

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., dos (2) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 47001233300020190061901 (69331)

Actor: UNIÓN TEMPORAL ILUMINACIONES ZONA BANANERA

Demandado: MUNICIPIO DE ZONA BANANERA

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

Temas: *PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES PARA PRETENDER LA DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES – no procede de cara al contenido y alcance del medio de control de controversias contractuales*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 30 de marzo de 2022, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

La presente controversia gira en torno a la declaratoria de incumplimiento del pago de la suma de \$2.615'361.000, ordenada por el municipio de Zona Bananera en favor de la concesionaria, unión temporal Iluminaciones Zona Bananera, suma que fue reconocida por el ente territorial mediante Resolución 2015-12-14-001 del 14 de diciembre de 2015, la cual fue expedida con el fin de ordenar las medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión para la prestación del servicio de alumbrado público celebrado por esas partes el 15 de diciembre de 2004.

2. La demanda

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 12 de marzo de 2018 por la empresa unipersonal Inversiones Vrom, las sociedades Inmobiliaria e Inversiones Isan Ltda. y Valderrama Galván y Cía S en C, en condición de miembros

de la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, en contra del municipio de Zona Bananera, con el fin de que se declarara que: **i)** el 14 de diciembre de 2015, el municipio expidió la Resolución 2015-12-14-001, por medio de la cual reconoció el rompimiento del

equilibrio económico del contrato de concesión, por razones no imputables a la unión temporal concesionaria y, como consecuencia, se obligó a reconocer en su favor la suma de \$2.615'361.000 para restablecer la ecuación desbalanceada; **ii)** se declarara que el municipio de Zona Bananera incumplió con el pago de la suma de \$2.615'361.000, al que se comprometió al proferir la resolución en comentario; **iii)** como consecuencia, se condenara al ente territorial a pagar al demandante la referida suma de dinero actualizada, así como los intereses moratorios calculados de conformidad con la Ley 80 de 1993 y se condenara en costas a la demandada.

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

Previo procedimiento de licitación pública, el 15 de diciembre de 2004, el municipio de Zona Bananera y la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera celebraron el contrato de concesión cuyo objeto consistió en la operación, mantenimiento, administración y modernización de la infraestructura del servicio de alumbrado público en ese ente territorial, por un plazo de 20 años.

El 10 de noviembre de 2010, el Concejo Municipal de la Zona Bananera dictó el Acuerdo 010, por el cual derogó los artículos 9.2.4 y 9.2.5 del Acuerdo 008 de 2009, los cuales servían de base jurídica para que las empresas carboníferas y las empresas industriales de ese territorio pagaran las tarifas por servicio de alumbrado público.

Para la accionante, la expedición del Acuerdo 0010 llevó a que el contrato de concesión dejara de recibir los recursos procedentes del recaudo de esas tarifas pagadas por concepto de alumbrado público desde septiembre de 2010 hasta julio de 2012, situación a que, a su turno, condujo a que la concesionaria debiera financiar la prestación del servicio con su propio patrimonio, lo que causó un desbalance de la ecuación contractual.

Con fundamento en lo expuesto, mediante escrito del 4 de marzo de 2015, la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera solicitó al municipio concedente que restableciera el equilibrio económico del contrato de concesión en cuantía de \$2.615'361.000, petición a la que el municipio de Zona Bananera accedió mediante Resolución 2015-12-14-001 del 14 de diciembre de 2015, en la que dispuso reconocer y restablecer la ecuación financiera en favor de la concesionaria en la suma referida.

A pesar de que el 10 de octubre de 2017 la unión temporal pidió al municipio de Zona Bananera que le diera cumplimiento a lo decidido en la mencionada resolución, el ente territorial no procedió en esa dirección.

3. Contestación de la demanda

El municipio de Zona Bananera contestó la demanda dentro de la oportunidad legal en escrito en el que se opuso a las pretensiones. Alegó que, en el empalme entre la administración saliente a finales de 2015 y la entrante, aquella no hizo entrega de la Resolución 2015-12-14-001, cuya copia tampoco obra en la carpeta del contrato de concesión de alumbrado público, ni en los archivos de la entidad.

Señaló que, de conformidad con el contrato, el municipio mantendría el equilibrio financiero del contrato ya fuera aumentando el plazo del acuerdo o haciendo el incremento tarifario que se requiriera y no reconociendo en favor del concesionario los impuestos que se dejaron de cobrar por haberse derogado los acuerdos que servían de fundamento normativo para su recaudo.

Indicó que no reposaba en el expediente contractual evidencia de los trámites y procedimientos adelantados por las partes para zanjar sus diferencias en torno al alegado desequilibrio económico.

4. La sentencia de primera instancia

El tribunal *a quo* negó las pretensiones de la demanda, por considerar que para resolver la controversia no bastaba con que el demandante hubiera aportado la copia simple de la Resolución 2015-12-14-001, puesto que no estaba demostrado que en el caso se hubieran reunido los supuestos para proceder al reconocimiento del equilibrio económico del contrato de concesión que se habría dispuesto en esa decisión, cuestión que impedía al municipio dictarla, porque con ella se habían desconocido los presupuestos pactados en el contrato para el efecto y tampoco estaba probado que la concesionaria hubiera demostrado sufrir un detrimento en su patrimonio con ocasión de las decisiones del Concejo Municipal de la Zona Bananera.

5. Recurso de apelación

La parte actora apeló la sentencia de primera instancia bajo el argumento de que el *a quo* se extralimitó en el fallo al decidir sobre la legalidad del acto administrativo que ordenó el restablecimiento del equilibrio económico, el cual nunca fue demandado por el municipio y, por tanto, era vinculante.

II. CONSIDERACIONES

Aunque sería de caso adentrarse en el análisis del recurso de apelación formulado por la parte demandante, la Sala considera necesario realizar algunas precisiones en torno del medio de control de controversias contractuales propuesto, ante la concurrencia de particularidades que así lo convocan.

1. La procedencia del medio de control de controversias contractuales para pretender la declaratoria de existencia de actos administrativos contractuales

Lo primero que se debe advertir es que en el caso concreto el medio de control

ejercido fue el de controversias contractuales, a través del cual se formularon las siguientes pretensiones¹:

- Que se declarara que, el 14 de diciembre de 2015, el municipio expidió la Resolución 2015-12-14-001, por medio de la cual reconoció el rompimiento del equilibrio económico del contrato de concesión por razones no imputables a la unión temporal concesionaria y, como consecuencia, se obligó a reconocer en su favor la suma de \$2.615'361.000 para restablecer la ecuación desbalanceada;
- Que se declarara que el municipio de Zona Bananera incumplió con el pago de la suma de \$2.615'361.000, al que se comprometió al proferir la resolución en comento.
- Como consecuencia, se condenara al ente territorial a pagar, actualizada, a la demandante la referida suma de dinero, así como los intereses moratorios

¹ Aun cuando también se incluyó como pretensión la declaratoria de existencia del contrato de concesión de alumbrado público en cuya ejecución se suscitó el debate, lo cierto es que esa pretensión resulta inocua de cara a que: i) su existencia está demostrada con el escrito que se aportó de su texto -requisito *ad substantiam actus por tratarse de un contrato sometido a la Ley 80 de 1993*; ii) la entidad no desconoció en momento alguno su perfeccionamiento; iii) en consonancia con la *causa petendi*, es claro que el debate que se pone a consideración de la Sala no guarda relación ni se centra en discrepancias sobre la existencia del contrato de concesión, sino en la existencia de un acto administrativo contractual que se produjo en su desarrollo, que supuestamente ordenaba un restablecimiento del equilibrio económico en favor de la concesionaria y que, según se afirma por la actora, no fue cumplido por el municipio concedente.

calculados de conformidad con la Ley 80 de 1993 y demás perjuicios causados por su falta de pago.

La *causa petendi* de su reclamación se sustentó en los sucesos que dieron lugar a que la unión temporal presentara la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de alumbrado público, a la respuesta afirmativa que el ente territorial habría dado a sus aspiraciones económicas en procura de restablecer el desbalance financiero ocurrido en desarrollo del acuerdo comercial y al hecho de que, a la fecha de presentación de la demanda, el ente territorial no había dado cumplimiento a su propia decisión, en el sentido de ordenar el desembolso dispuesto en la citada resolución².

Sentado el panorama alusivo a las pretensiones formuladas y a los fundamentos fácticos en los cuales se sustentaron, se tiene que el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al regular el medio de control de controversias contractuales, establece las pretensiones que por ese cauce están llamadas a tramitarse.

De su literalidad se desprende que a través de este medio procesal las partes de un negocio están habilitadas para solicitar:

- Que se declare la existencia o nulidad del contrato.

- Que se ordene la revisión del acuerdo.
- Que se declare el incumplimiento del negocio jurídico.
- Que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales.
- Que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios causados.

² Como fundamento de lo anterior, la parte actora aportó con la demanda los siguientes documentos:

- Escrito del 4 de marzo de 2015, mediante el cual la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera, en condición de concesionaria, solicitó al municipio de Zona Bananera, como concedente, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de alumbrado público en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

- Respuesta a la anterior solicitud, el 14 de diciembre de 2015, por la cual el municipio de Zona Bananera expidió la Resolución 2015-12-14-001, en la que decidió **Reconózcase y restablézcase la ecuación financiera a favor de la Unión Temporal Iluminaciones Zona Bananera, por la suma de DOS MIL SEISCIENTOS QUINCE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS**

(\$2.615.361,000) M/CTE, al ajustarse a la Ley. El Municipio de Zona Bananera con este acto administrativo, soportará el pago al Contratista de este monto dentro del escenario financiero correspondiente al presupuesto de rentas y gastos de la Entidad Territorial, sea que provengan de recursos propios o con cargo a los recursos provenientes de transferencias del presupuesto General de la Nación o de otros ingresos que afecten al presupuesto del Municipio que se obtengan, para lo cual podrá ajustar el pago a las disponibilidades de la apropiación en los términos de Ley, en aras de cumplir con este compromiso de pago..”.

- Que se liquide judicialmente el contrato, cuando esto no hubiera ocurrido de forma bilateral o unilateral.
- Que se hagan otras declaraciones y condenas.

Como se aprecia, ninguno de los supuestos en que se fundamentan las pretensiones susceptibles de ventilarse a través del medio de control de controversias contractuales dan lugar a pretender que se declare la existencia de un acto administrativo contractual. El *petitum* asociado a estas decisiones se restringe a procurar su nulidad o a cuestionar su legalidad, no a obtener la declaratoria de su surgimiento al plano jurídico.

En contraste, cabe anotar que la anterior formulación jurídica es consonante con lo consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que consagra el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en consideración a que lo que allí se determina es la procedencia de enjuiciar, por la vía de la pretensión anulatoria, la validez de un acto administrativo por la causales contempladas en el artículo 137 de ese mismo compendio normativo, que a la postre son las mismas que en su contra se pueden pretender contra los actos administrativos contractuales.

Se evidencia así que en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no se abre la posibilidad de que, previo a la declaratoria de nulidad del acto impugnado, se obtenga a través de esa misma vía la declaratoria de su existencia en el evento de que esta se halle en entredicho.

No desconoce la Sala que dentro del catálogo de alternativas mediante las cuales es viable procesalmente impetrar el medio de control de controversias contractuales

se encuentra aquella con arreglo a la cual se podrán pretender “*otras declaraciones y condenas*”.

Pese al carácter abierto y abstracto que encierra la literalidad de esa premisa, se estima que la comprensión que a ese respecto merece dispensarse necesariamente debe acompasarse con la naturaleza y alcance del medio de control en que está inmersa, que no es otra que la controversia ligada al contrato. Por contera, las declaraciones y condenas innominadas deberán estar íntimamente conectadas con este, no con el acto administrativo producido en curso de su ejecución. Nótese que es en relación con el acuerdo de voluntades que la legislación estableció la

procedencia de la pretensión de la declaratoria de su existencia, no así frente a los actos contractuales. Respecto de estos delimitó su discusión únicamente al debate sobre su legalidad.

No sobra agregar que, incluso la declaratoria de existencia del contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, como ocurre en este evento, aun cuando no resultaría improcedente³ sí resultaría inane, habida cuenta de que, al ser la formalidad del escrito en este tipo de contratos un requisito *ad substantiam actus -que no requisito ad probationem-*, la constatación

³ Sin perjuicio de que, en los casos de declaratoria de urgencia manifiesta, entre otros, pueda justificarse la formulación de esa súplica.

Igualmente, cabe precisar a este respecto que el contrato de concesión celebrado entre el municipio de Zona Bananera y la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera, suscrito el 15 de diciembre de 2004, tuvo por objeto la operación mantenimiento, administración y modernización de la infraestructura del servicio de alumbrado público en esa localidad y fue gobernado por las normas de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de la observancia de las normas especiales en la materia que consagrada la Ley 143 de 1994.

En efecto, aun cuando a la fecha de su celebración no se habían expedido las normas que de manera clara y expresa especificaron que los contratos de concesión del servicio de alumbrado público se encontraban sometidos al régimen de contratación estatal, tales como el Decreto Reglamentario 2424 de 2006 y la Ley 1150 de 2007, jurisprudencialmente esa ha sido la comprensión que de antaño se les ha dispensado a las normas que regulan esta materia. Así lo puntualizó la Sección Tercera de esta Corporación en pronunciamiento del 2007, al sostener:

“Y aunque el municipio es el responsable directo de su prestación puede hacerlo, como ya se indicó, a través de un tercero previa celebración de un contrato regido por las normas propias del estatuto de contratación de la administración pública, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° del decreto reglamentario 2424 de 2006³ y el artículo 29 de la ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos. Así lo tenía establecido esta Sala aún antes de la expedición de estos dos últimos preceptos:

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

‘Ahora, tal y como lo señala la CREG, el régimen aplicable a los contratos de concesión del servicio de alumbrado público es la Ley 80 de 1993, por cuanto una de las partes contratantes es un ente territorial: el municipio o distrito, sujeto a autorización previa del respectivo Concejo Municipal o Distrital, según el caso, el cual, a su vez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 338 de la Carta Política puede autorizar al Alcalde para que establezca las tarifas respectivas.

‘Ese vínculo que puede establecerse entre el municipio, como entidad responsable del servicio, y un tercero contratista es ‘una típica relación de ‘colaboración’, en el entendido que (...) obra como un verdadero colaborador en su prestación y no como una simple contraparte’. Con esta perspectiva, la Sección Primera, en sentencia de 12 de junio de 1997, indicó lo siguiente al estudiar la demanda de nulidad interpuesta contra los artículos 1, 2, parágrafo del artículo 4, 5, parágrafo del artículo 6, 7, 8, 9, y 10, de la resolución 043 del 23 de octubre de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, ‘por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las empresas de servicios públicos domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público’:

“Los contratos, como cualesquiera actos jurídicos, persiguen determinados propósitos, buscan fines

concernientes a las partes que intervienen en la relación jurídico material; fines que no son nada distinto del logro de sus aspiraciones o satisfacción de sus intereses. Y esta idea de carácter general encuentra soporte en el artículo 3º de la ley 80 de 1993 'Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública'. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 15 de agosto de 2007, AP. 2003-00689, C.P: Ruth Stella Correa Palacio. Esta línea de pensamiento fue reiterada por esta Subsección en pronunciamiento del 3 de agosto de 2017, exp. 52285.

de su perfeccionamiento se agotaría con la presentación del documento escrito en el que conste el consenso y no se requeriría de una declaración judicial para tener por probado el negocio jurídico base de las pretensiones. De ahí que solo se justificaría una pretensión encaminada a declarar la existencia de un contrato del Estado cuando la regulación normativa de su tipología no exija esa formalidad, evento en el cual el operador jurídico debe verificar y declarar su existencia a partir de la concurrencia de los elementos de su esencia dispuestos en el ordenamiento.

En suma, la Sala considera que no resulta acertado, desde una óptica procesal, formular la pretensión de declaratoria de existencia de los actos administrativos contractuales.

Se reitera que, en el caso concreto lo pretendido por el demandante fue que se declarara la existencia del acto administrativo de reconocimiento de desequilibrio económico y de las órdenes de pago para su restablecimiento, para lo cual allegó una copia simple de la Resolución 2015-12-14-001 del 14 de diciembre de 2015.

Adicionalmente, en el acápite de pruebas de la demanda, se solicitó oficiar al municipio para que enviara los documentos auténticos que hacían parte del contrato de concesión de alumbrado público, petición a la que accedió el Tribunal de primera instancia en el auto que abrió el debate probatorio. El municipio de Zona Bananera dio respuesta al requerimiento mediante oficio de 1 de octubre de 2020, al que anexó copia simple de la Resolución en comentario.

Se aprecia así que la existencia de esta copia en el proceso no conduce a configurar la procedencia y menos la prosperidad de la pretensión enfocada a que así se declare, pues, como se advirtió, el ordenamiento no consagra que esa pretensión sea pasible de ventilarse a través de una controversia contractual.

Es necesario recalcar que la parte demandante no solicitó que se declarara la existencia del acto como materialidad de su contenido en cuanto al surgimiento del derecho que en su texto se habría reconocido, a lo que se suma que la entidad lo que puso en entredicho fue la existencia misma de la decisión, no del documento propiamente. Es por ello que se insiste en que a través del medio de control de controversias contractual lo que resulta plausible es cuestionar la existencia de un derecho, el cual pudo haberse solicitado a través de una pretensión autónoma que, como se verá más adelante, en el caso no se elevó.

Ahora, si bien de manera principal también se pretendió la declaratoria de incumplimiento de lo ordenado en la Resolución 2015-12-14-001 del 14 de

diciembre de 2015, en realidad, lo que se procuró por el demandante fue que se ordenara judicialmente que el municipio pagara las sumas dispuestas en esa resolución, cuya declaratoria de existencia pretendió, ante la supuesta imposibilidad de obtener el título ejecutivo que sirviera de fundamento para iniciar el juicio de ejecución, según pasa a ilustrarse.

Al respecto, se observa que frente a la pretensión de declaratoria de existencia de la Resolución 2015-12-14-001 del 14 de diciembre de 2015, el municipio de Zona Bananera en su escrito de contestación de la demanda alegó que en la carpeta contractual de sus archivos correspondientes al contrato de concesión no reposaba la Resolución en cuestión.

En relación con este último punto, señaló que, previo a la presentación de esta demanda, el municipio de Zona Bananera, mediante escrito del 11 de marzo de 2016, dio respuesta a la petición elevada el 2 de marzo de ese mismo año por la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera, en la que le solicitaba que le entregara copia auténtica del acto administrativo en comento. Señaló que, en esa oportunidad, el ente territorial informó a la unión temporal que *“revisados los actos administrativos que reposan en esta Alcaldía, no se encontró la Resolución 2015-12-14-001 de fecha 14 de Diciembre de 2015 aducida en su petición; (...) por tanto es imposible atender su petición de copias auténticas”*⁴.

La entidad en la contestación de la demanda respondió que en los archivos de la entidad tampoco se encontraban los antecedentes administrativos que habrían precedido a su expedición, que debían adelantarse de conformidad con lo pactado en el contrato de concesión, como tampoco la constancia de las apropiaciones presupuestales para atender su pago con cargo a vigencias futuras.

Adicionalmente, acompañó al escrito de contestación de la demanda el oficio del 7 de junio de 2016, con constancia de radicado en la Contraloría Departamental del Magdalena, en la que el nuevo alcalde de ese ente territorial puso en conocimiento de ese órgano de control una serie de irregularidades encontradas en el ente municipal al empezar el período de la nueva administración y que habrían estado

⁴ Folio 294, carpeta 1 del expediente digital.

asociadas a la ejecución del contrato de concesión de alumbrado público celebrado con la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera, las cuales guardaban relación con la prestación del servicio de alumbrado en forma precaria y sin mejoramientos recientes.

Advirtió a la Contraloría que, durante la vigencia 2015, el municipio tramitó un empréstito y lo destinó a la financiación de un contrato suscrito para la repotenciación y cambio de luminarias en el sistema de alumbrado público, situación que, a su juicio, revelaba el insatisfactorio cumplimiento que se le había dado al

contrato de concesión. Además, se destaca de ese oficio remitido al órgano de control fiscal la siguiente información:

- En su relato, el municipio hizo referencia a la “*supuesta*” expedición de la Resolución 2015-12-14-001 del 14 de diciembre de 2015, por la cual el alcalde de entonces habría reconocido y restablecido la ecuación económica del contrato de concesión de alumbrado público en favor de la concesionaria. Acusó ante ese ente que la administración, previo a la supuesta expedición de esa decisión en la que habría reconocido la suma de \$2.615'361.000, no había requerido la aprobación del Concejo Municipal y del Confis local, ni tramitado el respectivo CDP para comprometer vigencias futuras.
- Adicionalmente, en esa misiva el municipio informó que el 22 de febrero de 2016 había requerido⁵ a la concesionaria para que rindiera un informe en el que se evidenciaran las condiciones económicas de ejecución de la concesión y se ofrecieran datos como el valor de recaudo de impuesto de alumbrado público recibido entre 2013 y 2015; el plan de inversiones ejecutado según el clausulado contractual; un informe financiero presentado por la fiduciaria encargada del pago y administración de los recursos del contrato y el estado de la cartera vencida por el recaudo del referido gravamen.
- Expresó el municipio que la concesionaria dio respuesta a lo anterior en escrito del 11 de marzo de 2016, en el que en el gráfico de relación de ingresos y egresos en el período comprendido entre el 2013 y 2015 no se reflejó alguna situación deficitaria, dado que los ingresos cubrieron el 100% de los egresos.

⁵ A la contestación de la demanda, también se adjuntaron el referido requerimiento y la respuesta dada por la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera.

- Con base en lo anterior, la alcaldía de Zona Bananera manifestó que demandaría en acción de lesividad⁶ el acto por el cual el municipio ordenó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato y a la fecha se encontraba adelantando el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.

Así pues, fue en este escenario en el que quedó trabada la controversia en este marco procesal en punto a la existencia del compromiso económico que el demandante alegó insatisfecho, obligación que la parte demandada expresamente desconoció haber contraído, al no reposar en sus archivos el documento original, como tampoco los demás documentos que sirvieron de fundamento a su origen.

Lo acontecido con anterioridad a la presentación de esta demanda revela que fue la inviabilidad de obtener el documento base de ejecución, ante la respuesta negativa de la entidad concedente a entregar la pretendida copia auténtica de la

resolución que fungiría como título ejecutivo, lo que impulsó a la parte actora a impetrar este medio de control en el que lo que se buscó, en últimas, fue que el juez ordinario constituyera el título base de recaudo a partir de la pretensión de declaratoria de existencia del acto administrativo contentivo de la obligación, cuestión que, como se indicó en precedencia, no es susceptible de ser pretendida por la vía del medio de control de controversias contractuales.

En ese sentido, no resultaba viable que la parte actora intentara mediante este cauce que se diera trámite al procedimiento previsto en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con lo consagrado en el artículo 803 del Estatuto Mercantil, consistente en la reposición del título que corresponde intentarse ante la jurisdicción ordinaria.

Tampoco resulta procedente adecuar el cauce de este proceso al de un juicio ejecutivo, si se tiene en consideración que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 297 del CPACA, en materia contractual *“prestarán mérito ejecutivo (...) cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los*

⁶ Es pertinente advertir que en el expediente no obra ninguna pieza procesal que revele la formulación de la demanda en cuestión. Con todo, revisado el aplicativo *“Consulta de Procesos Nacional unificada de la Rama Judicial”* se observó que existió el proceso radicado 470012333100320160025600 instaurado por el municipio de Zona Bananera contra la Unión temporal Zona Bananera, en el que aquel pretendió la nulidad de la Resolución 2015-12-14-001 del 14 de diciembre de 2015. Se advierte que, una vez inadmitida la respectiva demanda mediante auto del 23 de octubre de 2017, el municipio retiró la demanda el 27 de noviembre del mismo año y el 14 de junio de 2018 se produjo el archivo del expediente.

que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones”, norma que necesariamente debe acompasarse con lo señalado en el inciso 2º del artículo 215 del CPACA, el cual precisa que la valoración de las copias simples no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.

A este respecto, resulta oportuno traer a colación la sentencia de 28 de agosto de 2013⁷, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸, por medio de la cual se unificó el criterio de reconocerle valor probatorio a los documentos aportados en copia simple en los procesos ordinarios, salvo en lo que concierne a los procesos ejecutivos, cuyo respectivo título base de recaudo, bien sea simple o complejo, deberá allegarse en original o en copia auténtica.

En esa misma línea, esta Subsección se refirió al alcance de dicha providencia de unificación, en los siguientes términos:

“Para la Sala resulta pertinente realizar una precisión en cuanto al alcance de la sentencia de unificación jurisprudencial cuyos apartes se vienen de transcribir, puesto que si bien se estableció en ella que en tratándose de procesos ejecutivos el título de recaudo que soporte la obligación debe obrar en original o en copia auténtica en los eventos autorizados por la ley, no es menos cierto que dicha restricción al ámbito de aplicación de la jurisprudencia transcrita solo opera para aquellos procesos que se tramiten de esa forma, esto es para

*los denominados procesos ejecutivos, excluyéndose por lo tanto de tal carga a los procesos ordinarios (...)*⁹.

En ese contexto, para hacer efectivo el pago que se reputa incumplido, le asistía a la parte ejecutante el deber de aportar, en original o en copia auténtica, la Resolución 2015-12-14-001 del 14 de diciembre de 2015, por la cual el municipio

⁷ Expediente 25.022, C.P. Enrique Gil Botero.

⁸ Esto se expuso en la aludida sentencia de unificación: ***“No quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios -como los procesos ejecutivos en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (ver el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohija en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (ver contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 -nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*** (énfasis fuera del texto).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de febrero de 2016, expediente 41.310.

de Zona Bananera habría reconocido y restablecido la ecuación económica del contrato de concesión de alumbrado público en favor de la concesionaria, que constituirían para este caso el título ejecutivo y no pretender que fuera el juez ordinario el que declarara su existencia.

Emerge con nitidez que aun cuando la parte demandada, como consecuencia de la petición probatoria, aportó copia de la Resolución en comento, lo cierto es que no indicó que se tratara de una copia auténtica u original del escrito que lo contiene.

De ahí que resulta inviable concluir que con el documento aportado la parte actora reúne las exigencias normativas para iniciar un proceso ejecutivo en el que la citada Resolución funja válidamente como título, circunstancia que se erige como obstáculo para considerar que este asunto debió tramitarse por esa cuerda procesal.

Deja en claro la Sala que, ante la supuesta ausencia del título ejecutivo que se habría de instrumentar en el original o copia auténtica de la Resolución en la que se reconoce el desequilibrio económico y se ordena el pago de sumas dinerarias en orden a restablecerlo, se le hubiese negado a la demandante el derecho al acceso a la administración de justicia y hubiera quedado sin herramientas procesales para perseguir su reconocimiento, el que, según se explicó, no procedía a través de la pretensión de declaratoria de existencia del acto, por no ser una pretensión que pudiera elevarse a través del medio de control de controversias contractuales.

Lo que se quiere poner de presente es que, ante el escenario fáctico de lo acontecido, el camino para sacar adelante las aspiraciones económicas asociadas al restablecimiento del equilibrio comercial supuestamente fracturado no era otro que la

formulación de una pretensión encaminada a que se obtuviera la declaratoria de la ruptura de la ecuación financiera del contrato, en el marco del medio de control de controversias contractuales.

Sin embargo, como se anticipó, la parte actora no pretendió que se declarara la existencia del surgimiento del derecho a que se le restableciera el equilibrio económico del contrato, ya que ni de forma principal o subsidiaria el demandante elevó una pretensión en ese sentido. *A contrario sensu*, en el recurso de apelación, la parte actora fue categórica en censurar el análisis emprendido por el *a quo*, dirigido a indagar si se había presentado un desbalance de la ecuación financiera por los hechos que se habrían consignado en la Resolución, en cuanto, en su criterio, esa fue una situación zanjada por las partes a instancia de las tratativas del negocio, sin que el juez pudiera arrogarse facultades oficiosas para su desconocimiento.

Conclusión

Como síntesis de lo expuesto, la Sala estima que no resulta procedente impetrar la pretensión de declaratoria de existencia del acto administrativo por medio del cual se reconoció la ruptura del equilibrio económico del contrato, por no estar comprendida en el objeto del medio de control de controversias contractuales y tampoco es procedente tramitar la pretensión de incumplimiento del pago de lo ordenado en la citada Resolución, en tanto lo que se devala a través de su formulación es la aspiración al pago de una suma supuestamente reconocida a través de una decisión unilateral de la Administración, que correspondía tramitarse a través de proceso ejecutivo, con la exhibición del título correspondiente, todo lo cual conduce a negar las pretensiones de la demanda y en ese sentido se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por las razones consignadas en precedencia.

2. Costas

De conformidad con lo consagrado en el artículo 188 del CPACA y con la disposición especial del artículo 365 del CGP, se establece un criterio objetivo¹⁰ de condena en costas, que impone condenar en este asunto a la parte a la que se le resuelve en forma desfavorable el recurso de apelación, que en este caso es la demandante, unión temporal Iluminaciones Zona Bananera.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del CGP.

¹⁰ Conviene señalar que, bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, “*siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley*”.

A su turno, el artículo 5.1 del Acuerdo 10554 de 2016 consagró que las agencias en derecho se fijarán para la segunda instancia la tarifa se establecerá en un rango entre uno (1) y seis (6) SMLMV.

Como consecuencia, las agencias en derecho para la **segunda instancia**, se fijan en un (1) SMLMV, a cargo de la unión temporal Iluminaciones Zona Bananera y en favor del municipio demandado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de marzo de 2022, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, con fundamento en las razones advertidas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante – unión temporal Iluminaciones Zona Bananera-, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Tribunal de primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho en **segunda instancia**, se fija en un (1) SMLMV, valor que deberá ser pagado por la demandante al demandado municipio de Zona Bananera.

TERCERO: Cumplido lo anterior, por Secretaría de la Sección, devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en e l link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

VF