



895

86

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C, veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012)

Referencia:	Expediente No. 17204
Actor:	Personería de Santafé de Bogotá D.C.
Demandado:	Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá –FONDATT- y/o.
Naturaleza:	Acción de controversias contractuales

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de mayo de 1999, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El 16 de diciembre de 1994, el Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá – FONDATT- (hoy Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT en liquidación), suscribió con la unión temporal denominada Sociedad Temporal de Parqueaderos el contrato de concesión n.º 176, cuyo objeto fue la implementación del sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado “zonas azules”, con referencia a la zona de Chapinero de esta ciudad, el cual fue celebrado con fundamento en la normatividad legal y distrital que autorizó y reglamentó este sistema.



ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

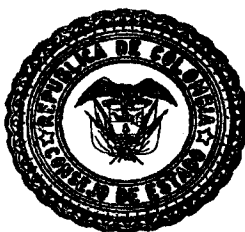
1. El 11 de diciembre de 1996, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, el Personero de Santafé de Bogotá Distrito Capital –hoy Bogotá, D.C.–, presentó demanda en contra del Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá – FONDATT- (hoy Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT en liquidación¹) y a las sociedades Parquaderos Daytona Ltda., Aparcar Ltda. y Parquaderos Tequendama Ltda., miembros de la unión temporal denominada Sociedad Temporal de Parquaderos, también demandada, cuyas pretensiones fueron:

A. Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA del CONTRATO DE CONCESIÓN No. 176 de 1994 celebrado el día 16 de Diciembre de 1994 entre el FONDO DE EDUCACIÓN Y SEGURIDAD VIAL DE LA SECRETARÍA DE TRÁNSITO Y TRANSPORTES DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C., y la UNIÓN TEMPORAL 'SOCIEDAD TEMPORAL DE PARQUEADEROS', junto con las modificaciones y aclaraciones contenidas en los escritos denominados OTROSÍIS de fechas Diciembre 29 de 1994, Mayo 17 de 1995 y Mayo 30 de 1995.

B. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad petitionada en el punto anterior, se ordene a la UNIÓN TEMPORAL 'SOCIEDAD TEMPORAL DE PARQUEADEROS' que proceda de manera inmediata a la restitución del espacio público del Distrito Capital que le fuera entregado en Concesión en virtud del antedicho contrato.

C. Que se declare, por vía de excepción, y para el caso sub-judice, la ilegalidad y la inconstitucionalidad del Acuerdo Distrital número 34 de 1991 por medio del cual el H. Concejo Distrital estableció el

¹ El Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT fue creado por el Acuerdo 9 de 1989 del Concejo Distrital de Bogotá, como un establecimiento público y mediante Decreto 563 del 29 de diciembre de 2006, el alcalde mayor de Bogotá ordenó su supresión, disolución y liquidación (copia de este último acto administrativo fue aportada por la liquidadora de la entidad demandada, fls. 282 y 283, cdno. ppl. y copia del primero, fue aportada por la Personería de Bogotá, f. 69, c. 5).



sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado Zonas Azules y del Decreto Distrital No. 109 de 1993 de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C., en virtud del cual se reglamentó el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado Zonas Azules.

2. La demandante alegó que el contrato estatal de concesión del sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado "zonas azules", con referencia a la zona de Chapinero de esta ciudad, se adjudicó directamente y se celebró con violación de disposiciones legales de obligatoria observancia y además, en virtud del mismo se entregó a particulares el espacio público para su explotación, por lo cual está viciado de nulidad absoluta, con fundamento en las causales enunciadas en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que se refieren a la celebración del contrato contra expresa prohibición y a su celebración con abuso o desviación de poder.

2.1. Adujo como normas violadas los artículos 63 y 82 de la C.P., artículos 5 y 6 de la Ley 9 de 1989, artículos 70, 76, 82 y 83 del Acuerdo No. 6 de 1990 expedido por el Concejo Distrital y el artículo 18 del Decreto 324 de 1992 de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

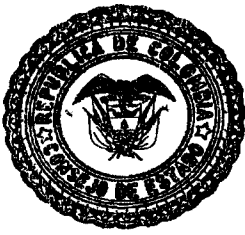
2.3. Según el demandante, con la concesión a particulares de esas vías públicas para su explotación económica, se está variando la destinación de unos bienes afectados al uso y disfrute público, lo cual permite la ley de reforma urbana pero dentro de ciertos criterios y previa la observancia de determinados requisitos legales: i) que la variación se produzca por acuerdo del concejo distrital, ii) que exista iniciativa del alcalde mayor para el trámite de dicho acuerdo y iii) que sean canjeados por bienes de características equivalentes (art. 6º, Ley 9 de 1989).



2.4. En el presente caso, sostuvo el actor que si bien el Acuerdo 34 de 1991 autorizó cambiar la destinación de los bienes, al establecer el sistema distrital de estacionamiento autorizado en vía pública denominado zonas azules, defirió al alcalde su reglamentación en un periodo de 30 días y a la Secretaría de Tránsito y Transporte el sistema de administración y control y autorizó a esta última para su entrega en concesión aplicando las normas sobre la materia, disponiendo que para ello, ordenaría la apertura de una licitación pública, en dicho acto no se menciona que hubiera existido iniciativa del alcalde mayor para el trámite del acuerdo ni se hace referencia a los bienes que serían objeto de afectación pública para que pudiera operar el canje mencionado en la ley para cambiar la destinación de los bienes que serían afectados con las concesiones.

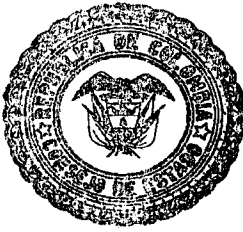
2.5. Extemporáneamente –por cuanto fue por fuera de los 30 días antes mencionados-, el alcalde mayor expidió el Decreto 109 de 1993 por medio del cual reglamentó el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado zonas azules, en el cual tampoco se mencionó el tema de los bienes que se canjearían para que ingresaran al espacio público de la ciudad, incumpléndose el requisito legal para sustraer del uso público las zonas que fueron entregadas en concesión mediante el contrato demandado, razón por la cual, estos dos actos administrativos también están viciados de nulidad y las vías entregadas en concesión, nunca han salido en debida forma del espacio público, razón por la cual el contrato de concesión n.º 176 de 1994 debe ser declarado nulo.

2.6. Mencionó también el artículo 76 del Acuerdo 6 de 1990, que permite la variación del destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas y admite su enajenación previa autorización del concejo distrital, en la cual, dice la



disposición, debe proveerse lo pertinente para que se opere el canje al que se refiere el inciso 1º del artículo 6º de la Ley 9 de 1989; el artículo 32 del mismo Acuerdo -que desarrolló lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 9 de 1989, que autoriza a los municipios para contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de las zonas viales-, estableció también el ineludible requisito que debe concurrir para celebrar esta clase de contratos, de contar con concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital a través del Taller Profesional del Espacio Público, que se justifica por la necesidad de preservar el patrimonio público y procurar que en la afectación del espacio público se guarde perfecta armonía con los planes de desarrollo y las normas y políticas urbanísticas, concepto que en el presente caso no se produjo, lo cual también vicia de ilegalidad el contrato demandado.

2.7. La demandante también alegó la desviación de poder -numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993-, pues si bien la normatividad permite el aprovechamiento económico de los elementos del espacio público, en particular las vías -que constituyen un bien escaso- a través de la concesión, ello obedece a una novedosa forma de gestión de la Administración y de explotación del patrimonio público, que debe implicar un mayor beneficio económico o un incremento del bienestar para la ciudadanía; de lo contrario, no se justifica privarla de ese bien, destinado en principio al disfrute colectivo. Y ni en el contrato ni en las normas que desarrollaron y reglamentaron las zonas azules, se menciona el destino que tendrán los recursos que reciba el Distrito por esa concesión otorgada por una porción del espacio público que ha entregado, los cuales ingresarán al presupuesto del FONDATT, sin garantía de que sean reinvertidos en la comunidad.



2.8. En la oportunidad para alegar de conclusión, reiteró los argumentos de la demanda, acotando que el director del FONDATT obró con desviación de poder, dado que carecía de competencia para celebrar el contrato, pues la junta directiva de la entidad no lo había autorizado y el Departamento Administrativo de Planeación Distrital no había dado su concepto favorable y que así mismo, el contrato tenía objeto ilícito, pues recaía sobre un bien fuera del comercio como lo son las vías públicas (f. 117, c. 1).

II- Actuación procesal

3. La entidad pública demandada contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que el contrato de concesión suscrito con la Sociedad Temporal de Parqueaderos fue celebrado con sujeción a las normas constitucionales y legales aplicables al sistema de estacionamiento en vía pública denominado zonas azules, las cuales surgieron cuando el alcalde presentó al concejo distrital el proyecto de acuerdo que lo creaba y que fue adoptado por esta corporación, mediante el Acuerdo n.º 034 del 10 de diciembre de 1991; la reactivación y ampliación de este sistema de estacionamiento se produjo en el plan de desarrollo económico y social de obras públicas del Distrito Capital para el periodo 1993-1995, adoptado por el Concejo Distrital a través del acuerdo 031 del 7 de diciembre de 1992 y su reglamentación fue realizada por el alcalde mayor, en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el Acuerdo 034 de 1991, a través del Decreto 109 de 1993 por medio del cual reglamentó las zonas azules. Por su parte, la Ley 105 del 30 de diciembre de 1993 estableció en su artículo 28 que los municipios y distritos podían establecer tasas por el derecho de parqueo sobre las vías públicas, e impuestos que desestímulo el acceso de los vehículos particulares a los centros de



las ciudades y fueron estas normas las que se aplicaron en la celebración del referido contrato (f. 61, c. 1).

3.1. Sostuvo la demandada que en este caso no se vulneraron las normas aducidas por la parte actora, puesto que de un lado, no se trató de la enajenación o variación de la naturaleza de bienes de uso público, sino de la implementación de un mecanismo de organización y racionalización del uso de las vías para el mejoramiento de la circulación peatonal y vehicular en varios puntos de la ciudad pero sin modificar su naturaleza y finalidad, por lo cual no era necesario efectuar el canje por otro bien al que aluden las normas citadas por el demandante –artículos 5 y 6 de la Ley 9 de 1989 y 70 y 76 del Acuerdo 6 de 1990-, que se refieren a aquellos eventos en los que efectivamente se enajena o cambia la naturaleza de un bien de uso público, caso en el cual sí se debe ofrecer otro bien que lo sustituya.

3.2. Por otra parte, manifestó que la exigencia efectuada en el artículo 82 del Acuerdo 06 de 1990 –norma que se refiere al concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital-, consiste en que los contratos para el aprovechamiento económico de las zonas viales, zonas de parqueo, etc., deben ajustarse a los planes y programas adoptados conforme a dicho acuerdo, a la política de desarrollo urbano y a las reglamentaciones urbanísticas, y resulta que el plan de desarrollo económico y social vigente para la época de celebración del contrato de concesión cuestionado en el *sub-lite*, ordenó reactivar y ampliar el sistema distrital de estacionamiento autorizado en vía pública denominado zonas azules y en ese orden de ideas, *"(...) si bien se omitió solicitar el concepto previo y favorable a que hemos hecho referencia, ello solo afecta la formalidad de tal requisito y no la parte sustancial de tal exigencia, la cual se concreta en determinar que el proyecto de aprovechamiento económico que se*



materializará en el contrato se encuentra previsto en los planes y programas adoptados para el Distrito Capital, exigencias que se cumplen de acuerdo con lo expuesto". De modo que debiendo primar el derecho sustancial sobre el procesal, "(...) la omisión en la solicitud del concepto previo y favorable, por tratarse de una formalidad que no afectó para nada la parte sustancial de la previsión contenida en el artículo 82 del acuerdo 6° de 1990, no es causal de nulidad absoluta del contrato de concesión No. 176 (...)". Consideró la entidad demandada que la exigencia de este concepto previo cuando el proyecto de zonas azules se hallaba previsto en el Acuerdo 031 de 1992 es incurrir en una flagrante violación del principio de economía de los actos administrativos, que hace referencia a la supresión de requisitos adicionales y formalidades que terminan agregando trámites, y de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, "(...) que suprimió todos los trámites, requisitos y autorizaciones que dilatarán (sic) la gestión de las entidades administrativas y dificultarán (sic) la ejecución adecuada y oportuna del objeto contractual, que conllevaban a graves consecuencias sobre la eficiencia y eficacia de la gestión pública en este campo (...)".

3.3. En cuanto a los vicios de fondo y de forma aducidos en la demanda en contra de los actos administrativos que le sirvieron de fundamento al proceso licitatorio que lo precedió y al mismo contrato de concesión cuestionado, afirmó la parte demandada que han debido ser objeto de impugnación judicial con fundamento en las acciones dispuestas para ello por el legislador y no a través de la acción contractual que originó el presente proceso.

3.4. Finalmente, en relación con la desviación de poder que se adujo, el FONDATT sostuvo que con el contrato de concesión n.º 176 de 1994 no desconoció la prevalencia del interés general ni dejó de lado el



imperativo de servicio público y mucho menos se desvió de los fines que inspiraron la creación de las zonas azules sino que se limitó a dar cumplimiento cabal y exacto a los Acuerdos 34 de 1991, 31 de 1992 y al Decreto 109 de 1993, vigentes para la época en la que se adelantó el proceso licitatorio que concluyó con la suscripción del contrato demandado.

4. El 20 de mayo de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia** en la cual resolvió:

PRIMERO: Declárase la nulidad absoluta del contrato de concesión No. 176/94, celebrado entre el Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá, D.C., (FONDATT) y la unión temporal "Sociedad Temporal de Parquaderos", el 16 de diciembre de 1994.

SEGUNDO: Dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la contratista concesionaria, deberá restituir al FONDATT, los bienes entregados en concesión.

TERCERO: Deniégase las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

5. El Tribunal de primera instancia consideró que si bien el contrato n.º 176 de 1994 suscrito por el FONDATT con la unión temporal "Sociedad Temporal de Parquaderos" no adolecía de los cargos de invalidez pregonados por la parte demandante, sí se encontraba viciado de nulidad por el incumplimiento de un requisito indispensable para su celebración.

5.1. Estimó el *a-quo* que el contrato se celebró dentro del marco legal establecido para regular el aprovechamiento económico del espacio

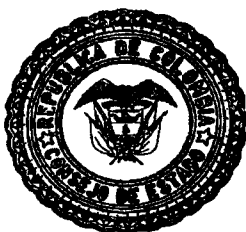


público a través de la celebración de contratos de concesión con particulares, sin variar la condición de bienes de uso público que comprende por su naturaleza el espacio público, pues tanto la Ley 9 de 1989 como los acuerdos del concejo distrital que regulan la materia y la Ley 105 de 1993, "(...) consagran tal posibilidad en desarrollo de políticas encaminadas al ordenamiento y racionalización del uso de los espacios urbanos por los particulares". Y fue con base en estas políticas que las autoridades distritales crearon y reglamentaron el sistema de estacionamiento en vías públicas denominado *zonas azules*, celebrando con particulares contratos de concesión para el manejo de dichas zonas –en el presente caso, para la zona de Chapinero de la ciudad de Bogotá–, mediante la imposición de una tasa por el derecho de parqueo en las mismas que debía ser recaudada por el concesionario.

5.2. Así mismo, que contrario a lo afirmado en la demanda, no se requería el canje de las vías públicas por otros bienes destinados al uso público, puesto que no se modificó la naturaleza de bienes de uso público que tenían aquellas, que podían seguir siendo utilizadas por la comunidad en general para la misma finalidad anterior, es decir para el parqueo de vehículos, sólo que sometida al pago de una tasa y a la utilización ordenada de los espacios.

5.3. Dijo el *a-quo* que tampoco se dio extralimitación de funciones del alcalde mayor al expedir el Decreto Reglamentario 109 de 1993 por fuera de los 30 días fijados para el efecto por el Acuerdo 34 de 1991, ya que el funcionario conservaba su facultad reglamentaria en forma intemporal y no la perdía por el transcurso de dicho lapso.

5.4. En cuanto al incumplimiento de la aprobación del contrato por parte de la Junta Directiva del FONDATT, consideró el tribunal que



este requisito desapareció al entrar en vigencia el artículo 25 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, que estableció que el acto de adjudicación y el contrato no se someterían a aprobaciones administrativas o revisiones posteriores.

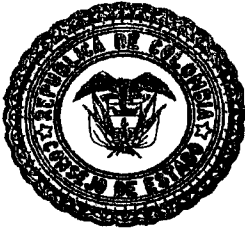
5.5. No obstante lo anterior, el *a-quo* consideró que el contrato sí estaba viciado de nulidad por inobservar un requisito previo de celebración del contrato, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del Acuerdo 06 de 1990, la celebración de los contratos relacionados con la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de las zonas viales requería *"(...) concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital en el sentido de que se ajustan a los planes y programas adoptados conforme al presente Acuerdo, a las políticas de desarrollo urbano y a las reglamentaciones urbanísticas"*, concepto que debió ser emitido por el Taller Profesional del Espacio Público y que según se probó en el plenario, no se produjo para la celebración del contrato demandado, lo cual, para el tribunal configura un abuso de poder del FONDATT, que obró sin contar con este requisito previo indispensable para que la entidad adquiriera competencia para la celebración del referido negocio jurídico, el cual por lo tanto, se halla incurso en la causal de nulidad absoluta de los contratos estatales prevista por el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, pues tal requisito no constituye un presupuesto puramente formal que pueda ser omitido sin consecuencia alguna *"(...) porque no se trata de un problema de procedimiento sino de la ausencia de un requisito esencial antecedente a la suscripción de esta clase de contratos"*, el cual, de conformidad con lo ordenado por el numeral 7º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, debió cumplirse antes del proceso licitatorio declarado desierto o de la celebración del contrato.



6. El Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito de Bogotá D.C., interpuso **recurso de apelación** en el cual solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia (f. 188, c. ppl).

6.1. Como fundamento de su solicitud, afirmó que el contrato de concesión suscrito por las partes cumplió con todos los requisitos para su celebración, goza de legalidad y validez jurídica ya que está avalado por el Acuerdo 034 del 10 de diciembre de 1991 del concejo distrital, que autorizó a la Secretaría de Tránsito y Transporte para que entregara en concesión la implantación y desarrollo del sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado *zonas azules* y el Decreto 109 del 5 de marzo de 1993 del alcalde mayor de Bogotá, que ratificó la facultad de esta entidad de tránsito, que es la concedora de la problemática en la materia.

6.2. Por ese conocimiento sobre el tema, considera el apelante que no era viable que el legislador sometiera —como en efecto no lo hizo— a la referida secretaría, a la consecución de una autorización para determinar cuándo y en qué lugar era necesario implantar el programa de zonas azules, pues era ésta la que conocía las necesidades al respecto. Por ello, la administración distrital expidió el Acuerdo 031 de 1992, Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá para el periodo 1993-1995, en el que se ordenó la reactivación y ampliación de dicho sistema de parqueo; por su parte, el artículo 28 de la Ley 105 de 1993 estableció que los municipios y distritos podían cobrar tasas por el derecho de parqueo sobre las vías públicas e impuestos que desestimulen el acceso de los vehículos particulares a los centros de las ciudades, de manera que esto “(...) permite colegir, que en definitiva el querer del legislador (...) no era otro que indicar de manera diáfana el fin y los lugares en donde se debía adoptar el programa de Estacionamiento en



Vía Pública, en consecuencia sería un desgaste innecesario acudir a un concepto previo y favorable para ratificar lo que la Ley había expresado”; explicó la recurrente, que en consideración a esta normatividad y a la necesidad de adoptar y desarrollar el mencionado sistema de estacionamiento, “(...) suscribió sin concepto previo y favorable del Taller del Espacio Público del Departamento Administrativo de Planeación (...)”, el contrato de concesión n°. 176 de 1994.

6.3. Reiteró, en consecuencia, que la necesidad del concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital es infundada y “(...) tiene origen en una equivocada interpretación de la norma, al igual que el desconocimiento del ordenamiento jurídico que en su momento nos regulaba (...)” e insistió en que “(...) si bien se omitió solicitar el concepto previo y favorable (...), ello solo afecta la formalidad de tal requisito y no la parte sustancial de la exigencia, la cual se concreta en determinar que el proyecto de aprovechamiento económico, que se materializara en el contrato se encuentra previsto en los planes y programas adoptados por el Distrito Capital, exigencias que se cumplen y están acordes con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Nacional”, por lo tanto con la referida omisión no se desconoció la parte sustancial del artículo 82 del Acuerdo 6 de 1990 y la misma no es constitutiva de causal de nulidad del contrato.

6.4. Finalmente, adujo que “[r]edundar en una autorización que en aquel instante no era necesaria por cuanto estaba prevista en acuerdo 31 de 1992, es incurrir en la flagrante violación del principio de economía en los actos administrativos que hace referencia a la supresión de requisitos adicionales y formalidades (...)”, y que de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 8º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el estatuto de contratación estatal “(...) suprimió todos los



trámites, requisitos y autorizaciones que dilataban la gestión de las entidades administrativas y dificultaban la ejecución adecuada y oportuna del objeto contractual, que conllevaban a graves consecuencias sobre la eficiencia y eficacia de la gestión pública en este campo (...)".

7. La sociedad Parquaderos Tequendama Ltda., interpuso **recurso de apelación** en contra de la sentencia de primera instancia y pidió su revocatoria, aduciendo los mismos argumentos expuestos por la entidad estatal demandada en su recurso. En oficio aparte, promovió **incidente de nulidad procesal**, en el cual solicitó que se declarara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que admitió la demanda inclusive, con fundamento en la causal 7ª del artículo 140 del C.P.C., pues existiendo un litis consorcio necesario entre todas las sociedades que conformaron la unión temporal contratista, no se le notificó a esta sociedad la demanda de nulidad del contrato suscrito con el FONDATT, sino únicamente a quien fungió como representante de dicha unión temporal, pero desconociendo que tal representación era sólo para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato pero no conllevaba una representación judicial de las sociedades de la unión temporal (f. 195 y 221, c. ppl., f. 1, c.4).

8. La sociedad Aparcar Ltda., interpuso **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia y en memorial aparte, promovió **incidente de nulidad**, en el cual pidió que se declarara la nulidad de todo el proceso por considerar que al haber sido la contratista una unión temporal, conformada por tres sociedades –Aparcar Ltda., Parquaderos Daytona Ltda. y Parquaderos Tequendama Ltda.–, la demanda debió ser notificada personalmente a todas y cada una de estas sociedades ya que es imposible resolver el fondo del proceso sin la comparecencia de todas las partes integrantes de la unión temporal,



litisconsortes necesarios; por ello, no se podía dictar fallo dentro del presente asunto, pues hubo violación al debido proceso y al derecho de defensa (f. 205 y 207, c. ppl).

9. La solicitud de nulidad procesal planteada por las sociedades Aparcar Ltda., y Parqueaderos Tequendama Ltda., fue resuelta mediante auto del 6 de junio de 2012, en el cual la misma fue denegada, por cuanto para la época de presentación de la demanda se estaba ejecutando el contrato en el cual tales sociedades eran representadas como unión temporal por el representante legal de una de ellas, que era la persona designada para ese fin y a quien se le notificó el auto admisorio de la demanda, por lo que se entiende que sus miembros fueron enterados de la existencia del proceso y en consecuencia, han debido alegar oportunamente las causales de nulidad que considerasen configuradas y al no hacerlo, las mismas se sanearon, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 144 del C.P.C. (f. 374, c. ppl.).

10. Admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se corrió traslado para presentar **alegatos de conclusión** en esta instancia, oportunidad dentro de la cual la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, para lo cual remitió a las argumentaciones esgrimidas a lo largo de sus actuaciones procesales (f. 240, c. ppl).

11. El **Ministerio Público** presentó **concepto** en el cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por considerar acertada la decisión del *a-quo*, en la medida en que efectivamente en la celebración del contrato de concesión para el funcionamiento de las zonas azules, que implica el aprovechamiento económico del espacio público, se desconocieron las normas distritales de orden público que

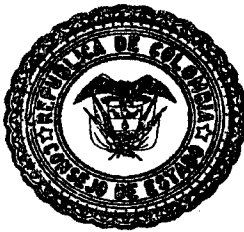


exigían el concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, entidad coordinadora de la planificación sectorial entre cuyas funciones se halla precisamente la integración de ésta, con los planes generales de la ciudad, concepto que de ninguna manera constituía, como lo adujo la demandada, un mero requisito formal que no era necesario, ya que el mismo debía referirse no a las zonas azules en general, sino a cada contrato en particular, como el que fue celebrado por las partes y debía obtenerse de manera previa a su suscripción, requisito que no podía entenderse cumplido por el solo hecho de que con posterioridad a la celebración del contrato se pudiera constatar que se ajustó a las normas pertinentes. Por otra parte, observó que si la ley impone requisitos para la celebración de los contratos, ellos deben ser cumplidos y no discutidos en cuanto a su conveniencia por las autoridades, quienes de acuerdo con lo establecido por el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, numeral 7º, deben obtener, previa la selección del contratista y la celebración del contrato, las autorizaciones y aprobaciones que se requieran, pues su omisión en tal sentido, vicia de nulidad el respectivo negocio jurídico por cuanto la violación de las normas de derecho público que establecen tales requisitos, constituye un objeto ilícito (f. 249, c. ppl).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

12. El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en un proceso iniciado en ejercicio de la acción de controversias contractuales con vocación de segunda instancia ante esta Corporación, dado que, conforme al artículo 265 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 4º del Decreto



597 de 1988- aplicable en el *sub examine*, la cuantía exigida en 1996 para que un asunto fuera conocido en primera instancia por los tribunales administrativos, era de \$ 13 460 000 y en el presente caso, si bien en las pretensiones no se aduce alguna que implique reconocimiento patrimonial alguno a favor del demandante sino que se pide que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de concesión demandado se ordene la restitución del espacio público a favor del Distrito Capital, se observa que se trata de un proceso de nulidad absoluta contractual iniciado por el Ministerio Público -la Personería de Bogotá- respecto de un contrato de concesión cuyo valor se fijó en la suma de \$ 370 000 000².

II. Hechos probados

13. Teniendo en cuenta los medios de prueba regularmente allegados al plenario, se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis³:

13.1. El concejo distrital de Santafé de Bogotá D.C., expidió el Acuerdo n.º 034 del 10 de diciembre de 1991, por medio del cual decidió i) establecer el sistema distrital de estacionamiento autorizado en vía pública denominado zonas azules, ii) conceder 30 días a la Alcaldía Mayor para definir su reglamentación específica y el sistema de administración y control por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá, iii) autorizar a esta dependencia para entregar en concesión el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública

² El artículo 87 del Decreto 01 de 1984 –modificado por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989- que consagra la acción relativa a controversias contractuales, norma vigente para la época de presentación de la demanda, establecía que el Ministerio Público estaba facultado para solicitar también la nulidad absoluta del contrato.

³ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración.

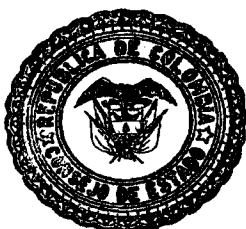


denominado zonas azules, aplicando las normas vigentes sobre la materia, para lo cual ordenará la apertura de una licitación pública y iv) se atribuye a la Secretaría de Tránsito y Transporte la función de supervisar el estricto cumplimiento del mencionado sistema de estacionamiento (f. 676, c. 3).

13.2. Mediante Acuerdo n.º 31 de 1992, el concejo distrital de Bogotá adoptó el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá para el periodo 1993-1995, en el cual le ordenó a la Secretaría de Tránsito, entre otras medidas tendientes al fomento de la utilización racional de la infraestructura y el equipo automotor, la reactivación y ampliación del programa de zonas azules -artículo 100-⁴ (f. 76, c. 5).

13.3. El 5 de marzo de 1993, el alcalde mayor de Santafé de Bogotá D.C., expidió el Decreto n.º 109, por medio del cual reglamentó el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado zonas azules y le atribuyó a la Secretaría de Tránsito y Transporte la dirección, programación y operación de dicho sistema. En su artículo 4º, dispuso que *"teniendo en cuenta las normas de tránsito vigentes y las reglas urbanísticas de la ciudad, la Secretaría de Tránsito y Transporte realizará los estudios técnicos y elaborará los planos de señalización requeridos para la delimitación de los espacios en los que se permitirá el sistema de estacionamiento a que se refiere el presente decreto"* (f. 220, c. 5).

⁴ **"ARTICULO 100. TRANSPORTE Y TRÁNSITO INTEGRADOS.** La Secretaría de Tránsito y Transporte propiciará la utilización racional de la infraestructura y el equipo automotor y ordenará la ampliación de la cobertura del servicio público de transporte especialmente a los sectores periféricos de la ciudad; para lograrlo, ejecutará las siguientes acciones: // (...) 7. Reactivará y ampliará el programa de zonas azules (...)".



13.4. El 3 de noviembre de 1994, se constituyó la unión temporal *"Sociedad Temporal de Parqueaderos"*, conformada por las sociedades Parqueaderos Daytona Ltda., -con una participación, *"(...) tanto para la propuesta como para la ejecución del contrato y las utilidades"* del 50%-, Aparcar Ltda. -con una participación del 25%- y Parqueaderos Tequendama Ltda. -con una participación del 25%-. El objeto de la unión temporal fue presentar ante la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, oferta para contratar por el sistema de concesión, la explotación de las zonas azules ubicadas en la zona de Chapinero de esta ciudad. Los miembros acordaron nombrar como su representante legal a quien ostentaba dicha calidad en relación con la primera de las sociedades mencionadas, señor Pablo Martínez. La unión temporal fue inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá según consta en el respectivo certificado de matrícula, como establecimiento de propiedad de las sociedades que la conforman (f. 55 y 213, c. 5).

13.5. Mediante resolución n.º 00250 del 23 de noviembre de 1994, el director ejecutivo del Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT adjudicó directamente el contrato de concesión de zonas azules en la zona Chapinero a la unión temporal *"Sociedad Temporal de Parqueaderos"*, decisión que obedeció a que se declaró desierta la licitación pública n.º 10 de 1994 (f. 52 y 322, c. 5).

13.6. El 16 de diciembre de 1994, el Fondo de Educación y seguridad Vial FONDATT de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá D.C., celebró el contrato estatal de concesión n.º 176 con la unión temporal *"Sociedad Temporal de Parqueaderos,"* cuyo objeto fue *"(...) implantar y poner en funcionamiento el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado "ZONAS AZULES", mediante la instalación de parquímetros para uso múltiple*



(...) y la utilización de cepos, grúas, entre otros mecanismos (...), en la ZONA CHAPINERO de la ciudad de Santafé de Bogotá (...), mediante la entrega en concesión, por parte del FONDATT, de 2 280 puestos de estacionamiento, con una duración de 5 años contados a partir del acta de iniciación -que según otrosí n.º 1 del 29 de diciembre de 1994, se suscribiría en esta fecha, como en efecto sucedió- y el valor del contrato se acordó en la suma de \$ 370 000 000 por el primer año, valor que sería incrementado anualmente de acuerdo con el índice de precios al consumidor IPC y que debía pagar el concesionario a la entidad en el primer año en 10 cuotas mensuales vencidas por \$ 37 000 000 cada una, luego de dos meses de gracia -mediante el otrosí se disminuyó a 8 cuotas mensuales- y en los años subsiguientes, en 12 cuotas mensuales (f. 16, 60 y 65, c. 5).

13.7. Mediante otrosí n.º 2 del 17 de mayo de 1995 se modificó la cláusula relativa al valor del contrato, estableciendo que el mismo por el primer año sería "(...) *proporcional al número de espacios habilitados en cada mes, de conformidad con el acta que deberá suscribir el interventor y el concesionario (...).* Es entendido que el concesionario realizará todas las gestiones necesarias para que el número de estacionamientos habilitados sea igual al número de estacionamientos adjudicados (...)" y a través del otrosí n.º 3 se modificó nuevamente la forma de establecer el valor y forma de pago de las cuotas correspondientes al primer año, para que se tuvieran en cuenta únicamente los estacionamientos realmente usufructuados por el concesionario. (f. 61 y 62, c. 5).

13.8. En agosto de 1997, el FONDATT había obtenido ingresos por valor de \$ 960 223 947,16 provenientes de la ejecución del contrato de concesión n.º 176 de 1994 suscrito con la Sociedad Temporal de Parqueaderos (certificación del jefe de la división financiera de la entidad



demandada enviada por el director de ésta al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, f. 749 a 752, c. 5).

III. El problema jurídico

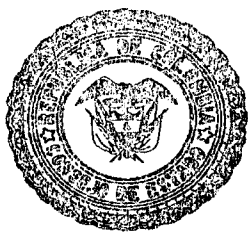
14. Teniendo en cuenta los hechos probados y los motivos de la apelación, deberá la Sala establecer si en el presente caso, el contrato de concesión n.º 176 de 1994 celebrado entre el Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santafé de Bogotá –FONDATT- (hoy Fondo de Educación y Seguridad Vial FONDATT en liquidación) y la Sociedad Temporal de Parqueaderos se halla incurso en las causales de nulidad absoluta enlistadas en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, como lo sostuvo la parte demandante y por lo tanto, si resulta procedente o no la confirmación de la sentencia de primera instancia.

IV. Análisis de la Sala

El régimen legal del contrato

15. Observa la Sala que el contrato de concesión n.º 176 objeto de la presente controversia, fue suscrito por el FONDATT, establecimiento público distrital, el 16 de noviembre de 1994, razón por la cual, de acuerdo con lo establecido por el literal a) del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, este estatuto le es aplicable, tal y como lo reitera el Decreto 1421 de 1993, contentivo del régimen especial del Distrito Capital de Bogotá, en cuyo artículo 144, establece que *“Las normas del estatuto general de contratación pública se aplicarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas en todo aquello que no regule el presente decreto”*.

16. El artículo 32, numeral 4º de la Ley 80, define el contrato de concesión como aquel *“(…) que celebran las entidades estatales con el*

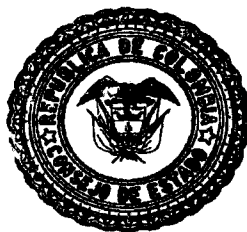


objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas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

17. A través del contrato n.º 176 de 1994, el FONDATT entregó al contratista parte del espacio público del sector de Chapinero de la ciudad de Bogotá ubicado sobre las vías, para que éste pusiera en funcionamiento el sistema de estacionamiento en vía pública denominado “Zonas Azules”, mediante el cobro por concepto del estacionamiento de vehículos en 2 280 puestos, para lo cual le autorizó la instalación de parquímetros para uso múltiple y la utilización de cepos, grúas, entre otros mecanismos, a cambio del pago de una remuneración mensual a la entidad contratante, objeto que sin duda corresponde al tipo contractual de la concesión regulado por el mencionado artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

18. Como consecuencia de lo anterior, el contrato 176 estaba sujeto a las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 44 del referido estatuto de contratación estatal, el cual dispone:

ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:



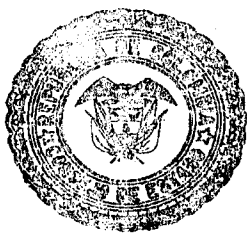
- 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
- 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;
- 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
- 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Las causales de nulidad invocadas

19. El demandante adujo como causales de nulidad absoluta del contrato demandado, las enlistadas en los numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, es decir cuando se celebren i) contra expresa prohibición constitucional o legal y ii) con abuso o desviación de poder, de las cuales el Tribunal *a-quo* encontró que se había configurado esta última, al haberse celebrado el contrato sin haber obtenido la entidad contratante el concepto previo del Departamento Administrativo de Planeación a través del Taller del Espacio Público, tal y como lo disponían el artículo 82 del Acuerdo 6 de 1990 y el artículo 18 del Decreto 324 de 1992, del alcalde mayor de Bogotá.

Numeral 3 del artículo 44: celebración del contrato con abuso o desviación de poder

20. La Sala considera que esta causal no se configuró en el presente caso en la suscripción del contrato de concesión n.º 176 de 1994, toda vez que no se probó que la actuación de la administración y la



conducta de las autoridades al adelantar la celebración de dicho negocio jurídico, hayan estado dirigidas a una finalidad diferente a la establecida para la contratación estatal.

21. Al respecto, se observa que la configuración de la causal en estudio se presenta en aquellos casos en los cuales si bien el contrato celebrado es formalmente legal y no merece reparo alguno respecto del cumplimiento de los requisitos para su perfeccionamiento, su celebración no responde a la finalidad de la contratación estatal consagrada en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, norma de acuerdo con la cual los servidores públicos deben tener en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Por ello, cuando a través de la celebración del contrato se persiguen objetivos diferentes a las razones de buena administración planteadas por el legislador y ajenos a las finalidades para cuya consecución se les ha otorgado la competencia contractual a las entidades, que en últimas apuntan a la satisfacción del interés general, incurrirán en un abuso o desviación de poder que viciará de nulidad absoluta el respectivo contrato.

22. Es por ello que también el artículo 24 del estatuto de contratación estatal, relativo al principio de transparencia, en su numeral 8 advierte de manera expresa que *"Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley"*, previendo que las motivaciones que conduzcan a la celebración de los contratos por parte de las entidades estatales no estén fundadas en razones subjetivas tendientes a favorecimientos indebidos de intereses particulares o al logro de



objetivos desviados respecto de los que deben informar las actuaciones de la administración. En relación con esta causal de nulidad absoluta de los contratos estatales, ha dicho la Sala:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia convergen en señalar que la desviación de poder consiste en el ejercicio por parte de una autoridad de una facultad que le es atribuida con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla.⁵ Se presenta, entonces, cuando el acto proferido por la autoridad competente y con las formalidades requeridas en realidad persigue fines ajenos a los que la ley ha consagrado, bien que esté enderezado a un fin dañino o espurio ora a uno ventajoso para el Estado o la sociedad, pero no coincidente con el establecido en la norma; es decir, puede expresarse cuando se utiliza la facultad con un interés personal del funcionario o para beneficiar a un tercero, o para un fin que se revela como lícito pero al que se llega con inobservancia de las normas legales y, por lo mismo, contrariando los fines de éstas.

Así, el control de la desviación de poder, en los eventos en que el funcionario hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual fueron conferidos⁶, esto es, haciéndolo servir a finalidades para las cuales no está destinado⁷, como de vieja data la jurisprudencia de la Corporación lo ha señalado se fundamenta en que:

⁵ [18] "Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Edt Temis, Octava Edición, 1985, pág. 287. Prat afirma que: "Si bien en un comienzo, vicio de forma y desviación de poder presentan un residuo común con la incompetencia, porque quien no observa o no utiliza debidamente las formas que el orden jurídico impone para emitir sus actos, revela una cierta y particular manera de actuar incompetentemente, al igual que aquel que utiliza sus poderes persiguiendo un fin distinto del que le impone específicamente la ley" (PRAT, Julio A. *La desviación de poder*, 2ª edición actualizada, Montevideo, Ediciones jurídicas, 1976, p. 21). Y, según Gordillo: "La desviación de poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal, y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza) (...) La prosecución encubierta -o peor aún, desembolsada- de fines propios o públicos, distintos de los que resultan de la ley del caso y los antecedentes de hecho que corresponden al acto, constituye así una trasgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo." (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Parte General*, tomo I, Buenos Aires, Ed. Macchi, cap. VIII, p. 32 y ss) ».

⁶ [19] « Vid. JÉZE, Gaston, *La jurisprudence du Conseil d'État et le détournement de pouvoir*, en *Revue de Droit Public*, 1944, p. 60 »

⁷ [20] "Para Laferrière "el vicio consistente en desviar un poder legal del fin para el cual fue instituido, haciéndolo servir finalidades para las cuales no está destinado" (LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction et le droit administratif*, 2e éd, t. II, Paris, 1896, p. 548 y ss").



*"Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del Estado de derecho, que pudiera enunciarse así: el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De ese postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con que pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada (...) Esos motivos tienen que ser razones de buen servicio para que impliquen el uso legítimo de la atribución respectiva; ya que ésta se confiere al agente u órgano de la administración sólo para que la ejerza por motivos y para fines de buen funcionamiento del servicio que se le haya confiado, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien"*⁸.

*De manera pues que esta expresión de la legalidad interna del acto administrativo implica la subordinación del poder administrativo al buen servicio y al interés general, para encausar la actuación de las autoridades a estos postulados, y su existencia puede comprometer, incluso, la moralidad de la actuación; y se predica del elemento teleológico del acto administrativo, según el cual, constituye la esencia de su ser, la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (arts. 2 C.P. y 2 del C.C.A.)*⁹.

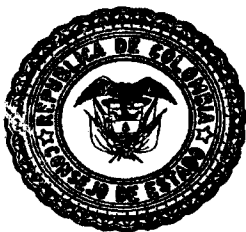
En otros términos, la desviación de poder tiene lugar cuando un acto fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, pero que en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto; esta circunstancia vicia el acto porque la autoridad ejerce sus atribuciones conferidas por la ley con una finalidad diferente de la prevista por ella, bien en beneficio personal o de un tercero.

Por lo tanto, siendo premisa fundamental que los funcionarios deban actuar teniendo en cuenta el interés general, cuando obran con un fin distinto del autorizado, desligado del interés general, de los principios que guían a la administración y de la buena marcha del servicio y función públicas asignadas, con el propósito de favorecer intereses propios o de terceros, están desviando el poder que se les atribuyó, circunstancia que hace anulable el acto (art. 85 C.C.A.).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación estatal tiene como fin, "la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines". Y, el artículo 24 numeral 8

⁸ [21] Consejo de Estado, Sentencia de 30 de julio de 1959.

⁹ [22] "Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia 16 de octubre de 1997, Exp. 92.64 C.P. Silvio Escudero Castro".



ibídem, para garantizar el principio de transparencia en ella, prohíbe expresa y categóricamente esta actuación cuando señala que “[l]as autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley”, precepto cuya inobservancia en la celebración del contrato, *mutatis mutandi* de la consecuencia prevista para los actos administrativos, se sanciona con nulidad absoluta del mismo, en los términos del numeral 3 del artículo 44 *ibídem*, según el cual incurren en ese vicio cuando los contratos del Estado “se celebren con abuso o desviación de poder”.

En este caso, el vicio es predicable del propio contrato, en tanto él constituye un abuso o desviación de poder, por no atender el fin público que anima celebrarlo, sino otros fines diferentes a los establecidos en las normas que rigen esta actividad del Estado. En tal sentido, debe precisarse que el fin de la contratación constituye un presupuesto de legalidad del contrato y, por ello, se configura la desviación de poder siempre que con él se persiga un fin distinto al señalado por el legislador, de manera que no resulta válido un contrato que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o satisfacción de los intereses generales¹⁰.

23. De acuerdo con lo anterior, para que un contrato se encuentre viciado por esta causal de nulidad absoluta es necesario que el mismo se haya celebrado con el cumplimiento de los requisitos legales en cuanto a su forma, pero que se compruebe que la finalidad perseguida por los contratantes no coincide con la establecida por el ordenamiento jurídico para esa contratación sino que apunta a la satisfacción de intereses desligados de la misma y asociados al beneficio indebido de la autoridad que suscribe el contrato, del contratista o de un tercero, o cuando de cualquier manera, obedece a la obtención de un objetivo distinto al legalmente previsto.

24. En el presente caso, el demandante adujo que con la celebración del contrato de concesión se produjo el abuso o desviación de poder por parte de la administración, toda vez que a través del mismo se desconoció el interés general, al entregar a un particular bienes de

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 1012, expediente 21489, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

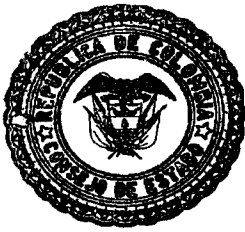


naturaleza pública, "(...) cambiándose además la destinación de los mismos (...)", que eran necesarios para la libre circulación y tránsito público, "(...) como fueron concebidos desde el mismo momento de su trazado urbanístico".

25. En términos generales, lo que el demandante considera desviación de poder, es que se le hubiera entregado por parte de la entidad demandada al contratista, una serie de vías públicas de la ciudad, para que efectuara su explotación mediante el sistema de parqueo autorizado en las mismas, pues a su juicio la entidad contratante no podía disponer del espacio público en la forma en que lo hizo, ni siquiera por autorización administrativa, lo que motivó, precisamente, que en las pretensiones hubiera solicitado el demandante la inaplicación, *por vía de excepción* de inconstitucionalidad e ilegalidad, del Acuerdo 34 de 1991 y del Decreto Distrital 109 de 1993, a través de los cuales se estableció el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado zonas azules –el primero- y se reglamentó el mismo –el segundo- (f. 20, c. 1).

Derechos sobre el espacio público

26. Al respecto, se observa que la Constitución Política consagra el dominio del Estado sobre diversos bienes de naturaleza pública, al disponer en primer lugar, que el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, hacen parte de Colombia (art. 101); que el territorio con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación (art. 102) y que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (artículo 332).



27. En relación con los bienes públicos, se observa que el Código Civil en su artículo 674, dispone que *"Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la república"*, aclarando que *"Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio"*, pero si su uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman *bienes de la Unión o bienes fiscales*. Es decir que existe una clasificación general de los bienes públicos: bienes de uso público y bienes fiscales, siendo estos últimos, aquellos respecto de los cuales las entidades estatales ejercen un derecho real de dominio como el que un particular puede ejercer sobre un bien de su propiedad y hacen parte de su propio patrimonio.

28. En cambio la relación del Estado con los bienes de uso público es especial y diferente, puesto que no implica un derecho real, absoluto, de disposición respecto de ellos, sino que se trata más bien de una especie de administración que le corresponde ejercer sobre los mismos, con la finalidad última de la satisfacción del interés general a través de su adecuada utilización, en lo que ha sido dado en llamar un *dominio eminente*, del que el Estado es titular en relación con dichos bienes de uso público. Esta forma de dominio implica que respecto de ellos no cabe ejercer los atributos propios del derecho de propiedad (*utendi, fruendi y abutendi*) ni ello envuelve algún significado de índole patrimonial, ya que se trata más bien del cumplimiento de una especie de derecho de guarda, tuición o supervigilancia, mediante la reglamentación de su uso¹¹.

29. La Constitución Política le brinda una protección especial al espacio público, al consagrarlo dentro de los derechos colectivos y del ambiente –Título II, Capítulo III- y disponer que es deber del Estado

¹¹ Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo; *"Bienes"*. Librería Jurídica Comlibros Ltda., Medellín, 10ª ed., 2006, p. 62.



velar por la protección de su integridad y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular y que por lo tanto, las entidades públicas deberán regular la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común (art. 82) y así mismo, al disponer en la regulación de los derechos sociales, económicos y culturales –Título II, Capítulo II-, que los bienes de uso público –especie del espacio público- son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63).

30. La Corte Constitucional se refirió a las distintas clases de bienes estatales y en lo que tiene que ver específicamente con el espacio público y los bienes de uso público, manifestó:

c. Bienes de dominio público.

Existe un tercer grupo de propiedad, normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1º), relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público.

*Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público; además es necesario que concorra el elemento del **destino** o de la **afectación** del bien a una finalidad pública; es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la clasificación de los bienes de dominio público².*

La teoría de la afectación de los bienes de dominio público fue introducida por el legislador colombiano en el artículo 148 del Decreto 222 de 1983.

(...)

c.2. Bienes afectados al uso público.

Esta categoría la integran en primer lugar, los bienes de dominio público por naturaleza, definidos en la ley como aquellos que

² [2] "Cfr. PARADA, Ramón. Derecho Administrativo, Tomo III, Bienes públicos, Derecho urbanístico. Editorial Marcial Pons, cuarta edición. Madrid. 1.991, pág 43 y ss "El criterio de la afectación como definidor del dominio público. Bienes que comprende".



reúnen determinadas condiciones físicas, como los ríos, torrentes, playas marítimas y fluviales, radas, entre otros y también los que siendo obra del hombre, están afectados al uso público en forma directa como los caminos, canales, puertos, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y cuidado sean de competencia de las autoridades locales.

La enumeración que antecede no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que en la ley 9ª de 1.984 y en el Código Civil se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales.

Los **bienes de uso público del Estado**, tienen como característica ser **inalienables, imprescriptibles e inembargables** (artículo 63 de la Constitución Política).

a) **Inalienables**: significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc.

b) **Inembargables**: esta característica se desprende de la anterior, pues los bienes de las entidades administrativas no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios.

c) **Imprescriptibles**: la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponerse por el transcurso del tiempo, se ha intentado encontrar, en todas las épocas, con la formulación del dogma de la imprescriptibilidad de tales bienes. Es contrario a la lógica que bienes que están destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados, es decir, que al lado del uso público pueda prosperar la propiedad particular de alguno o algunos de los asociados.

c.3. Bienes afectados al espacio público.

La definición de los bienes del Estado destinados al uso público se encuentra en el artículo 9º de la Ley 9ª de 1.989 que determina que los bienes de uso público hacen parte del concepto general de **espacio público**. Pero este concepto no es exclusivo de estos bienes, sino que abarca además bienes particulares que por su naturaleza, su uso o afectación están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Luego el espacio público es el género y el uso público, la especie. Aquél concepto subsume a éste (...) ¹².

¹² Corte Constitucional, sentencia T-566 del 23 de octubre de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



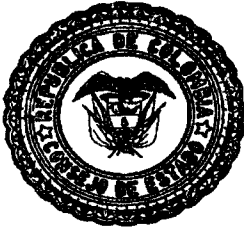
31. Antes de la Constitución Política de 1991, fue el legislador quien en primer lugar se refirió al espacio público en la Ley 9ª de 1989, *"por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones"*¹³, el cual definió en su artículo 5º en los siguientes términos:

Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.

32. Por su parte, el artículo 6º de dicha ley, ya disponía que *"[e]l destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos (...) por iniciativa del alcalde (...), siempre y cuando sean*

¹³ Esta ley fue modificada por la Ley 388 del 18 de julio de 1997, publicada en el Diario Oficial n.º 43.091.



canjeados por otros de características equivalentes" y de acuerdo con el artículo 7º, "los municipios (...) podrán crear de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Así mismo, podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores".

33. Según el numeral 12 del artículo 93 del Decreto-ley 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal¹⁴, es atribución legal de los concejos municipales, entre otras, la de disponer lo conveniente acerca de la manera como debe hacerse uso de los terrenos comunales de los municipios y el artículo 33 de la Ley 136 de 1994, "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", establece que en relación con los usos del suelo las decisiones, en todo caso, deberán ser aprobadas por el concejo municipal¹⁵. Actualmente, el artículo 313 de la Constitución Política, les atribuye a los concejos municipales la competencia exclusiva para efectuar la reglamentación de los usos del suelo (ord. 7º)¹⁶.

¹⁴ Este código fue modificado por la Ley 1447 del 9 de junio de 2011, "Por la cual se desarrolla el artículo 290 de la Constitución Política de Colombia", publicada en el Diario Oficial n.º 48095 de la misma fecha, en cuanto a la fijación y modificación de los límites de las entidades territoriales y por la Ley 1551 del 6 de julio de 2012, "Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", publicada en el Diario Oficial n.º 48483 de la misma fecha, que también modificó la Ley 136 de 1994.

¹⁵ Se citan estas normas legales porque eran las que se hallaban vigentes para la época de celebración del contrato objeto de la presente controversia, ya que posteriormente fue expedida la Ley 388 de 1997, "Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial n.º 43091 del 24 de julio de 1997.

¹⁶ "Art. 313. Corresponde a los concejos: // (...) 7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda (...)".



34. El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre esta competencia exclusiva de los concejos municipales en materia de regulación y disposición de los usos del suelo en sus respectivas circunscripciones territoriales, manifestando:

Facultad regulatoria¹⁷, que involucra el concepto de espacio público y que se ejerce como una "atribución propia"¹⁸ de los concejos municipales, tiene, pues, respaldo constitucional, como que el artículo Superior se ocupa de las atribuciones de los concejos municipales, no sólo en materia de definición del marco normativo de uso de suelos, sino también en lo atinente a la regulación de zonas históricas (...).

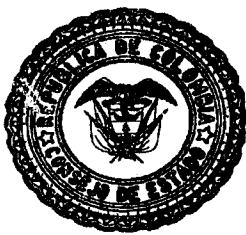
Lo anterior indica que si bien la facultad regulatoria en materia de derechos constitucionales por principio radica de manera exclusiva en el Congreso de la República, en lo que se conoce como reserva de ley, la Constitución ha confiado a los concejos, con arreglo a la Constitución y a la ley, la tarea de regular en ciertos ámbitos el derecho colectivo del espacio público, previsto como tal por el artículo 4º de la ley 472 en consonancia con el artículo 82 Constitucional, como parte integrante de la facultad reglamentaria de los usos del suelo.

Sobre los presupuestos anteriores se ha de indicar que ese conjunto de decisiones regulatorias, por expreso mandato constitucional reiterado por el legislador, han de ser adoptadas por los concejos municipales -con arreglo a la ley-, en lo que bien podría denominarse "RESERVA DE ACUERDO", como garantía del derecho colectivo al espacio público frente a las atribuciones regulatorias residuales del alcalde respectivo, entre ellas, las de tránsito. En efecto, acorde con las normas que gobiernan la materia, a los Concejos les compete la función de adoptar el plan general de ordenamiento físico del territorio -el cual incluirá la reglamentación de los usos del suelo-; expedir el plan general de Ordenamiento Físico Territorial; adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas, reglamentar los usos del suelo.

Así, el ordenamiento espacial del territorio, por ministerio de la Constitución y la ley, la intervención del Estado en los usos del

¹⁷ [17] "Al abordar la competencia regulatoria de los Concejos, la Corte Suprema de Justicia como juez de constitucionalidad señaló que la ley y el reglamento, siendo este el medio supletivo o apenas suplementario de la tarea reguladora de aquella, constituyen de consuno la base normativa que supedita la acción administrativa o material (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia de 21 de abril de 1982, MP Manuel Gaona Cruz)".

¹⁸ [19] "CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto Rad. 803, 18 de marzo de 1996, C.P. Roberto Suárez Franco".



suelo (art. 334 C.P) y, en fin, todas las acciones urbanísticas que son materia del POT recaen de forma exclusiva y excluyente -con arreglo a lo dispuesto en la ley- en los Concejos, en tanto la destinación del espacio público que allí se define responde a la satisfacción de una necesidad colectiva, o lo que es igual, responde a una expresión nítida de la prevalencia del interés público. En otros términos, los alcaldes desempeñan tan solo un rol de ejecutores de las reglas adoptadas por los Concejos, a los cuales está reservada la facultad constitucional de fijar los criterios y pautas generales, enderezados a ordenar la vida urbana del municipio¹⁹.

35. No queda duda entonces, de que la autoridad llamada a regular todo lo referente al uso de los suelos en los municipios es precisamente dicha corporación administrativa de elección popular, el concejo municipal o distrital, razón por la cual, no encuentra la Sala que resulte procedente la inaplicación que la demandante solicita en relación con el Acuerdo n.º 34 de 1991, por medio del cual el concejo distrital de Bogotá creó el sistema de estacionamiento autorizado en vía pública denominado zonas azules, como tampoco la reglamentación contenida en el Decreto Distrital 109 de 1993, puesto que eran las autoridades de esta entidad territorial las llamadas a regular lo concerniente a la utilización del espacio público, del cual hacen parte las vías.

36. Al respecto, se observa que la Sección Primera de la Corporación, en asunto similar al presente, en el que inclusive se pidió la inaplicación de normas legales²⁰ por contravenir las disposiciones

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de octubre de 2005, expediente AP-00135-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ Artículos 12 y 69, numerales 6, del Decreto-ley 1421 de 1993, estatuto de Bogotá, que le otorgaron al Concejo Distrital la facultad de "determinar los sistemas y métodos con base en los cuales las Juntas Administradoras Locales podrán establecer el cobro de derechos por concepto de uso del espacio público para la realización de actos culturales, deportivos recreacionales o de mercados temporales".



constitucionales que garantizan la protección del espacio público, manifestó que

(...) el deber de velar por la destinación al uso común de los bienes integrantes del espacio público no impone, de una parte, que dicho uso sea necesariamente gratuito en todas las circunstancias y, de otra parte, que no pueda la autoridad competente reglamentar dicho uso, en cuanto se refiere al acceso de las personas, tal como sucede con el parqueo de automóviles en áreas del espacio público, conocido en la capital de la República como zonas azules, o la utilización de la playa en concesión por los empresarios turísticos, o la concesión de parques como El Salitre de Santa Fe de Bogotá, o como el cobro de peajes por la utilización de vías públicas.

En el mismo orden de ideas, la destinación al uso común del espacio público puede ser reglamentada por la autoridad en el ejercicio de sus competencias policivas, pues esa reglamentación constituye un mecanismo para la protección de su integridad, de manera que dicho uso común puede, bajo ciertas circunstancias, ser limitado, de acuerdo con la ley y los reglamentos administrativos, sin que ello constituya violación del artículo 82 constitucional. Dicha reglamentación no significa que se le otorgue prevalencia al interés particular sobre el interés colectivo, pues ella busca que se satisfagan de la mejor manera los intereses culturales, artísticos y deportivos de la comunidad, mediante el uso racional de ese espacio público, evitando la ocupación permanente del mismo o la perturbación de su uso.

De otra parte, como lo indica el inciso segundo del artículo 82 constitucional, la idea de la no gratuidad no es extraña a las regulaciones sobre utilización del suelo²¹.

37. Adicionalmente, se advierte que la Ley 105 de 1993²² dispuso en su artículo 28 que "Los municipios, y los distritos, podrán establecer tasas por el derecho de parqueo sobre las vías públicas, e impuestos que desestimulen el acceso de los vehículos particulares a los centros

²¹ Sentencia del 23 de marzo de 2000, expediente 5504, C.P. Manuel S. Urueta Ayala.

²² "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones".



de las ciudades"; la Ley 9 de 1989²³, en su artículo 7º estableció que los municipios pueden crear, de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales y que así mismo, "(...) podrán contratar con entidades privadas las administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores" y finalmente, mediante el contrato de concesión, según lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, lo que hacen las entidades es precisamente otorgar al concesionario, entre otros, la explotación "(...) 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 (...) a cambio de una remuneración (...)".

38. De acuerdo con lo anterior, el contrato de concesión de zonas azules celebrado entre el FONDATT y la unión temporal SOCIEDAD TEMPORAL DE PARQUEADEROS, se celebró con fundamento en las normas legales y distritales que autorizaron y reglamentaron la creación y funcionamiento de este sistema de estacionamiento autorizado en vía pública mediante la modalidad del contrato de concesión, sin que obre en el plenario prueba alguna en relación con una finalidad distinta en su celebración, a la de dar cumplimiento a lo dispuesto en las respectivas disposiciones, con la finalidad de fomentar la utilización racional de la infraestructura y el equipo automotor en la ciudad, razón por lo cual y teniendo en cuenta la definición y descripción de este vicio invalidante, concluye la Sala, contrario a lo expuesto en la sentencia de primera instancia, que no se acreditó el cargo de desviación de poder que se adujo en la demanda.

²³ "Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones".



39. Descartada la existencia de esta causal de nulidad absoluta del contrato, procede la Sala a analizar la otra que se alegó en la demanda, consistente en la celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal.

Artículo 44, numeral 2º de la Ley 80 de 1993, celebración contra expresa prohibición constitucional o legal

40. En relación con esta causal de nulidad absoluta del contrato, la jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado en el sentido de que, para la procedencia de la misma, es necesario que el negocio jurídico haya sido suscrito a pesar de la existencia de una prohibición expresa, contenida en la Constitución, la ley o en una norma con fuerza de ley, lo que de entrada descarta la nulidad proveniente del desconocimiento de una prohibición contenida en normas jerárquicamente inferiores, tales como decretos, ordenanzas, acuerdos, etc., debiendo tratarse entonces de una disposición contenida en la Constitución Política, o que haya sido expedida directamente por el legislador o el presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, en la cual éstos de manera concreta hayan prohibido la celebración de esa clase de contratos, lo que implica así mismo, que no puede aducirse la causal mediante interpretaciones que conduzcan a deducir la existencia de la supuesta prohibición. Al respecto, ha dicho:

*Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que esta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren de los siguientes presupuestos: i) La violación del régimen de prohibiciones consagrado en **normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley**; por lo tanto, la violación a otro tipo de normas en cuanto no tengan rango constitucional o que carezca de fuerza de ley, no genera vicio de nulidad en el contrato, tal como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala²⁴ y, ii) La prohibición*

²⁴ [1] "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez".



establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa**, como también lo sostuvo la jurisprudencia en el siguiente pronunciamiento:

"Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, **la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa**, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares -art. 355 CP²⁵-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años -ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años -ley 9 de 1989, etc.

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato "... **contra expresa prohibición constitucional o legal.**" **Es necesario analizar, en cada caso concreto, el contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente.**²⁶ (Negritas fuera del texto).

Bajo esta perspectiva, se tiene que la violación a las normas constitucionales o legales, en la celebración de un contrato, acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del contrato celebrado en tales condiciones, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico da lugar a la ilegalidad de los actos; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos da lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que fueron señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa o explícita.

A lo anterior se agrega que las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, no cabe la aplicación de las mismas por vía de analogía.

²⁵ [2] "Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia."

²⁶ [3] "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2006, Exp. 31480, M.P. Alirio Eduardo Hernández Enríquez".



Por esta razón, no resulta viable pretender la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la causal contenida en el numeral 2ª del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en todos aquellos casos en los cuales se presente cualquier tipo de vulneración del ordenamiento jurídico²⁷.

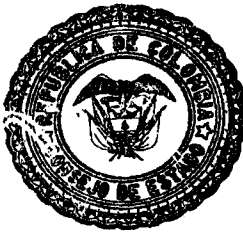
41. Las anteriores consideraciones de la Sala obedecieron a la interpretación que se hizo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, el cual establece el deber de la entidad contratante de terminar el contrato mediante acto debidamente motivado siempre que se configure alguna de las causales contempladas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44²⁸, para concluir, refiriéndose al evento del numeral 2º de este artículo, que la ley no le otorga tal facultad de terminación unilateral a la administración, para que la ejerza frente al incumplimiento de cualquier exigencia normativa que rodee la celebración del contrato, sino en aquellos precisos casos en los que se configure la referida causal de nulidad de celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal, en los términos explicados en las citadas providencias.

42. En el *sub-lite*, el demandante adujo que con el contrato n.º 176 de 1994 se violaron prohibiciones de orden legal, pero no concretó cuáles fueron, sino que se limitó a afirmar el desconocimiento de varias disposiciones que resultaban aplicables en la celebración del negocio jurídico, lo que no es lo mismo. Y de darse tal situación, puede llegar a configurar otra causal de nulidad absoluta del contrato diferente: la celebración de un contrato con objeto ilícito, una de cuyas modalidades es precisamente la contravención de normas de derecho público²⁹.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 15599, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁸ i) Celebración con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad consagradas en la Constitución o la ley, ii) cuando el contrato se haya celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal y iv) cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

²⁹ El artículo 44 de la Ley 80 de 1993, establece en su inciso primero que los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho



43. No obstante, observa la Sala que tampoco se configuró tal causal, en la medida en que en la celebración del contrato objeto de impugnación no se dio el desconocimiento de las normas aducidas en la demanda. Según el demandante, si bien la ley de reforma urbana permitía la variación de la destinación de unos bienes afectados al servicio y disfrute público, ello debía efectuarse cumpliendo ciertos requisitos, tal y como lo dispone el artículo 6º de la Ley 9 de 1989, que exige: i) que la variación se haga por acuerdo del concejo distrital, ii) por iniciativa del alcalde mayor y iii) que los bienes sean canjeados por bienes de características equivalentes y según el demandante, en el caso del contrato acusado no se cumplieron los dos últimos requisitos.

44. Al respecto, observa la Sala que en el presente caso no se produjo la alegada variación, puesto que las vías públicas no dejaron de serlo ni cambiaron su naturaleza de bienes pertenecientes al espacio público, destinadas al uso público. Lo que implicó la celebración del contrato de concesión demandado, fue el cobro por la utilización de tales bienes, lo cual, como ya se explicó, estaba autorizado por el ordenamiento jurídico correspondiente. En consecuencia, no advierte la Sala la vulneración de las normas planteadas por el demandante y relacionadas con la naturaleza del espacio público y sus características, así como con los requisitos para la variación de su destinación.

común; de acuerdo con el artículo 1741 del Código Civil, constituye nulidad absoluta "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita..."; el artículo 1519 *ibidem*, dispone que "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación", y el artículo 16 estipula que "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". Por su parte, el artículo 899 del Código de Comercio establece los casos en los cuales será nulo absolutamente el negocio jurídico, entre ellos, "Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa".



45. En cuanto al desconocimiento de la obligación legal de obtener un concepto previo y favorable a la celebración del contrato por parte del Departamento Administrativo de Planeación Distrital de acuerdo con lo establecido por el artículo 82 del Acuerdo n.º 6 de 1990, observa la Sala que tal desconocimiento tampoco se produjo, toda vez que el Concejo distrital expidió una autorización expresa a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá para entregar en concesión el Sistema de Estacionamiento autorizado en vía pública denominado "Zonas Azules", mediante el Acuerdo n.º 34 de 1991, norma especial y posterior que reguló este medio de administración del espacio público mediante la explotación de zonas de uso público, como mecanismo tendiente al fomento de la utilización racional de la infraestructura y el equipo automotor en la ciudad.

46. Así lo dedujo el Consejo de Estado en un caso idéntico al presente, en el que se demandó otro contrato de concesión de zonas azules en la ciudad de Bogotá, ocasión en la cual, la Corporación sostuvo:

Para la Sala no hay duda que en el asunto bajo estudio, la autorización para el aparcamiento en las vías públicas y el cobro del mismo a través de la concesión de zonas de estacionamiento denominadas "zonas azules", fue otorgada por el órgano competente (art. 7 Ley 9/89), que en este caso lo era el Concejo municipal de Bogotá, mediante el Acuerdo número 34 de 1991 y no el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, como en forma equivocada lo dice la sentencia recurrida.

El sistema Distrital de Estacionamiento autorizado en vía pública denominado "Zona Azules" en el Centro Internacional Tequendama, fueron autorizadas legalmente como parte del mencionado proyecto arquitectónico mediante normas distritales que no riñen con las normas de superior jerarquía como lo son el Acuerdo 34 del 18 de diciembre de 1991, expedido por el Concejo de Bogotá, a través del cual se otorgan facultades para implementar el sistema de estacionamiento denominado "ZONAS AZULES" y se autoriza la celebración del contrato de concesión; la Ley 9 de 1989 y la Ley 80 de 1993; normas que no son contradictorias sino que son armónicas entre sí y permiten la explotación de zonas de uso público por parte del Distrito, lo cual



lleva a concluir que el funcionamiento y explotación de la zonas de estacionamiento se hizo conforme a la ley.

El acuerdo 6 del 8 de mayo 1990, por medio del cual se adopta el Estatuto para el Ordenamiento Físico del Distrito Especial de Bogotá y se dictan otras disposiciones, si bien es cierto que en el inciso 3 del artículo 82³⁰, exige el concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital; sin embargo olvidó el a quo, que el citado acuerdo es una norma de carácter general que en nada toca con el sistema de estacionamiento autorizado denominado "ZONAS AZULES", regulado de manera especial por el Acuerdo del 18 de diciembre de 1991 expedido por el Concejo de Bogotá, este acto fue expedido expresamente para regular el tema y donde se otorgan facultades determinadas y pro tempore a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, para entregar en concesión el Sistema de Estacionamiento autorizado en vía pública denominado "ZONAS AZULES", aplicando las normas vigentes sobre la materia.

Igualmente olvidó el juzgador de instancia, que el Acuerdo No 18 (sic) de diciembre de 1991, es posterior al Acuerdo 6 de 1990, y de conformidad con el artículo 2 de la ley 153 de 1887, la ley posterior prevalece sobre la anterior y en caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior³¹.

Conclusión.

47. Como corolario de las anteriores consideraciones, considera la Sala que en el presente caso no se configuró la causal de nulidad absoluta que sirvió de base al a-quo para invalidar el contrato de concesión celebrado por el FONDATT para la implementación de las zonas azules en el sector de Chapinero de la ciudad de Bogotá, ni ninguna otra de las alegadas por la parte actora, razón por la cual, la

³⁰ [26] "Acuerdo 6 de 1990. Art. 82. Inciso 3 "Los contratos de que trata el inciso anterior requerirán concepto previo y favorable del Departamento Administrativo de Planeación Distrital en el sentido de que se ajustan a los planes y programas adoptados con forme al presente acuerdo, a las políticas de desarrollo urbano y a las reglamentaciones urbanísticas".

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 20185, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz. En similar sentido, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de abril de 2012, expediente 23649, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.



sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de mayo de 1999. En su lugar, se dispone:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala