operador, así como también los informes que debe rendir, la vigilancia y control a la que se encuentra sometido y el régimen legal correspondiente (folios 5 y 9, Archivo digital "Anexo P3 IP_01").

De acuerdo con lo anterior, dentro de los pliegos se incorporó el Anexo O, denominado "*Compromiso unilateral de prestación del servicio público de aprovechamiento de residuos sólidos urbanos en la Isla de San Andrés*", el cual fue suscrito por parte de Sopesa, quien declaró que asumiría el "*compromiso unilateral e irrevocable de desarrollar la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos en la Isla de San Andrés*", si le fuere adjudicado el contrato, en condición de concesionario (folios 5 y 9, Archivo digital "Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA", p.475 y ss.).

En el mismo sentido, Sopesa suscribió, bajo el título de "*Opción de Operación del Magic Garden*", el siguiente texto: "*Respecto de la Opción presentada por el Señor Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, me permito manifestar que SI aceptamos convertimos en Operadores del Magic Garden y prestar la actividad de disposición final de residuos conforme con los términos previstos en el documento contentivo de la Opción y el PGIRS*" (folios 5 y 9, Archivo digital "Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA", p.475 y ss.).

En el Pliego de Condiciones se incorporó el Anexo P, el cual contenía "*el marco legal general que debe observar el Concesionario en cumplimiento de su obligación de generar energía con los residuos sólidos que le entreguen en la planta los operadores de la recolección y el operador del sitio de disposición final relleno sanitario Magic Garden en la Isla de San Andrés*" (folios 5 y 9, Archivo digital "Anexo P1 IP_01").

En el texto se hace referencia a que el Gobernador del Departamento ofreció a todos los interesados la Opción para asumir la operación del *Magic Garden*, la cual está sujeta al marco general que en el mismo documento se establece.

El Concesionario que aceptare la Opción, como responsable de la prestación del servicio complementario de aprovechamiento de residuos sólidos, está sujeto al marco general de la operación, dado por la Ley 142 de 1994, el Decreto 1713 de 2002, el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos (PGIRS), la Resolución n.º 1045 de 2003 y la Resolución n.º 05001 del 2007. Además, el documento contiene

una serie de actividades, responsabilidades y obligaciones expresas a cargo del concesionario que asuma la operación del relleno sanitario.

El 4 de noviembre de 2009, a través de la Resolución 181960, el Ministerio de Minas y Energía adjudicó a la Sociedad Productora de Energía de San Andrés y Providencia S.A. E.S.P.–Sopesa, el contrato (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.987 y ss.).

El 27 de noviembre de 2009, el Ministerio de Minas y Energía y Sopesa suscribieron el “*Contrato de Concesión con exclusividad para la prestación del servicio de energía eléctrica en el área geográfica de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*” o “*Contrato de Concesión n.º 67 de 2009*” (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.990 y ss.).

El 2 de diciembre de 2009, Sopesa y Mezclas Recicladas S.L. suscribieron el “*Contrato de diseño, construcción, instalación, mantenimiento y operación técnica para la planta de generación eléctrica a partir del aprovechamiento de residuos sólidos urbanos en San Andrés conforme al Contrato de Concesión suscrito entre el Ministerio de Minas y Energía y Sopesa*” (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.1184 y ss.).

El 10 de diciembre de 2010, Sopesa envió una carta al Gobernador del Departamento, a través de la cual pidió la entrega del inmueble donde se disponen los residuos sólidos urbanos de la Isla de San Andrés, conocido como relleno *Magic Garden* en el sector *Schooner Bight*. De acuerdo con Sopesa, el Contrato de Concesión n.º 67 de 2009 incluye el uso de la porción de terreno referida para levantar e instalar la “*Central térmica para el aprovechamiento energético a partir de los residuos sólidos*” (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.1184 y ss.).

El 3 de mayo de 2010, a través de Acto de Gerencia, Sopesa terminó el contrato con Mezclas Recicladas S.L. por no haber constituido las garantías a las que se hallaba obligado contractualmente (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.2388 y ss.).

El 13 de agosto de 2010 se suscribió el “*Contrato de diseño, construcción, instalación, mantenimiento y operación técnica para la planta de generación eléctrica a partir del aprovechamiento de residuos sólidos urbanos en San Andrés conforme al Contrato de Concesión suscrito entre el Ministerio de Minas y Energía y Sopesa*” entre Sopesa y UT Thermal Systems – ISE (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.2642 y ss.).

El 2 de diciembre de 2010, el Gobernador de San Andrés dirigió una comunicación al Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo y al

Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual les informó que se encontraba próxima la fecha para finiquitar y liquidar el contrato vigente con el operador del relleno sanitario y que, en consideración a lo dispuesto en el Contrato de Concesión n.º 67 de 2009, se debía definir por parte del *“organismo rector en la materia”* el contrato que celebraría la entidad territorial con Sopesa. En concreto, solicitó un *“pronunciamiento acerca de la vinculación de los términos de referencia, adendas y demás anexos de la invitación que sirvan para determinar de manera taxativa la procedencia en la contratación directa de la operación, sin que pugne con las medidas legales que en materia de contratación estatal vigente rige para la Gobernación”* (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.2626 y ss.).

El 16 de diciembre de 2010, el Ministerio de Minas y Energía informó a la entidad territorial que estaba atento a lo que respondiera sobre el particular el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.2679).

El 26 de enero de 2011, Sopesa pidió una ampliación del término para culminar la construcción y puesta en operación de la planta. Manifestó que uno de los elementos que la justificaban era la falta de entrega del predio por parte de la Gobernación, puesto que solo a partir del momento en que ello ocurriera podía construir las obras (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.2799 y ss).

El Ministerio de Minas y Energía y Sopesa suscribieron diferentes adiciones al Contrato de Concesión n.º 67 de 2009 con la finalidad de extender el plazo para culminar la construcción de la planta y para ponerla en operación; el último de ellos se denomina Otrosí n.º 5 y acuerda que las fechas corresponderán, respectivamente, al 20 de febrero y 20 de junio de 2012 (folios 5 y 9, Archivo digital “Contrato Completo GSA 67 del 2009 SOPESA”, p.2948 y ss).

En la actualidad, la entidad territorial tiene inquietudes acerca de si era necesario que el Gobernador, previo al inicio del proceso de Invitación Pública n.º 01, contara con facultades precisas *“para la entrega de la operación del componente de disposición final de residuos sólidos en la isla de San Andrés”*. También hay lugar a dudas respecto del proceso que se debe adelantar *“para la entrega del usufructo de la infraestructura afecta a la prestación de los servicios”*.

Habida cuenta de lo expuesto, el Ministro formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. *¿Las facultades que autorizaron al Gobernador habilitaban la entrega de la operación del componente de disposición final, considerando que los residuos depositados en el relleno sanitario son insumo para un proceso de generación de energía?*

2. *En caso positivo, ¿cuál es el soporte jurídico que permitiría la suscripción por parte de la actual administración para el cumplimiento de lo previsto en los Anexos O y P documentos del pliego de condiciones de la Convocatoria Pública para la operación de la Planta RSU o la definición de un anexo adicional que delimite la infraestructura asociada a la actividad de disposición final del residuo sólido como insumo para la operación de la planta de energía?*
3. *En caso negativo, ¿la ausencia de facultades expresas del Gobernador para suscribir los Anexos O y P documentos del pliego de condiciones de la Convocatoria Pública adelantada por el Ministerio de Minas y Energía podría subsanarse efectuando una convalidación de lo actuado o exigirían un proceso licitatorio nuevo?*
4. *Al respecto, ¿es viable actualmente que la administración de la Isla, previas facultades de la Asamblea Departamental pueda habilitar la materialización de la operación del Relleno Sanitario y sus actividades complementarias contenidas en los Anexos O y P?*
5. *En caso positivo, ¿cuál sería el mecanismo idóneo para que, actuando dentro de la concesión de la ASE, se pueda habilitar a la Gobernación para honrar las obligaciones del convenio 261 de 2007 así como el contrato 067 de 2009? ¿Y de qué forma se podría materializar la voluntad del Departamento y qué requisitos debería cumplir?*
6. *¿Se puede materializar un presunto incumplimiento del contrato de concesión establecido entre MINMINAS y el operador SOPESA S.A., E.S.P., que incluía la operación del relleno y las actividades complementarias para la entrega de los insumos necesarios para la operación de la Planta de Generación de Energía? ¿Cuál sería el efecto de no entregar?*

II. CONSIDERACIONES

A. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala plantea el problema jurídico en los siguientes términos:

¿Las actividades complementarias del servicio público de aseo, consistentes en el aprovechamiento de residuos sólidos urbanos y su disposición final mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden*, pueden ser entregados por parte del Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina al concesionario Sopesa S.A. E.S.P. –quien es el adjudicatario de la concesión con exclusividad para la prestación del servicio de energía eléctrica– de conformidad con la autorización que recibió de la Asamblea Departamental en el 2007 para celebrar contratos y en la forma como se estableció en los anexos “O” y “P” de la “Invitación Pública n.º 01, para seleccionar el concesionario que prestará

todas las actividades inherentes al servicio de energía eléctrica en el área de servicio exclusiva denominada "Área de Servicio Exclusivo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina"?

B. ANÁLISIS DE LA SALA

La Sala analizará los siguientes puntos: **1.** Servicios públicos. Energía eléctrica en áreas de servicio exclusivo. Actividades complementarias del servicio de aseo: aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos. **2.** Actuación de las autoridades nacionales y territoriales en el caso concreto. Convenio Interadministrativo de Asociación n.º 261 de 2007 y Contrato de Concesión n.º 67 de 2009. **3.** Procedimiento utilizado por el Ministerio de Minas y Energía y por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para instrumentar la entrega de la prestación del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden* al concesionario del servicio de energía eléctrica. **4.** Régimen jurídico para la entrega de las actividades complementarias del servicio de aseo consistentes en el aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final mediante la operación de un relleno sanitario. Inexistencia de contrato **5.** Autorizaciones de la asamblea al gobernador y del concejo al alcalde en materia de contratos. La autorización en el caso concreto no habilitaba la entrega del aprovechamiento de residuos sólidos y la operación del relleno sanitario.

1. Servicios públicos. Energía eléctrica en áreas de servicio exclusivo. Actividades complementarias del servicio de aseo: aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos.

Como punto de partida, la Sala estudiará el marco constitucional, legal y reglamentario de la prestación del servicio público de energía eléctrica en un área de servicio exclusiva, y las actividades complementarias del servicio de aseo que consisten en el aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos.

La Constitución Política de 1991 estableció que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, el cual asegurará su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional de conformidad con el régimen legal correspondiente; podrán suministrarse por el Estado de manera directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares y en cualquier caso *"la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios"* se adelantará por parte del Estado (artículo 365). En relación con las competencias, responsabilidades, cobertura, régimen tarifario, calidad y financiación de los servicios públicos domiciliarios, la Constitución Política dispuso que serían fijados por la ley (artículo 367).

Así, la Ley 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”* y la Ley 143 de 1994 *“por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia enérgica”*, entre otras normas, desarrollaron el mandato constitucional.

Con la finalidad de prestar los servicios públicos habrá de respetarse el principio de la libre competencia, tal y como se infiere de la Ley 142 de 1994 en cuyas diferentes disposiciones se observa que: (i) el Estado intervendrá en los servicios públicos con la finalidad de proteger la libre competencia y evitar la utilización abusiva de la posición dominante (artículo 2, numeral 6); (ii) uno de los instrumentos de la intervención estatal es el *“respeto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios”* (artículo 3, numeral 9); (iii) uno de los derechos de los usuarios de los servicios públicos *“la libre elección del prestador del servicio”* (artículo 9).

En los artículos 5 y 178 de la Ley 142 de 1994 se establece claramente que los municipios, distritos y el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina tienen la competencia de asegurar la prestación eficiente a sus habitantes de los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y telefonía pública básica conmutada por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente.

Ahora bien, el principio de libre competencia presenta una excepción dentro de la Ley 142 de 1994, que cobra especial importancia en el asunto sometido a consideración de la Sala:

“Artículo 40.- Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio”.

Parágrafo 1o. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una

licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos”.

De acuerdo con lo exigido en la norma, la competencia para establecer el área de servicio exclusivo está radicada en la autoridad o autoridades territoriales, no obstante lo cual, en la materia específica de la prestación del servicio de energía eléctrica en zonas no interconectadas como Leticia, Puerto Carreño, San Andrés y Providencia, tal y como se expone en los antecedentes, la competencia para establecer el área referida es del Ministerio de Minas y Energía por virtud de la Ley 1151 de 2007, así:

“Artículo 65.- Servicio de Energía Eléctrica en Zonas No Interconectadas. El Ministerio de Minas y Energía diseñará esquemas sostenibles de gestión para la prestación del servicio de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas. Para este propósito, podrá establecer áreas de servicio exclusivo para todas las actividades involucradas en el servicio de energía eléctrica”.

Habida cuenta de lo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la Resolución 160 de 2008 *“por la cual se definen las reglas para verificar la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos y los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos, para la prestación del servicio domiciliario de energía eléctrica en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”* y la Resolución 068 de 2009 *“por la cual se verifica el cumplimiento de las condiciones que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en el contrato para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en el área de San Andrés”*, de suerte que se satisficieron las exigencias para adelantar el proceso y adjudicar la concesión correspondiente.

Con posterioridad, el Ministerio de Minas y Energía, el 10 de junio de 2009, expidió la Resolución n.º 180925 a través de la cual ordenó la *“apertura de la Invitación Pública n.º 01, para seleccionar el concesionario que prestará todas las actividades inherentes al servicio de energía eléctrica en el área de servicio exclusiva denominada “Área de Servicio Exclusivo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”*; y el 4 de noviembre de 2009, mediante la Resolución 181960, el Ministerio de Minas y Energía adjudicó a la Sociedad Productora de Energía de San Andrés y Providencia S.A. E.S.P.–Sopesa, el *“Contrato de Concesión con exclusividad para la prestación del servicio de energía eléctrica en el área geográfica de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”* o *“Contrato de Concesión n.º 67 de 2009”*, el cual fue suscrito el 27 de noviembre de 2009.

En cuanto hace referencia al servicio público de aseo y a las actividades complementarias, la Ley 689 de 2001 modificó la Ley 142 de 1994 en los siguientes términos:

"Artículo 1.- Modifícanse los numerales 15 y 24 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así: "Artículo 14. Definiciones. 14.24 Servicio público de aseo. Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

"Artículo 2.- Modifícase el numeral 20 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así: "14.20 Servicios Públicos. Son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley."

Tal y como se puede apreciar las actividades complementarias de aprovechamiento y disposición final de los residuos sólidos constituyen, individualmente consideradas, un servicio público. Es importante señalar que cada una de las actividades referidas es susceptible de contratación separada.

El "residuo sólido" está definido en la normatividad más reciente sobre el particular, Decreto 2981 de 2013, artículo 2, así:

"Es cualquier objeto, material, sustancia o elemento principalmente sólido resultante del consumo o uso de un bien en actividades domésticas, industriales, comerciales, institucionales o de servicios, que el generador presenta para su recolección por parte de la persona prestadora del servicio público de aseo. Igualmente, se considera como residuo sólido, aquel proveniente del barrido y limpieza de áreas y vías públicas, corte de césped y poda de árboles. Los residuos sólidos que no tienen características de peligrosidad se dividen en aprovechables y no aprovechables".

Por su parte, el "residuo sólido aprovechable" se califica en la norma, como "cualquier material, objeto, sustancia o elemento sólido que no tiene valor de uso para quien lo genere, pero que es susceptible de aprovechamiento para su reincorporación a un proceso productivo".

El Decreto 1505 de 2003² define el "aprovechamiento en el marco de la gestión integral de residuos sólidos" en su artículo 1, como:

"el proceso mediante el cual, a través de un manejo integral de los residuos sólidos, los materiales recuperados se reincorporan al ciclo económico y productivo en forma eficiente, por medio de la reutilización, el reciclaje, la

² Esta norma se encontraba vigente en el momento en el que se surtió el proceso mediante el cual se intentó entregar el aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final en los anexos "O" y "P" referidos. En la actualidad fue derogado por el Decreto 2981 de 2013.

incineración con fines de generación de energía, el compostaje o cualquier otra modalidad que conlleve beneficios sanitarios, ambientales, sociales y/o económicos.”

A su vez, el Decreto 2981 de 2013, dispone en el artículo 2 que el “aprovechamiento” corresponde a:

“la actividad complementaria del servicio público de aseo que comprende la recolección de residuos aprovechables separados en la fuente por los usuarios, el transporte selectivo hasta la estación de clasificación y aprovechamiento o hasta la planta de aprovechamiento, así como su clasificación y pesaje”.

Por su parte, la disposición final de los residuos sólidos es otra de las actividades complementarias del servicio público de aseo y, por tal razón, un servicio público en sí considerado, de acuerdo con las normas referidas.

La disposición final de los residuos, de acuerdo con las definiciones del artículo 1 del Decreto 838 de 2005, consiste en *“el proceso de aislar y confinar los residuos sólidos en especial los no aprovechables, en forma definitiva, en lugares especialmente seleccionados y diseñados para evitar la contaminación, y los daños o riesgos a la salud humana y al ambiente”.*

En ese orden de ideas, la disposición final de los residuos se realiza mediante la operación de un relleno sanitario, es decir, en los términos del artículo 1 del Decreto 838 de 2005:

“Relleno sanitario. Es el lugar técnicamente seleccionado, diseñado y operado para la disposición final controlada de residuos sólidos, sin causar peligro, daño o riesgo a la salud pública, minimizando y controlando los impactos ambientales y utilizando principios de ingeniería, para la confinación y aislamiento de los residuos sólidos en un área mínima, con compactación de residuos, cobertura diaria de los mismos, control de gases y lixiviados, y cobertura final”.

A continuación se analizarán los pasos que siguieron las autoridades nacionales y territoriales para la concesión del servicio de energía eléctrica y para la contratación de las actividades complementarias del servicio de aseo de aprovechamiento de residuos sólidos y disposición final a través de la operación de un relleno sanitario.

2. Actuación de las autoridades nacionales y territoriales en el caso concreto. Convenio Interadministrativo de Asociación n.º 261 de 2007 y Contrato de Concesión n.º 67 de 2009

La Sala estudiará en primer lugar, para efectos de establecer su contenido y consecuencias respecto de la consulta presentada, el Convenio Interadministrativo de Asociación n.º 261 de 2007 y el Contrato de Concesión n.º 67 de 2009.

a) Coligación negocial

Resulta conveniente advertir que en atención al fenómeno conocido bajo la denominación de coligación negocial, estos contratos o convenios se encuentran vinculados entre sí y con respecto a los documentos a través de los cuales se instrumentó la intención de entregar el servicio público de aprovechamiento de residuos sólidos y la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

Esta relación de interdependencia puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad del propósito perseguido, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica.

Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio. La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido de que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro; no obstante, existen supuestos de coligación en los cuales solo la suerte de un contrato depende de la del otro o solo algunos aspectos específicos de un contrato dependen de aquel, mientras que el otro contrato, total o parcialmente, permanece por fuera de tal dependencia³.

La Sala analizará el contenido de los diferentes documentos para establecer las obligaciones y derechos que se generan en virtud del convenio, contrato, compromiso unilateral y demás negocios relacionados, para lo cual tendrá en consideración las disposiciones legales y, especialmente, que la intención o voluntad de los contrayentes, a pesar de la coligación negocial, no puede ir más allá de lo dispuesto en las normas de naturaleza imperativa, tal y como lo prescribe el ordenamiento jurídico⁴.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2013, exp. n.º 24266; M. BIANCA, *Il Contrato*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 454–458.

⁴ Código Civil: “Artículo 16.- No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

b) Convenio interadministrativo

El Convenio Interadministrativo de Asociación n.º 261 de 2007 contiene una serie de compromisos entre las partes –Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina–CORALINA, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial–MAVDT (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio)– relacionados con el aprovechamiento de los residuos sólidos ordinarios como insumos para la generación de energía eléctrica en la Isla de San Andrés. Entre otras obligaciones⁵, correspondía al departamento:

“6. Entregar al concesionario que seleccione el Ministerio de Minas y Energía el predio para el funcionamiento de la planta de aprovechamiento de residuos sólidos, conforme con las condiciones que se acuerden con el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Ambiente.

7. En el marco de sus funciones y competencias, tramitar las autorizaciones para la celebración de los actos y contratos que garanticen el cumplimiento del objeto del presente convenio”.

De acuerdo con el principio de la relatividad del contrato, los acuerdos, contratos, convenciones, convenios, están llamados a tener efectos *inter partes*, por principio general⁶, sin que bajo hipótesis alguna puedan generar efectos *erga*

⁵ “1. Definir en el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos el sistema de aprovechamiento de residuos sólidos ordinarios y establecer, conforme al artículo 14 de la Resolución 1045 de 2003, que los prestadores del servicio público de recolección de residuos sólidos y los productores marginales deben llevar los residuos sólidos a la planta de aprovechamiento para la generación de energía eléctrica. 2. Garantizar que los residuos sólidos que se generen en la Isla de San Andrés se entreguen en la planta de aprovechamiento de residuos sólidos para la generación de energía eléctrica que opere el concesionario. 3. Garantizar durante la vida útil del proyecto la entrega de los residuos generados en la Isla de San Andrés a la planta de aprovechamiento, adoptando para el efecto las previsiones que sean necesarias en el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos. 4. Adoptar las medidas necesarias para que al concesionario que seleccione el Ministerio de Minas y Energía se le entreguen los residuos enterrados en Magic Garden, una vez entre en operación la planta de aprovechamiento de residuos sólidos. 5. Garantizar que el predio donde se ubicará la planta de aprovechamiento de residuos sólidos se encuentre dentro del POT con el uso apropiado... 8. Efectuar sus mejores esfuerzos para aportar recursos de inversión al Proyecto”.

⁶ Tradicionalmente se presentan como excepciones a este principio, la estipulación a favor de un tercero y la promesa del hecho de un tercero, comprendidos los siguientes artículos del Código Civil, respectivamente: “Artículo 1506.- Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él. Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”. “Artículo 1507.- Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”.

omnes, de manera que las obligaciones que este convenio crea a cargo del departamento solo resultan exigibles entre las partes que lo celebraron y nada puede demandar sobre el particular el concesionario, quien resulta ser solamente un tercero en relación con las obligaciones y derechos que de él emanan⁷.

En tal sentido, es necesario precisar de una vez que Sopesa no puede bajo supuesto alguno demandar la entrega del bien con fundamento en Convenio n.º 261 de 2007, puesto que no obra como parte en el mencionado convenio. Solo estarían facultados para ello, hipotéticamente, las entidades que lo celebraron.

c) Contrato de concesión

En los pliegos de condiciones de la Invitación Pública n.º 01 de 2009, que condujeron a la celebración del Contrato de Concesión n.º 67 de 2009 o "*Contrato de Concesión con Exclusividad para la prestación del servicio de energía eléctrica en el área geográfica de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*", se incorporaron el "*Anexo O*" y el "*Anexo P*", por medio de los cuales se intentó involucrar en este proceso licitatorio la entrega de las actividades complementarias al servicio de aseo consistentes en: (i) aprovechamiento de residuos sólidos y (ii) disposición final de residuos sólidos mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

A pesar de la relación evidente que se presenta en este caso específico entre el servicio público de energía eléctrica y las actividades complementarias del servicio de aseo antes referidas, el Contrato de Concesión n.º 67 de 2009 limita su contenido al primero y nada dispone en relación con el segundo, de acuerdo con lo expuesto en las cláusulas segunda y tercera, que fijan su objeto y alcance.

La Sala hará el estudio detallado de los anexos y del contrato con posterioridad.

3. Procedimiento utilizado por el Ministerio de Minas y Energía y por el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para instrumentar la entrega al concesionario del servicio de energía eléctrica, de la prestación del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos y de la prestación del servicio de disposición final mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

⁷ MARTA ELENA PAJARO, *La relatividad del contrato y los terceros*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 23 y 40: "...son partes [de un contrato] aquellas personas naturales o jurídicas que mediante su celebración acuerdan vincularse jurídicamente y que participan así en el nacimiento, en la modificación o en la terminación de las correspondientes relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial. ... Se tiene entonces que todo aquel que no interviene en la formación del contrato, que no dispone de sus propios intereses a través del mismo y que no goza de la calidad de causahabiente a título universal de quienes dispusieron de lo propio a través de la correspondiente declaración de voluntad, es tercero, así de manera excepcional, los efectos del acuerdo entre las partes se puedan extender sobre su esfera jurídica".

Los pliegos de condiciones de la Invitación Pública n.º 01 de 2009 para la adjudicación del servicio de energía eléctrica incorporaron bajo los títulos de “Anexo O” y “Anexo P” una serie de disposiciones que resultan de suma importancia para absolver la consulta que se ha planteado a la Sala, en tanto que fueron empleados por parte del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para la entrega de las actividades complementarias al servicio de aseo consistentes en: (i) aprovechamiento de residuos sólidos y (ii) disposición final de residuos sólidos mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

a) Aprovechamiento de residuos sólidos.

En relación con la actividad complementaria del servicio público de aprovechamiento de residuos sólidos, dentro de los anexos O y P mencionados se encuentran textos que deben ser consultados para definir cuál era la intención del departamento respecto de la entrega de estas actividades y en qué forma conceptuó que se debía instrumentar el negocio.

El “ANEXO ‘O’ COMPROMISO UNILATERAL DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE APROVECHAMIENTO DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LA ISLA DE SAN ANDRÉS”, es el documento a través del cual los proponentes dentro de la Invitación Pública n.º 01 de 2009 asumieron el compromiso unilateral e irrevocable de desarrollar la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos en la isla de San Andrés, en el supuesto caso de que les fuera adjudicada la concesión para la prestación con exclusividad de las actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica.

El documento contiene diferentes consideraciones en las cuales se hace constar que el contrato de concesión para la prestación del servicio de energía eléctrica impone al concesionario la obligación de introducir fuentes no convencionales de energía, dentro de las cuales se encuentra la generación de energía eléctrica a partir del aprovechamiento de los residuos sólidos que se producen en la isla de San Andrés, así como de los que se encuentran depositados actualmente en el sitio de disposición final denominado “*Magic Garden*”. Se define expresamente que en atención a las normas vigentes, leyes 142 de 1994, 632 de 2000 y 689 de 2001, “*el aprovechamiento de residuos sólidos constituye una actividad complementaria al servicio público domiciliario de aseo*”.

Con base en lo anterior, el proponente, en el caso concreto SOPESA S.A., asumió, entre otros, los siguientes compromisos: desarrollar la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos urbanos en la Isla de San Andrés, tal y como lo define el Decreto 1505 de 2003 con el cumplimiento pleno de las exigencias legales para el respecto; reconocer que las cargas derivadas de la prestación de esta actividad no eran impuestas por el contrato de concesión, sino por las normas

que rigen el servicio de aseo; prestar el servicio de aprovechamiento de residuos sólidos conforme a los principios de libertad de entrada y libertad de empresa a que alude el artículo 25 de la Ley 142 de 1994⁸.

Por su parte, el "ANEXO 'P' MARCO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE APROVECHAMIENTO DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LA ISLA DE SAN ANDRÉS" definía, bajo el título de "INTRODUCCIÓN", lo siguiente:

"El presente documento contiene el marco legal general que debe observar el Concesionario en cumplimiento de su obligación de generar energía con los residuos sólidos que le entreguen en la planta los operadores de recolección y el operador del sitios de disposición final relleno sanitario Magic Garden en la Isla de San Andrés (en adelante el Magic Garden)".

Posteriormente, con el nombre de "JUSTIFICACIÓN", indicaba que la Ley 142 de 1994 y el Decreto 1713 de 2002 fijaban la responsabilidad de asegurar la eficiente prestación del servicio público de aseo en los municipios y distritos y que el concesionario, en su condición de prestatario del servicio complementario de aprovechamiento de residuos sólidos, respondería ante las autoridades de los efectos ambientales y de salud por tal servicio.

Bajo la denominación de "ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO", se disponía que respecto del aprovechamiento de los residuos sólidos en la "Planta de Generación RS", el concesionario debía

⁸ El texto contenido en el Anexo O, bajo el título de "COMPROMISOS" es del siguiente tenor: "Primero: Con el objeto de cumplir con las obligaciones de generación a partir del aprovechamiento de residuos sólidos, nos comprometemos a desarrollar la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos urbanos en la Isla de San Andrés; Segundo: Reconocemos que el aprovechamiento de residuos sólidos es una actividad complementaria al servicio público domiciliario de aseo, y en tal razón nos comprometemos a tener la calidad de empresa de servicios públicos y a tener la capacidad legal para desarrollar esta actividad; Tercero: Entendemos que desarrollar la actividad complementaria de aprovechamiento implica la asunción de ciertas obligaciones, y en tal sentido reconocemos que si bien no son cargas impuestas en el contrato de concesión, acataremos las normas que rigen el servicio de aseo, tanto las contenidas en las leyes de servicios públicos, las proferidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así como las autoridades ambientales nacionales y locales, en especial, las que expida CORALINA; Cuarto: La prestación del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos se restringe a la definición prevista en el Decreto 1505 de 2003, y no implica el desarrollo de otras actividades complementarias del servicios de aseo; Quinto: La prestación del servicios de aprovechamiento de residuos sólidos la asumimos conforme a los principios de libertad de entrada y libertad de empresa a que alude el artículo 25 de la Ley 142 de 1994, y en consecuencia reconocemos que (i) el marco normativo de nuestra actividad es el proferido por las entidades y autoridades que ostentan competencia en la materia, y (ii) nuestras obligaciones las asumimos libremente y no emanan del contrato de concesión suscrito con el Ministerio de Minas y Energía. Sexto: El anterior compromiso está sujeto a la condición suspensiva consistente en que resultemos adjudicatarios de la invitación pública n.º 01 de 2009 abierta por Ministerio de Minas y Energía y ostentemos la calidad de concesionarios conforme a los términos de esa Invitación.

desempeñar actividades, asumir responsabilidades y obligaciones, dentro de las cuales se encontraban aquellas que concernían a “instalaciones”, “capacidad de la planta”, “servicio prestado”, “condiciones para el ingreso y recepción de los residuos”, “reconocimiento de servicios”, “ingresos por concepto del manejo de residuos”. En resumen, comprendía lo siguiente:

- recibir el área destinada a la construcción de la Planta de Generación RS, efectuar las obras necesarias para su correcta operación, así como también el cerramiento “de forma que garantice que no ingresen personas ajenas a la operación de la misma”;
- en el supuesto caso de que “el Concesionario sea el mismo operador del *Magic Garden* se entregará la totalidad del predio que se incluye en el plano, quien tendrá autonomía para efectuar la distribución de áreas dentro del mismo”.
- recibir y procesar los residuos sólidos que entregue la empresa del servicio público domiciliario encargada de la recolección de residuos sólidos, en la Planta de Generación RS;
- recibir y procesar los residuos extraídos provenientes del *Magic Garden*;
- entregar los rechazos (material no procesado) y los residuos sobrantes del proceso (cenizas o escorias) al operador del *Magic Garden*, de acuerdo a lo establecido con el operador en cuanto a sitio y tipo de residuos;
- responder por los impactos ambientales y sanitarios ocasionados por el inadecuado manejo de la Planta de Generación RS;
- mantener las instalaciones de la Planta de Generación RS en adecuadas condiciones operativas de forma que garantice una descarga ágil y segura de todos los vehículos –del prestador del servicio domiciliario y del operador del *Magic Garden*– que le entreguen residuos.

En relación con los ingresos se establece que el concesionario “cobrará a los usuarios que entreguen residuos sólidos ordinarios para procesar en la planta de aprovechamiento energético las tarifas autorizadas por la regulación vigente, en este caso la autorizada para el componente de aprovechamiento”⁹.

⁹ Se menciona expresamente el artículo 17 de la Resolución n.º 351 de 2005 de la Comisión de Regulación Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, el cual, a enero de 2009 tenía “un valor techo de \$14.557 COP/tonelada”.

b) Disposición final de residuos sólidos mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

En el anexo "P" se incorporó una carta en virtud de la cual el Gobernador del Departamento le pidió al Ministro de Minas y Energía hacer conocer a los interesados en la Invitación Pública n.º 01 de 2009 la "Opción para realizar la operación del *Magic Garden*", es decir, el relleno sanitario de la isla, con base en los artículos 5.1 y 178 de la Ley 142 de 1994 y 9 de la Ley 632 de 2000¹⁰.

Algunas de las consideraciones que aparecen en la Opción, se refieren a continuación:

- que en desarrollo de la Invitación Pública No. 01 de 2009 el Ministerio de Minas y Energía seleccionará un concesionario que asumirá por su cuenta y riesgo la prestación de las actividades de Generación, Distribución y Comercialización de energía eléctrica en las Islas Mayores de San Andrés, Providencia y Santa Catalina;
- que el concesionario deberá generar energía eléctrica a partir de los residuos sólidos urbanos producidos en la Isla de San Andrés y con los que están dispuestos en el *Magic Garden*, razón por la cual prestará la actividad de aprovechamiento de residuos sólidos, en los términos definidos en el artículo 1 del Decreto 1713 de 2002, en la forma en que fue modificado por el artículo 1 del Decreto 1505 de 2003¹¹;
- que es necesario contar con un operador del *Magic Garden*, que no sólo se encargue de la operación de ese relleno sanitario, sino también de extraer los residuos sólidos que ahí están dispuestos, transportarlos y entregarlos al concesionario de la planta de generación de residuos sólidos y recibir y disponer adecuadamente en el relleno todos los rechazos y los sobrantes del proceso de aprovechamiento térmico que ese concesionario le entregue;
- que el concesionario puede capturar economías de escala si decide asumir la operación del *Magic Garden*, además de prestar el servicio de aprovechamiento, razón por la cual se ofrece a cada uno de los interesados

¹⁰ El 21 de agosto de 2009, el Gobernador de San Andrés solicitó al Ministerio de Minas y Energía "hacer conocer de los interesados en la Licitación Pública 01 de 2009 la Opción anexa a la presente comunicación, con el objeto de que los proponentes puedan asumir la operación del Relleno Sanitario *Magic Garden* en la Isla de San Andrés"

¹¹ La norma fue derogada por el Decreto 2981 de 2013 "por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo".

en participar en la Invitación Pública No. 01 de 2009, la Opción de asumir su operación;

Dentro de los “*TÉRMINOS DE LA OPCIÓN*” cabe relevar los siguientes aspectos:

- La Opción consiste en la entrega por parte de la Gobernación al concesionario de los terrenos que conforman el *Magic Garden*, con el objeto de que el Operador los use para prestar el servicio de disposición final de residuos sólidos y se encargue de la operación del relleno sanitario;
- la operación del *Magic Garden* se extenderá por el plazo de duración del contrato de concesión que suscriba el concesionario con el Ministerio de Minas y Energía, esto es, veinte (20) años. En el evento en que el contrato de concesión termine en forma anticipada la operación del *Magic Garden* correrá la misma suerte, salvo acuerdo expreso entre la Gobernación y el Operador;
- las actividades, responsabilidades y obligaciones que asume el Operador, en las cuales se define la operación íntegra del relleno sanitario, “*en relación con las instalaciones*”; “*en relación con el servicio*”; “*en relación con el ingreso y recepción de los residuos*”; “*en relación con cada componente del servicio*”, es decir: “*extracción de residuos*”, “*disposición final de rechazos del proceso térmico y de escorias o cenizas*” y “*administración*”, corresponden a:
 - o recibir las instalaciones actuales del *Magic Garden*;
 - o extraer los residuos sólidos dispuestos en el *Magic Garden*, transportarlos y entregarlos a la Planta de Generación RS;
 - o recibir y disponer adecuadamente en el *Magic Garden*, todos los rechazos y los sobrantes del proceso de aprovechamiento térmico;
 - o recibir y aprovechar o disponer los escombros en el *Magic Garden*;
 - o tramitar y obtener las autorizaciones y permisos ambientales requeridos;
 - o asumir los impactos ambientales y sanitarios ocasionados por el inadecuado manejo del *Magic Garden*;
 - o devolver el predio al departamento a la terminación del contrato
- El Operador cobraría por el manejo del *Magic Garden*:
 - o A la Planta de Generación RS, por la extracción y transporte de los residuos actualmente dispuestos en *Magic Garden*, como máximo un valor de \$25000 por tonelada desenterrada y entregada en la Planta de Generación RS;

- A los usuarios del servicio público domiciliario de aseo, por la disposición final de los residuos provenientes del rechazo de la Planta de Generación RS, un valor en \$/tonelada dispuesta, regulado en el artículo 15 de la Resolución 351 de 2005 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico;
 - A la Planta de Generación RS, por la disposición final de los residuos del proceso térmico (escorias o cenizas), un valor en \$/tonelada dispuesta, regulado 46 en el artículo 15 de la Resolución 351 de 2005 de la CRA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.
- El Operador está sometido a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En cuanto concierne a la protección ambiental está sujeto a CORALINA y al Ministerio de Ambiente. La Gobernación efectuará el seguimiento de la ejecución de la operación del *Magic Garden*;
 - La aceptación de la Opción tendrá lugar mediante la manifestación en la casilla designada para el efecto en el "Anexo O" del Pliego de Condiciones, "*Compromiso Unilateral de Prestación del Servicio Público de Aprovechamiento de los Residuos Sólidos Urbanos en la Isla de San Andrés*";
 - La Opción "*se rige por lo establecido en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994, razón por la cual y por tratarse de una norma especial, esta selección y contratación se rige por las normas de derecho privado, conforme lo establecido en el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994*".

En el anexo "O", bajo el nombre de "OPCIÓN DE OPERACIÓN DEL MAGIC GARDEN", el proponente, es decir, SOPESA S.A. aceptó convertirse en operador del *Magic Garden* y prestar la actividad de disposición final de residuos conforme con los términos previstos en el documento contentivo de la Opción y el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos PGIRS¹².

c) Comentarios de la Sala. El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina pretendía entregar la prestación de las

¹² Sopesa suscribió, bajo el título de "*Opción de Operación del Magic Garden*", el siguiente texto: "*Respecto de la Opción presentada por el Señor Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, me permito manifestar que Si aceptamos convertirnos en Operadores del Magic Garden y prestar la actividad de disposición final de residuos conforme con los términos previstos en el documento contentivo de la Opción y el PGIRS*".

actividades de aprovechamiento de residuos sólidos y de disposición final.

Tal y como se puede observar en los textos analizados, el propósito que perseguía la entidad territorial era la entrega completa de las actividades complementarias al servicio público de aseo, consistentes en el aprovechamiento de los residuos sólidos y su disposición final mediante la operación del relleno sanitario del *Magic Garden*. En los documentos referidos se plasma la intención de la entidad de transferir en su totalidad estas actividades para que fueran asumidas por el concesionario por su propia cuenta y riesgo.

En efecto, en relación con el aprovechamiento de residuos sólidos, se establece a cargo del concesionario las obligaciones de recibir el terreno para la prestación del servicio y de efectuar su cerramiento para garantizar que no ingresen personas ajenas a la operación. Es decir, el modelo circunscribe el aprovechamiento de los residuos sólidos para la generación de energía eléctrica por parte del concesionario y, en ese orden de ideas, establece un cerco respecto del prestador del servicio, así como una finalidad específica de proveer insumos a la *"Planta de Generación RS"*.

Es tan claro que el concesionario de la prestación del servicio de energía eléctrica debía también prestar la actividad complementaria de aprovechamiento de residuos sólidos, que los interesados en ser adjudicatarios de la prestación del primero, estaban obligados a asumir el *"Compromiso unilateral de prestación del servicio público de aprovechamiento de residuos sólidos urbanos en la Isla de San Andrés"*.

En el supuesto caso de que no lo hicieran, su propuesta se declaraba no elegible puesto que, dentro de los pliegos, en el numeral 6.6, romano *viii*, se estableció que una de las causales para declarar *"No elegible una Propuesta"* se configuraba *"cuando el Proponente no adjunte el Compromiso Unilateral de Prestación del Servicio Público de Aprovechamiento de los Residuos Sólidos en la Isla de San Andrés."*

En relación con la actividad complementaria de disposición final de residuos sólidos, también se evidencia que la entidad territorial pretendía entregar el servicio en su totalidad, en tanto que contempló la transferencia de la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

De manera prolija en los anexos mencionados se define expresamente que: (i) el concesionario habría de recibir terrenos e instalaciones y que los usaría para la disposición final de los residuos y para la operación del relleno sanitario; (ii) el término para la operación era de veinte años; (iii) las actividades que correspondían en su integridad a la disposición final de residuos y operación del

relleno –instalaciones, servicios, residuos, etc.–, estaban detalladas y correspondían al concesionario; (iv) el concesionario era responsable respecto del manejo ambiental y de sus eventuales consecuencias negativas; (v) el concesionario estaba obligado a devolver el predio a la terminación del contrato; (vi) los cobros que realizaría el concesionario estarían dirigidos a la “Planta de Generación RS” y a los usuarios del servicio público domiciliario de aseo.

Habida cuenta de lo anterior, el contrato que se quiso implementar en el caso concreto para la prestación de las actividades complementarias del servicio de aseo, consistentes en aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final mediante la operación del relleno sanitario, se califica, en tanto que concurren sus elementos esenciales, dentro del tipo contractual denominado concesión, el cual, al tenor del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 comprende:

“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”.

En consideración a lo expuesto hasta el momento, la Sala procederá a estudiar el régimen jurídico que se debe adelantar para la entrega de las actividades referidas.

4. Régimen jurídico para la entrega de las actividades complementarias del servicio de aseo consistentes en el aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final mediante la operación de un relleno sanitario. Inexistencia de contrato.

Los documentos y manifestaciones que obran en los anexos “O” y “P” referidos, los cuales comprenden el caso concreto sometido a la Sala, indican que la entidad territorial ha debido surtir necesariamente un proceso de licitación pública para entregar las actividades complementarias del servicio de aseo, esto es el aprovechamiento de residuos sólidos y la operación del relleno sanitario o disposición final, en acatamiento de lo ordenado en el artículo 3 y parágrafo de la Ley 689 de 2001, modificatoria del artículo 31 de la Ley 142 de 1994:

“Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que éstas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos, 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”.

Conviene recordar que las actividades complementarias mencionadas, de acuerdo con la Ley 689 de 2001, corresponden a la definición de servicios públicos, y por tal razón encuadran en el supuesto de la norma como relaciones jurídicas que se contratan previa licitación pública, en atención a la Ley 80 de 1992.

En efecto, la Ley 689 de 2001, en su artículo 1 modificó los numerales 15 y 24 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 y definió *“Servicio público de aseo”* como *“el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos”*. En su artículo 2, modificadorio del numeral 20 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, concluyó que *“son servicios públicos, todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley”*.

La Ley 142 de 1994, prescribe que los municipios son las entidades competentes para *“asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente”*, entre otros, el servicio de aseo (artículo 5.1), el cual puede ser atendido directamente por la entidad territorial o por parte de un tercero con quien se celebre el contrato correspondiente.

En aquellos eventos en los que la entidad pretenda 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”*, el tipo contractual que se debe emplear la concesión, comprendida en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Con mayor claridad se debe concluir que el tipo contractual corresponderá a la concesión si el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, tomare la decisión, previo el proceso correspondiente, de establecer un área de servicio exclusivo para las actividades complementarias al servicio de aseo, puesto que, en atención a lo prescrito en los artículos 2 y 3 del Decreto 891 de 2002, su prestación dentro

de un área de servicio exclusivo se debe adjudicar previa licitación pública, mediante el contrato de concesión, así:

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

“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”.

Ahora bien, en todos aquellos casos en los cuales la entidad territorial no entrega o transfiere la prestación del servicio, puesto que no se desprende de su condición de prestador, sino que contrata con un tercero en los términos en los que las normas lo permiten, podrán emplearse otros tipos contractuales.

El artículo 39 de la Ley 142 de 1993, autoriza la celebración de contratos especiales *“para efectos de la gestión de los servicios públicos”* y relaciona en el numeral 3 algunos de ellos, a saber, *“los contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos...”*.

De tal forma, podrán celebrarse, entre otros, contratos de *“concesión”, “operación”, “tercerización”, “arrendamiento”* o *“administración de bienes destinados a la prestación del servicio”*, previa licitación pública en los términos del artículo 3 y parágrafo de la Ley 689 de 2001, modificatoria del artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

a) Improcedencia de la selección del contratista con base en el derecho privado

La Sala llama la atención acerca del numeral 3 y del parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, los cuales fueron invocados por parte de la entidad territorial en los documentos a través de los cuales se quiso instrumentar la entrega de las

actividades referidas al concesionario, para someter esa contratación a las normas del derecho privado.

La Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado ha concluido que no es jurídicamente viable la entrega de un servicio público sin que se surta el procedimiento de licitación, porque cuando una entidad territorial celebra un contrato de los que trata el artículo 39.3, el régimen jurídico aplicable será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así:

“... en principio el régimen de contratación aplicable a las modalidades negociales a que hace referencia el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 es de derecho privado. Con todo, lo anterior no significa que el régimen aplicable a los citados contratos especiales para la gestión de los servicios públicos domiciliarios previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142 se rijan exclusivamente por el principio de la autonomía negocial dominante en el derecho privado.

Dentro de las normas exceptivas a la regla remisoria al derecho privado en materia de contratación en servicios públicos domiciliarios, el citado párrafo del artículo 31 de la ley 142 (modificado por el artículo 3º de la ley 689) prescribe que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos para que estas asuman la prestación o para que éstas sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación (incluidos los previstos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la ley 142), se regirán para todos los efectos por el Estatuto General de la Contratación Pública y la selección siempre debe realizarse mediante licitación pública (art. 1.3.2.2 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificado por el artículo 1º de la Resolución CRA 242 de 2003).

Conclusión que viene de armonizar el párrafo del artículo 31 con lo dispuesto por el numeral 39.3 del artículo 39 ambos de la ley 142, el último de los cuales prevé dentro de los contratos especiales, aquellos “para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos”¹³.

Si bien es cierto que los documentos que obran en los anexos “O” y “P” de los pliegos de condiciones de la Invitación Pública n.º 01 de 2009 constituyen el soporte material de las manifestaciones de la entidad territorial y de Sopesa¹⁴ en

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 2008, exp. n.º 19001-23-31-000-2005-00005-01(AP), C.P. Ruth Stella Correa.

¹⁴ Código de Comercio: “Artículo 845. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”. “Artículo 860. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de

torno a la prestación del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos y a la operación del relleno sanitario *Magic Garden*, también es cierto que no constituyen contrato alguno, puesto que solo se configuraría si se hubieren satisfecho las exigencias legales constitutivas para un negocio de esta naturaleza es decir, las propias de un contrato estatal escrito, previo proceso de licitación pública.

b) Ausencia de una licitación pública para la contratación de las actividades complementarias de aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos

En efecto, la Sala observa, de acuerdo con lo que se ha analizado en el expediente, que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina no llevó a cabo una licitación pública para la contratación de la prestación del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos, ni tampoco lo hizo para la contratación del servicio de disposición final de residuos sólidos.

El Ministerio de Minas y Energía, expidió la Resolución n.º 180925 del 10 de junio de 2009 para la *“apertura de la Invitación Pública n.º 01, para seleccionar el concesionario que prestará todas las actividades inherentes al servicio de energía eléctrica en el área de servicio exclusiva denominada “Área de Servicio Exclusivo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”*. En modo alguno se hace referencia al servicio de aprovechamiento de residuos sólidos ni a la disposición final mediante la operación del relleno sanitario

El pliego de condiciones de junio de 2009 dispuso claramente desde la página inicial que: (i) se trataba de la selección de un concesionario para *“la prestación del servicio público de energía eléctrica con exclusividad para el área denominada San Andrés, Providencia y Santa Catalina”*; (ii) en los pliegos se determinaba que las *“actividades concesionadas son las de generación, distribución y comercialización las cuales forman parte del servicio público de energía eléctrica, conforme con el alcance establecido en el presente Pliego de Condiciones”*; (iii) el *“objeto de la invitación”* era seleccionar un *“concesionario para ejecutar el contrato, con fundamento en el cual desarrollará por su cuenta y riesgo las actividades concesionadas”* (iv) la entidad que convocaba era el Ministerio de Minas y Energía.

Las cláusulas del Contrato de Concesión n.º 67 de 2009 limitan su contenido al servicio público de energía eléctrica y nada disponen en relación con el aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos, de acuerdo con lo

un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.

expuesto en las cláusulas segunda y tercera, que fijan el objeto y alcance del contrato:

“Cláusula 2.- Objeto. El Contrato tiene por objeto otorgar al Concesionario, por su cuenta y riesgo, la prestación con Exclusividad de las Actividades Concesionadas en el Área conforme con el alcance establecido en la cláusula 3 y a cambio de la remuneración prevista en el presente contrato”. “Actividades Concesionadas se entenderá como las actividades de generación, distribución y comercialización, a cargo del Concesionario y que forman parte del servicio público de energía eléctrica, conforme con el alcance establecido en este contrato.

“Cláusula 3.- Alcance de la concesión. La concesión que se otorga por este Contrato tiene el siguiente alcance: a) La prestación, operación, explotación, organización y gestión total del servicio público de energía eléctrica relacionado con cada Actividad Concesionada; b) la construcción de la nueva infraestructura; c) La explotación, rehabilitación, conservación y mantenimiento de la Infraestructura y la Nueva Infraestructura, y d) la ejecución de aquellas actividades necesarias para (i) la adecuada prestación del servicio público de energía eléctrica relacionado con cada Actividad Concesionada y (ii) el funcionamiento de la Infraestructura y la Nueva Infraestructura”.

De esta forma, ninguna referencia hace el contrato de concesión al predio donde se edificará la planta, ni al predio en el que está ubicado el relleno sanitario *Magic Garden*, puesto que restringe sus cláusulas a definir los residuos sólidos en función de su naturaleza de fuente generadora de energía, sin énfasis alguno en la labor que se debe adelantar para su aprovechamiento, ni en el servicio público que la actividad representa¹⁵. Tampoco el texto del contrato de concesión se refiere a la entrega del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos cuando define la infraestructura¹⁶ y la planta de generación¹⁷.

En tal sentido, no hay identidad alguna entre el objeto de la licitación y la entidad convocante, puesto que la invitación pública n.º 01 de 2009 involucraba solo el servicio de energía eléctrica y a la entidad pública Ministerio de Minas y Energía y no al servicio de aprovechamiento de residuos sólidos ni a la entidad territorial, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Tanto como lo anterior, el contrato de concesión fue suscrito exclusivamente para el

¹⁵ “Residuos sólidos o RS se entenderá en su conjunto como los residuos sólidos tal y como se encuentran definidos en el Decreto 1713 de 2002 o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan que (i) se generen en la Isla de San Andrés y (ii) estén dispuestos en el relleno sanitario denominado “*Magic Garden*” en la Isla de San Andrés”

¹⁶ “Infraestructura se entenderá en su conjunto como (i) la infraestructura de generación y (ii) la infraestructura de distribución y comercialización, que entregará el concedente al concesionario en el mes de mayo de 2010”; “Nueva infraestructura: se entenderá en su conjunto, como los activos que deberá adquirir o construir el concesionario para cumplir con los niveles de prestación del servicio”.

¹⁷ “Planta de generación RS o Planta RS se entenderá como la central térmica para el aprovechamiento energético a partir de los Residuos Sólidos, que tendrá una capacidad nominal mínima de 1.0 MW.”

servicio de energía eléctrica y por parte de la entidad convocante como contratante.

Los procesos licitatorios requieren, de conformidad con las normas legales, claridad absoluta desde el inicio de la actuación, durante el proceso de selección y especialmente en la adjudicación y contenido del contrato, respecto de la identidad de las partes y el objeto contratado.

Finalmente, la Sala observa que el Ministerio de Minas y Energía no tendría competencia para adelantar el proceso de contratación de la prestación de las actividades complementarias del servicio de aseo consistentes en el aprovechamiento de residuos sólidos y en su disposición final mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden*, puesto que la entidad competente es el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

c) Inexistencia del contrato para el aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final en el relleno sanitario *Magic Garden*.

De acuerdo con lo expuesto, a pesar de que hubo manifestaciones del departamento y de Sopesa respecto del aprovechamiento de residuos sólidos y de la disposición final mediante la operación del relleno sanitario, la forma mediante la cual se instrumentaron tales manifestaciones, sin un documento escrito que satisficiera las exigencias de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993¹⁸, aplicables para todos los efectos al caso en cuestión, en el cual constaren objeto y contraprestación del contrato, así como también la falta de un procedimiento de licitación pública que se ajustara a los requisitos del artículo 3 y parágrafo de la Ley 689 de 2001, conducen a que el contrato no ha tenido existencia jurídica.

En la doctrina contractual colombiana, se ha dicho tradicionalmente que *“el acto es inexistente cuando en su parte interna o externa le faltan de manifiesto elementos esenciales para que tenga vida legal.”*¹⁹. En otros términos, *“...sin la voluntad o consentimiento, o sin la declaración de este por el cauce autorizado o prescrito por la ley para que pueda ser tenida en cuenta... no hay ningún acto jurídico; la esencia de este no se realiza; el derecho le niega el ingreso a esta categoría ontológico-jurídica.”*²⁰

¹⁸ “Artículo 39.- Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad... “Artículo 41.- Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

¹⁹ F. VÉLEZ, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo VI, (2ª Ed.), Imprenta París – América, p. 374

²⁰ G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen General de las Obligaciones*, cit. p. 444–446.

En el Código Civil, sin que resulte pacífico el asunto, se ha afirmado que la figura de la inexistencia quedó consagrada en su artículo 1501 del Código Civil, el cual, luego de indicar que en los contratos se distinguen cosas esenciales, naturales y accidentales, prescribió que *“son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente...”* Es decir, cuando quiera que no estén presentes los elementos esenciales, el contrato no existe.

En el derecho mercantil nacional la inexistencia ha sido establecida como uno de los supuestos de ineficacia del contrato, en tanto que el Código de Comercio la consagró expresamente al decir: *“Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato...”* (artículo 898, inciso segundo)²¹.

En cuanto hace referencia a la contratación estatal, de acuerdo con pronunciamientos de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es aceptada²².

En efecto, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 determinó los requisitos indispensables para el perfeccionamiento de los contratos estatales y, en consecuencia, le dio cabida a la figura de la inexistencia, puesto que a partir de dicha disposición resulta evidente que no podrán tenerse por existentes, es decir que se reputarán como inexistentes en el mundo jurídico, los pretendidos contratos estatales que no alcancen a perfeccionarse.

En el mismo sentido, ante la ausencia de una regulación expresa y completa acerca de la figura de la inexistencia de los actos o contratos en el régimen contractual de las entidades del Estado, necesariamente habrá lugar a la aplicación de los dictados del inciso 2º del artículo 898 del Código de Comercio, por cuanto los mismos fueron incorporados a la Ley 80 por orden expresa del artículo 13.

Finalmente, el artículo 87 del Decreto-Ley 01 de 1984, así como el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, han dispuesto con claridad que la acción de controversias

²¹ J. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles, Tomo I*, (7ª Edición) Dike, Medellín, 1995, p. 164 en relación con el artículo, el autor c *“Se inclinó el legislador mercantil por incluir la inexistencia como sanción al negocio jurídico, señalando como eventos de la misma los que venía señalando la doctrina partidaria de la identificación de esta categoría: falta de solemnidades exigidas por la ley para su formación (solemnidades legales) y falta de algunos de los elementos esenciales (artículo 1502 del código civil²¹). Ante esta decisión legislativa, quedan por fuera en materia mercantil, las discusiones sobre la procedencia de la figura, la cual adquiere en el derecho mercantil perfil propio, con unas circunstancias propias para su identificación.”*

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, exp. N°16.106.; sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. n.º 15.596.

contractuales tiene entre sus fines el de conseguir que el juez competente resuelva los litigios que pudieren surgir acerca de la existencia o inexistencia de los respectivos contratos, aspecto a propósito del cual tales normas señalan que mediante el ejercicio de dicha acción cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia.

El Consejo de Estado ha dicho respecto de la figura de la inexistencia, que *“el contrato que le falta un elemento o requisito esencial se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y, por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 897 y 898 del Código de Comercio”*²³

De acuerdo con la exposición anterior, la Sala concluye que no existe contrato entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Sopesa en torno a la prestación del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos, ni tampoco lo hay en relación con la disposición final de residuos sólidos mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

5. Autorizaciones de la asamblea al gobernador y del concejo al alcalde en materia de contratos. La autorización en el caso concreto no habilita al gobernador para entregar el servicio de aprovechamiento de residuos sólidos ni el servicio de disposición final mediante la operación del relleno sanitario.

Sin perjuicio de lo que se ha concluido hasta el momento acerca de la inexistencia del contrato para el aprovechamiento de residuos sólidos y para la operación del relleno sanitario en consideración a la forma como la entidad territorial lo instrumentó en el caso concreto, concierne ahora, habida cuenta de las preguntas formuladas en la consulta, analizar la autorización dada por parte de la Asamblea Departamental al Gobernador.

a) Régimen constitucional y legal de la entidad territorial.

La Constitución Política de Colombia dispone que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina está sometido a las normas constitucionales y legales que regulan a los demás departamentos, así como también a las que de manera especial se sancionen para *“limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las*

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. n.º 15.052.

comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago” (artículo 310).

En tal sentido, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en relación con el uso del suelo, la enajenación de bienes inmuebles, la preservación del ambiente y los recursos naturales cuenta con un régimen especial, puesto que la Constitución autorizó al legislador para dar *“un tratamiento distinto a realidades que, consideradas desde la perspectiva geográfica, social, étnica, cultural, económica, ecológica y ambiental son distintas.”*²⁴

Así, la Ley 47 de 1993 *“por la cual se dictan normas especiales para la organización del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”*, dispone un tratamiento único en relación con la administración de la isla de San Andrés, en virtud del cual, entre otras cosas, el Gobernador y la Asamblea Departamental, además de las funciones propias ejercerán *“las de los municipios, mientras éstos no sean creados en la Isla de San Andrés, en desarrollo del principio constitucional de la subsidiariedad”* (artículo 8).

Por esta razón se predicen del Gobernador y de la Asamblea del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina idénticas funciones y responsabilidades que las asignadas a los alcaldes y concejos distritales y municipales en el país en sentido general según la Constitución Política y la ley, sin que en momento alguno pierdan su investidura de autoridades departamentales ni la sujeción a las normas constitucionales y legales que prescriben sobre ese régimen.

Esto implica, para efectos de la prestación de los servicios públicos, de acuerdo con lo prescrito por la Ley 142 de 1994, que la entidad territorial que ordinariamente está llamada a responder por ellos, es decir, el municipio (artículo 5.1), en el caso concreto de la Isla de San Andrés, es el departamento la entidad territorial que asume esta responsabilidad.

Habida consideración de que las funciones propias de los concejos municipales y de los alcaldes las desempeñan en la Isla de San Andrés la asamblea departamental y el gobernador (artículo 8 de la Ley 47 de 1993), es indispensable estudiar el régimen de autorizaciones a los cuales se encuentran obligadas las entidades territoriales de los dos órdenes.

Así, en todo lo que concierne a las actividades relacionadas con el caso concreto, es decir, contratación estatal y disposición de bienes estatales, la Sala considera que las autoridades de la Isla de San Andrés están sujetas al régimen departamental y al municipal, con base en dos argumentos principales: (i) la

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-454/99, M.P. Fabio Morón Díaz.

norma referida dispone de manera clara que la asamblea y el gobernador tendrán las funciones del municipio y no especifica de forma alguna cuál será el régimen de autorizaciones aplicable, de suerte que deberá entenderse que uno y otro son de obligatoria observancia; (iii) el régimen de autorizaciones del orden municipal contiene normas de más reciente creación que las del departamental, las cuales sujetan las actividades del alcalde a un acompañamiento y a un control más próximos y eficientes por parte del concejo, cuestión que necesariamente ha de ser replicado en la Isla de San Andrés, puesto que someten al gobernador y a la asamblea, en su condición especial y excepcional de autoridades municipales, a tales prescripciones en procura de una mejor gestión de los bienes y recursos públicos.

b) Autorizaciones de la asamblea al gobernador

En relación con los temas que dan lugar a la consulta, la Constitución Política de Colombia precisa que corresponde a las asambleas departamentales autorizar al gobernador del departamento para *“celebrar contratos”* y *“enajenar bienes”* (artículo 300, numeral 9). En el mismo sentido, son atribuciones del gobernador *“dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio”* (artículo 304, numeral 2).

Desde el punto de vista legal, el Decreto 1222 de 1986 *“por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”*, mediante un artículo que no fue modificado por la Ley 617 de 2000²⁵ ni por las demás normas expedidas en vigencia de la Constitución Política de 1991, estableció que las asambleas departamentales debían autorizar al gobernador para *“celebrar contratos”* y *“enajenar bienes departamentales”* (artículo 60, numeral 10).

En el campo específico de la Ley 80 de 1993, se indica que las corporaciones de elección popular no intervendrán en los procesos de contratación (artículo 25, numeral 11), de conformidad con lo cual, más allá de las autorizaciones referidas, los concejos municipales y distritales y las asambleas departamentales no tendrían participación alguna en esta actividad, que corresponde a los alcaldes y gobernadores. En tal sentido, *“tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva, a nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales”* (artículo 11, numeral 3, literal b).

c) Autorizaciones de los concejos a los alcaldes

²⁵ *“Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”*

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, el alcalde y el concejo tienen funciones que resultan complementarias en materia de contratación estatal. Los alcaldes dirigen la acción administrativa del municipio y lo representan (artículo 315, numeral 3), al tiempo que los concejos imparten las autorizaciones al alcalde para celebrar contratos (artículo 313, numeral 3).

En relación con las atribuciones que detenta una y otra autoridad sobre el particular, se ha observado desde la expedición de la Ley 136 de 1994 que corresponde a los concejos municipales *“Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo”* (artículo 32, numeral 3).

Esta norma fue modificada por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, en el cual se mantuvo idéntica redacción y se añadió un párrafo en el cual se especificó, con invocación expresa al numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política, que *“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 compraventa de bienes inmuebles. 4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes. 5. Concesiones. 6. Las demás que determine la ley”*.

Al respecto, surgió la necesidad de esclarecer si la enumeración de los contratos contenida en el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, en tanto que comprendía una especificación del legislador de los tipos contractuales correspondientes, había limitado a los concejos su atribución legal de indicar cuáles eran los contratos para cuya celebración debía impartir una autorización al alcalde.

La Sala conceptuó recientemente que la norma no restringía a esos tipos contractuales la atribución de los concejos para someter a su autorización la celebración de contratos por parte de la entidad territorial, puesto que los concejos podían, a través de acuerdo, añadir otros contratos a los referidos en la norma. Afirmó que, en todo caso, la intervención del órgano colegiado para definir en cuáles contratos el alcalde estaba sometido a obtener la autorización del concejo constituye una excepción, puesto que por regla general la iniciativa en la celebración de los contratos compete al alcalde:

“(i) De conformidad con el Estatuto de Contratación y las normas orgánicas de presupuesto, los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos, representar legalmente al municipio y dirigir la actividad contractual de los mismos sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal, salvo para los casos excepcionales en que este último o la ley lo hayan señalado expresamente.

(ii) Ni el artículo 313-3 de la Constitución Política, ni el artículo 32-3 de la Ley 136 de 1994 (que la Ley 1551 de 2012 conservó integralmente), facultan a los concejos municipales para someter a su autorización todos los contratos que celebre el alcalde.

(iii) Para establecer el listado de contratos que requieren su autorización, los concejos municipales deben actuar con razonabilidad, proporcionalidad y transparencia, de modo que solo estén sometidos a ese trámite aquellos tipos contractuales que excepcionalmente lo ameriten por su importancia, cuantía o impacto en el desarrollo local.

(iv) El acuerdo por medio del cual los concejos municipales establecen la lista de contratos que requieren su autorización tiene vigencia indefinida, salvo que el propio acuerdo señale lo contrario. En consecuencia, no es necesario que todos los años o al inicio de cada periodo de sesiones se vuelva a expedir un nuevo acuerdo sobre la materia. Ello claro está, sin perjuicio de la facultad natural de los concejos de modificar o adicionar sus acuerdos anteriores en cualquier momento.

(v) La potestad que la Constitución Política y la ley le confieren a los concejos municipales es de naturaleza administrativa y, por tanto, no les permite "legislar" o expedir normas en materia contractual. La expresión "reglamentar la autorización al alcalde para contratar" del artículo 32-3 de la ley 136 de 1994 no abre la posibilidad de modificar o adicionar el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993); tal expresión solo se refiere a la posibilidad de establecer el trámite interno - dentro del concejo- de la autorización solicitada por el alcalde en los casos en que ella sea necesaria (cómo se reparte internamente el estudio de la solicitud, su divulgación entre los concejales, la citación a sesiones para su discusión, la forma en que se desarrolla la deliberación y se adopta la decisión final, etc.)"²⁶

En ese orden de ideas, habrá de analizarse la autorización concedida por parte de la asamblea al gobernador en el asunto sometido a consideración de la Sala.

d) Análisis de la autorización concedida en el caso concreto

En los documentos suministrados a la Sala y de acuerdo con lo expuesto en los antecedentes, la Asamblea Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina expidió la Ordenanza n.º 001 de 2007, por medio de la cual facultó al Gobernador para la suscripción de contratos y convenios "con el fin de ejecutar el presupuesto de la vigencia de 2007, para el normal desarrollo de su gestión administrativa de conformidad con los artículos 300 numeral 9 y 313 numeral 3 de la Constitución Política y artículo 25 numeral 11 de la Ley 80 de 1993".

²⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2215 del 9 de octubre de 2014

En tal sentido, el Gobernador del departamento se encontraba autorizado de conformidad con las prescripciones constitucionales y legales para la celebración del Convenio Interadministrativo de Asociación n° 261 de 2007, cuya suscripción tuvo lugar el 10 de diciembre de 2007 entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina–CORALINA, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial–MAVDT (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y el Ministerio de Minas y Energía.

Ahora bien, la autorización concedida mediante la Ordenanza n.º 001 de 2007 no comprende de forma alguna el otorgamiento de facultades para que el Gobernador entregara a SOPESA S.A. la prestación del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos, ni la prestación del servicio de operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

Si bien es cierto que la presentación de la Opción para que el concesionario del servicio de energía eléctrica operara el relleno sanitario obedeció a compromisos adquiridos por parte de la entidad territorial respecto de las demás entidades que suscribieron el Convenio en el año 2007, también lo es que la Opción fue una manifestación (fallida de acuerdo con lo explicado con anterioridad) tendiente a establecer un vínculo contractual en el año 2009, con un tercero ajeno a las entidades que hicieron parte del Convenio y, por ende, constituye una relación jurídica diferente.

Con base en el elemento temporal, la Sala considera que la ordenanza referida no autorizaba al gobernador para la finalidad invocada, porque se otorgó para celebración de los contratos y convenios con el fin de ejecutar el presupuesto de la vigencia de 2007, y la Opción fue formulada en el año 2009, por parte del Gobernador, dentro de los anexos “O” y “P” de la Invitación Pública n.º 01 de 2009.

Tal y como se ha analizado con detenimiento, los anexos “O” y “P” dan cuenta de que el intento de la entidad territorial de celebrar un contrato para la entrega de las actividades complementarias de aprovechamiento de residuos sólidos y disposición final de residuos sólidos, se califica como contrato de concesión, de acuerdo con los elementos esenciales del tipo y en los términos del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En el supuesto caso en el cual la entidad territorial empleara un esquema de negocio para transferir las actividades complementarias de aprovechamiento de residuos sólidos y disposición final de residuos sólidos a un tercero y que en virtud de esta transferencia dejara de tener la condición de prestador del servicio, la Sala observa que en atención al numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se

estaría constituyendo una concesión, la cual debería adjudicarse previo proceso de licitación pública de conformidad con las normas analizadas.

Al respecto, se advierte que en la actualidad es inequívoco que la concesión de la prestación de las actividades complementarias de aprovechamiento de residuos sólidos y disposición final en un relleno sanitario, requiere de la autorización del cuerpo colegiado, en el caso de la Isla de San Andrés, la de la Asamblea Departamental, puesto que expresamente el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, prescribió que el concejo municipal o distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los casos de concesiones.

En ese orden de ideas, la Sala reitera su conclusión de que la Ordenanza n.º 001 de 2007 no autoriza al Gobernador para la entrega a SOPESA S.A., del servicio de aprovechamiento de residuos sólidos ni para la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

III. LA SALA RESPONDE

1. *¿Las facultades que autorizaron al Gobernador habilitaban la entrega de la operación del componente de disposición final, considerando que los residuos depositados en el relleno sanitario son insumo para un proceso de generación de energía?*

No. La autorización concedida por parte de la Asamblea Departamental al Gobernador mediante la Ordenanza n.º 001 de 2007 no lo habilitó para la entrega a Sopesa S.A. de la prestación de las actividades complementarias del servicio de aseo, consistentes en el aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final mediante la operación del relleno sanitario *Magic Garden*.

En primer lugar, la entidad territorial no suscribió un contrato estatal que cumpliera los requisitos y formalidades comprendidas en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, así como tampoco surtió un proceso de licitación pública para la contratación del servicio, como lo ordenan el artículo 3 y parágrafo de la Ley 689 de 2001.

En segundo lugar, las facultades referidas en la consulta fueron concedidas a través de la Ordenanza n.º 001 de 2007, la cual habilitó al Gobernador para la suscripción *“de contratos y convenios con el fin de ejecutar el presupuesto de la vigencia de 2007”*, pero no lo habilitó para la presentación de la Opción de operación del relleno sanitario *Magic Garden* en el año 2009. Este documento se incorporó en los anexos *“O”* y *“P”* de la Invitación Pública n.º 1 de 2009, por medio de la cual se adelantó el proceso para la concesión del servicio público de energía eléctrica.

2. *En caso positivo, ¿cuál es el soporte jurídico que permitiría la suscripción por parte de la actual administración para el cumplimiento de lo previsto en los Anexos O y P documentos del pliego de condiciones de la Convocatoria Pública para la operación de la Planta RSU o la definición de un anexo adicional que delimite la infraestructura asociada a la actividad de disposición final del residuo sólido como insumo para la operación de la planta de energía?*

La respuesta a la pregunta anterior fue negativa, de manera que la Sala se abstiene de pronunciarse sobre el particular.

3. *En caso negativo, ¿la ausencia de facultades expresas del Gobernador para suscribir los Anexos O y P documentos del pliego de condiciones de la Convocatoria Pública adelantada por el Ministerio de Minas y Energía podría subsanarse efectuando una convalidación de lo actuado o exigirían un proceso licitatorio nuevo?*

Teniendo en consideración las particularidades del caso concreto no es posible subsanar o convalidar lo actuado. Si la entidad territorial pretende entregar o transferir la prestación del servicio, para que el tercero lo asuma por su cuenta y riesgo se exige que adelante un proceso licitatorio.

Las manifestaciones comprendidas en los anexos "O" y "P" dan cuenta de la intención del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de transferir o entregar las actividades complementarias del servicio de aseo, consistentes en aprovechamiento de residuos sólidos y disposición final a través de la operación del relleno sanitario, para lo cual se exigía legalmente un contrato escrito y un procedimiento licitatorio previo.

En tal sentido, no es viable jurídicamente llevar a cabo lo manifestado en los anexos "O" y "P", como tampoco lo es definir aspectos relacionados con estas actividades complementarias en un anexo adicional al Contrato de Concesión n.º 067 de 2009, puesto que el objeto de la concesión adjudicada comprende exclusivamente el servicio público de energía eléctrica y no contiene los servicios de aprovechamiento de residuos sólidos ni de disposición final.

4. *Al respecto, ¿es viable actualmente que la administración de la Isla, previas facultades de la Asamblea Departamental pueda habilitar la materialización de la operación del Relleno Sanitario y sus actividades complementarias contenidas en los Anexos O y P?*

No es viable jurídicamente materializar lo dispuesto en los anexos "O" y "P", puesto que tales documentos, como se ha explicado no tienen efecto jurídico alguno.

Ahora bien, si se quiere transferir o entregar la prestación de las actividades complementarias a la prestación del servicio de aseo, consistentes en el aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final en el relleno sanitario *Magic Garden*, ha de considerarse que el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 ordena que el cuerpo colegiado debe impartir su autorización para la contratación de concesiones.

En este caso específico, si se pretende transferir o entregar las actividades complementarias, la Asamblea Departamental debe autorizar al Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que proceda con la concesión.

5. *En caso positivo, ¿cuál sería el mecanismo idóneo para que, actuando dentro de la concesión de la ASE, se pueda habilitar a la Gobernación para honrar las obligaciones del convenio 261 de 2007 así como el contrato 067 de 2009? ¿Y de qué forma se podría materializar la voluntad del Departamento y qué requisitos debería cumplir?*

La respuesta a la pregunta anterior fue negativa, de manera que la Sala se abstiene de sugerir mecanismos idóneos para la finalidad indagada.

No obstante, respecto de la supuesta obligación de la entidad territorial de honrar los compromisos adquiridos en el Contrato de Concesión 067 de 2009, la Sala considera indispensable observar que ninguna obligación que tuviera o tenga como fuente el mencionado texto contractual se generó a cargo de la entidad territorial.

En ese orden de ideas, no es posible concluir jurídicamente que el Contrato de Concesión 067 de 2009 obliga al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a entregar o transferir los servicios de aprovechamiento de residuos sólidos y de disposición final a Sopesa S.A.

Los documentos que comprenden las manifestaciones de la entidad territorial y de Sopesa S.A. respecto de la entrega o transferencia de la prestación de las actividades complementarias del servicio de aseo, consistentes en el aprovechamiento de residuos sólidos y su disposición final, no configuran un contrato estatal, puesto que omitieron los requisitos o formalidades que las leyes exigen para su existencia, como es la celebración de un contrato escrito en el que conste el objeto y la contraprestación y la realización de un proceso de licitación

pública por parte de la entidad territorial para que la empresa de servicios públicos asuma la prestación correspondiente.

6. *¿Se puede materializar un presunto incumplimiento del contrato de concesión establecido entre MINMINAS y el operador SOPESA S.A., E.S.P., que incluía la operación del relleno y las actividades complementarias para la entrega de los insumos necesarios para la operación de la Planta de Generación de Energía? ¿Cuál sería el efecto de no entregar?*

En ninguna cláusula del Contrato de Concesión 067 de 2009 se observa que el Ministerio de Minas y Energía haya asumido obligaciones respecto de la operación del relleno sanitario ni las actividades complementarias a favor de Sopesa S.A.



ALVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

7 FEB. 2015

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 2015EE0012612 DEL 17 DE FEBRERO DE 2015 - MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO