

PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS ESTATALES – Ley 80 de 1993 – Requisitos para el perfeccionamiento del contrato estatal – Acuerdo de objeto y contraprestación - Formalización por escrito – REQUISITOS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL - Aprobación de garantía – Disponibilidad presupuestal

[...] según el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 —norma vigente para la época en que se celebró el contrato de concesión—, los contratos estatales se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que se eleve a escrito (inciso primero), estableciendo, además, que para su ejecución se requiere de la aprobación de la garantía y de la existencia de disponibilidades presupuestales (inciso segundo).

De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que la lectura del artículo ibídem no ofrece complejidad, en tanto establece y distingue de manera clara el momento y los requisitos del perfeccionamiento del contrato con los de ejecución. Mientras que los negocios jurídicos estatales existen y se perfeccionan una vez se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación (elementos sustanciales) y además se consigne por escrito (elemento formal de la esencia), para la correspondiente ejecución se necesita de la aprobación de la garantía y de la existencia de disponibilidades presupuestales, significando esto último que la ausencia de garantía o de registro presupuestal no son condiciones de la existencia del negocio jurídico.

Precisado lo anterior, la Sala concluye que le asiste razón al recurrente, pues en efecto el Tribunal a quo confundió los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal con los de ejecución.

En efecto, en el fallo de primera instancia se sostuvo que el negocio jurídico en cuestión no se perfeccionó, en tanto las pólizas de garantía no cumplieron con ciertas condiciones, afirmación que no se acompasa con las previsiones contenidas en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, porque, precisamente, las garantías atañen a un requisito de ejecución del contrato, mas no de su perfeccionamiento. Lo anterior, ya que este último se concreta con el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, elevándose a escrito.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y PRIVADA – Existencia de obligación contractual – Daño al patrimonio del acreedor – Elementos de la responsabilidad contractual

[...] la responsabilidad civil contractual se funda en la existencia de una obligación derivada de un contrato, cuyo cumplimiento haya sido omitido por el demandado, ocasionando con ello un menoscabo a un interés jurídicamente protegido en cabeza del demandante y, a su turno, la responsabilidad contractual de la administración requiere la existencia de una obligación surgida de un

contrato, cuyo cumplimiento sea imputable a la administración contratante y haya ocasionado el menoscabo de su derecho a la prestación.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que “existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento.

INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO – Ambigüedad o contradicción en cláusulas contractuales – Artículo 1618 del Código Civil – Prevalencia de la intención sobre el texto literal

[...] conviene resaltar que cuandoquiera que no exista suficiente claridad o precisión en cuanto al alcance y contenido del documento contractual o se evidencie una contradicción entre las estipulaciones contenidas en el acuerdo de voluntades, e incluso cuando existe claridad en el lenguaje utilizado pero las partes le atribuyen un significado divergente, corresponde al juez adelantar la labor de interpretación del negocio jurídico con miras a establecer la real intención de los contratantes y el contenido genuino de lo estipulado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

En tal sentido, el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la naturaleza del negocio celebrado, en forma sistemática, racional y lógica, con el fin de establecer la voluntad común de los contratantes o dándole a cada cláusula el sentido que mejor convenga en su totalidad o deberá estarse a la interpretación que mejor encuadre con su naturaleza.

CONTRAPRESTACIONES EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN - - Ley 80 de 1993 – Remuneración - Tasas

[...] según lo dispuesto en el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 —norma que define el contrato de concesión—, el concesionario puede recibir la contraprestación por las actividades a su cargo de diversas maneras, por ejemplo, a través de, entre otros, tasas, como ocurrió en el presente caso.

[...] no se le puede atribuir un incumplimiento por el no pago de un valor directo como retribución entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998, toda vez que, como quedó visto, el pago de los valores a recaudar correspondía directamente a los usuarios del servicio, siendo esta la única fuente de recursos de la concesión, en tanto el ente territorial no se comprometió a poner dinero

de su presupuesto para ajustar, completar o compensar los pagos que se hacían al concesionario.

[...] las partes acordaron trasladar a los usuarios el valor de la retribución del contrato a favor del consorcio, en forma de tributo, el cual sería recaudado a través de la respectiva facturación como única fuente de recursos, remuneración que se percibe de los usuarios del servicio, frente a los cuales el concesionario estaba facultado para ejercer las acciones legales a efectos de cobrar los valores que estos dejaran de pagar (parágrafo de la cláusula quinta del convenio interadministrativo), de ahí que en los términos señalados por el recurrente, al ente territorial no le era dable pagar o reconocer algún valor como retribución a favor del demandante, porque en el contrato —más allá del recaudo del servicio de alumbrado público, trasladado en forma de tasa a los usuarios, como forma de remuneración— no se pactaron subvenciones ni garantías mínimas a cargo de la Administración, aspecto que se acompasa con la naturaleza del contrato de concesión que se celebró, que se caracteriza, entre otros, porque el concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado.



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

Consejero ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Bogotá, D.C. dos (2) de julio de dos mil veinticinco (2025)

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL— Apelación sentencia
Radicación: 70001-23-31-000-1998-00289-01 (26900)
Demandante: ELECTRO ATLÁNTICO S.A.S. (ANTES LTDA.)
Demandado: MUNICIPIO DE SINCELEJO

Temas: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO – Elementos / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - sus requisitos - acuerdo entre las partes sobre el objeto y la contraprestación y que se eleve a escrito / EJECUCIÓN DEL CONTRATO -sus requisitos / CONTRATO DE CONCESIÓN - forma y condiciones de la remuneración - el concesionario puede recibir la contraprestación de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien entre otros), según las prescripciones del artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993 / RÉGIMEN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO - naturaleza

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 28 de febrero de 1997, el municipio de Sincelejo —concedente— y la sociedad Electro Atlántico —concesionario— suscribieron un contrato de concesión para el mantenimiento de la infraestructura del alumbrado público en toda la ciudad, incluyendo el suministro y la instalación de luminarias.

En la cláusula novena del negocio jurídico, concerniente a la forma y a las condiciones de remuneración, se pactó que el ente territorial debería retribuir al concesionario el costo mensual de sus obligaciones —de suministro, operación y mantenimiento—, con el recaudo del ingreso del servicio alumbrado público, cediendo en consecuencia el Municipio y a favor de Electro Atlántico Ltda. los



derechos sobre la tasa respectiva. En dicha cláusula, también se acordó que la facturación y el recaudo del alumbrado público estarían a cargo de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., y que dicho recaudo sería canalizado por una fiduciaria que debía contratar el concesionario.

Posteriormente, el 30 de agosto de 1997, el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P, de acuerdo con lo establecido en la cláusula novena del contrato de concesión, celebraron un convenio interadministrativo en el cual, entre otros, se estipuló que la electrificadora debía facturar la tasa de alumbrado público y recaudar y trasladar los dineros recaudados a la fiduciaria Fidugan S.A.

El 27 de marzo de 1998, en virtud de lo acordado en el contrato de concesión, Electro Atlántico Ltda. y la fiduciaria Fidugan S.A., suscribieron un contrato de fiducia mercantil, con la finalidad de constituir un patrimonio autónomo conformado por recursos provenientes del recaudo del alumbrado público.

En ejercicio de la acción de controversias contractuales, Electro Atlántico Ltda. solicita que se declare que el municipio de Sincelejo incumplió el contrato, porque —según se afirma en la demanda—, durante el período comprendido entre el 28 de febrero de 1997 —fecha en que se suscribió el contrato de concesión— y el 30 de abril de 1998, el ente territorial no le pagó al concesionario la contraprestación por los servicios a su cargo y porque no garantizó el traslado de los dineros recaudados a la cuenta destinada para tal fin.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. El 15 de mayo de 1998¹, Electro Atlántico Ltda., por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales en contra del municipio de Sincelejo, con las siguientes declaraciones y condenas (*que se transcriben de forma textual, incluso con eventuales errores*):

“PRIMERA.

¹ Folios 1 a 12 del cuaderno de primera instancia.



Que se declare que el Municipio de Sincelejo ha incumplido el contrato estatal de concesión suscrito con sociedad Electro Atlántico Ltda. el 28 de febrero de 1997, cuyo objeto es el suministro e instalación de luminarias, y el servicio de mantenimiento y expansión del sistema de alumbrado público de la ciudad y como consecuencia se declare resuelto.

SEGUNDA.

Que se declare que con el incumplimiento contractual por parte del Municipio, se causó un daño injustificado al concesionario, el cual es procedente indemnizar.

TERCERA.

Que como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, se declare que el Municipio de Sincelejo es responsable de indemnizar todos los daños patrimoniales sufridos por electro Atlántico Ltda.

CUARTA.

Que consecuentemente con la declaración de incumplimiento, se condene al Municipio de Sincelejo a pagar a Electro Atlántico Ltda., los daños causados de la siguiente forma:

El daño emergente:

A. Los gastos legales y financieros en que debió incurrir Electro Atlántico Ltda., originados por la no disponibilidad oportuna de la contraprestación dineraria acordada con el Municipio, para continuar prestando el servicio.

B. La pérdida de buen nombre de la Empresa, quien por más de treinta años ha permanecido en el mercado ferroelectrico colombiano y en virtud del incumplimiento del Estado, ha perdido credibilidad y confianza por parte de los sectores comercial y financiero de la economía.

El Lucro cesante:

Consistente en las utilidades que a 'valor presente' obtendría Electro Atlántico Ltda., por concepto de la correcta ejecución, desde el 28 de febrero de 1997, fecha de perfeccionamiento del contrato, hasta el 28 de febrero del año 2015, fecha de terminación del mismo, según la estructura financiera calculada para la concesión, con base en la aplicación del Acuerdo Municipal 038 de noviembre 05 de 1996 y el decreto reglamentario de la Alcaldía Municipal No. 268 de diciembre 4 del mismo año, y considerando que no hubiese incumplimiento del Municipio y el contrato pudiese ser desarrollado durante el tiempo para el cual fue suscrito.

Para determinar la cuantía del año emergente y el lucro cesante reclamados, solicitaré las pruebas periciales correspondiente en el acápite pertinente.

QUINTA.

Que los valores resultantes de la indemnización, sea indexados con la corrección monetaria y el doble del interés legal vigente, a partir del 28 de febrero de 1997 hasta la fecha del pago efectivo de dicha indemnización".

1.2. El 24 de agosto de 1998, Electro Atlántico Ltda., por intermedio de su apoderado judicial, adicionó la demanda e incorporó la siguiente pretensión²:

² Folios 77 a 78 del cuaderno de primera instancia.



“(…) como consecuencia de las pretensiones anteriores, se declare la resolución del contrato de concesión por incumplimiento del Municipio”.

1.3. Como **fundamentos fácticos y jurídicos** de sus pretensiones, la parte actora, en síntesis, trajo al caso los siguientes hechos y argumentos, que la Sala pasa a sintetizar:

1.3.1. Indicó que, el 28 de febrero de 1997, el municipio de Sincelejo y Electro Atlántico Ltda. suscribieron un contrato de concesión para el mantenimiento de la infraestructura del alumbrado público en toda la ciudad, incluyendo el suministro y la instalación de luminarias.

1.3.2. Señaló que, como contraprestación a las obligaciones contraídas por Electro Atlántico Ltda. —concesionaria—, el municipio de Sincelejo —concedente— se obligó a entregarle, a través de la fiducia contratada, el valor total de la facturación de la tasa correspondiente al alumbrado público —cláusula primera del negocio jurídico—.

1.3.3. Añadió que, en la cláusula novena del contrato en cuestión, el ente territorial le cedió a la sociedad actora, durante el término de la concesión, sus derechos frente a la tasa de alumbrado público; cláusula en la cual, según aseveró la parte demandante, el municipio de Sincelejo ratificó que los fondos provenientes de la referida tasa serían recaudados por la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. y consignados en una cuenta corriente de la fiduciaria establecida y determinada por la sociedad Electro Atlántico Ltda., *“quien además de cancelar por cuenta del municipio la factura correspondiente al suministro eléctrico de alumbrado, a su vez realizaría el correcto manejo de los fondos y garantizaría la seriedad del proyecto de concesión”*.

1.3.4. Afirmó, en línea con lo anterior, que *“[p]ara cumplir con los efectos del contrato de concesión y por ende garantizar la viabilidad de la misma, las partes acordaron en la cláusula novena, que la facturación del servicio de alumbrado se haría a través de la Electrificadora de Sucre quien, previa celebración de un convenio interadministrativo con el Municipio (el cual formaría parte del contrato de concesión), se apoyaría en el sistema financiero local y a su vez proporcionaría las coercitividads necesaria para garantizar el cobro efectivo de la facturación*



respectiva, cuyo recaudo tendría como destinatario inmediato la fiduciaria descrita en el numeral anterior. Es decir, la Electrificadora de Sucre simplemente prestaría el servicio de facturación y recaudo de los recursos con los cuales el Municipio de Sincelejo cancelaría la prestación correspondiente a ELECTRO ATLÁNTICO LTDA. en el contrato de concesión". (énfasis añadido)

1.3.5. Sostuvo que el convenio interadministrativo entre el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. se celebró hasta el 30 de agosto de 1997, a pesar de que el contrato de concesión ya se encontraba suscrito y en ejecución desde el 28 de febrero de ese mismo año.

1.3.6. Manifestó que el ente territorial, por razones ajenas al concesionario, solicitó la suspensión del contrato por 30 días, solicitud que se materializó el 26 de mayo de 1997. A este respecto, agregó que el negocio jurídico nuevamente se suspendió entre el 26 de junio y el 28 de agosto de 1997, de conformidad con lo acordado entre las partes.

1.3.7. Señaló que Electro Atlántico Ltda., con el fin de presentar su oferta, elaboró la estructura financiera con base en el número de usuarios de alumbrado, en el plazo de la concesión, así como en el censo-estudio presentado por el municipio de Sincelejo, contentivo de las cantidades de luminarias existentes, agregando que la información suministrada por el municipio de Sincelejo fue un factor determinante para el cálculo del valor de la propuesta, particularmente la contenida en el Acuerdo 038 del 5 de noviembre de 1996 y su Decreto reglamentario 268 del 4 de diciembre de 1996, los cuales determinaron las tarifas a cobrar a los usuarios del sistema de alumbrado público.

1.3.8. Adujo que la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. *"no ha cumplido"* con su deber legal y contractual frente al municipio de Sincelejo —originado en el convenio interadministrativo—, en el sentido de consignar los dineros provenientes de la tasa de alumbrado público en las cuentas corrientes designadas por la fiduciaria Fidugan S.A., frente a lo cual resaltó que el manejo inadecuado de ese dinero público causó graves perjuicios al concesionario, puesto que *"no obstante no recibir dinero alguno procedente de la tasa de alumbrado, actualmente presta el servicio de mantenimiento a sus expensas, absorbiendo los costos de operación desde el momento de la firma del contrato de concesión"*.



2. Contestación de la demanda y llamamiento en garantía

Mediante auto del 14 de julio de 1998³, el Tribunal admitió la demanda y ordenó su notificación al municipio de Sincelejo y al Ministerio Público. A su vez, a través de auto del 15 de octubre de 1998⁴, el *a quo* admitió la adición del libelo introductorio.

2.1. El ente territorial contestó la demanda⁵ oponiéndose a sus pretensiones, con fundamento en que la sociedad demandante fue la que incumplió el contrato de concesión, toda vez que no hizo las instalaciones o mantenimiento suficientes para el adecuado servicio de alumbrado público.

Por otra parte, señaló que la obligación de pago pactada en la cláusula novena del contrato concesión, quedó sujeta al evento de un tercero —Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. —, lo cual fue aceptado por la concesionaria Electro Atlántico Ltda. al celebrar el contrato de concesión.

Sobre el particular, el Municipio indicó:

“Que el fenómeno que se presenta entre el municipio de Sincelejo, la Electrificadora de Sucre S.A. o Electrocosta S.A. y Electro Atlántico Ltda. es una figura asimilable a una cesión de crédito, contenida en el tenor del artículo 1950 y ss de C.C., puesto que el contrato de concesión que efectúan el municipio de Sincelejo y la firma Electroatlántico Ltda. consagra en uno de sus apartes la obligación del municipio de celebrar un convenio interadministrativo con la Electrificadora de Sucre S.A. (hoy Electrocosta S.A.), y además agregan que este acto hace parte de los documentos del contrato de concesión, es decir, el acreedor acepta que otro ente recaude y cancele el valor por concepto de la concesión, y ese tercer ente acepta cumplir cabalmente con dicha obligación dentro del convenio administrativo, pues entonces aunque el municipio realiza la concesión, es decir, cede su facultad de prestar un servicio y cobrar por él los otros contratantes ejecutan tal gestión, es decir uno, Electro Atlántico Ltda., debía satisfacer lo pactado en el contrato de concesión y Electro Atlántico y Electrosucre o Electrocosta S.A. debía desarrollar lo acordado en el convenio a favor de Electro Atlántico Ltda., surgiendo así un vínculo entre Electrosucre S.A. o Electrocosta, donde el municipio solamente es el encargado de prestar el servicio que cede a un particular, sin tener responsabilidad como claramente se expresa en el convenio por el atraso o mora de los usuarios del servicio, o por la no prestación o no giro de los dineros por parte de la Electrificadora de Sucre”.

En su escrito, propuso como excepciones las que denominó: **(i)** incumplimiento contractual del demandante, con base en que la concesionaria Electro Atlántico

³ Folio 73 y 74 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folio 79 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 83 a 87 del cuaderno de primera instancia.



Ltda. se obligó a garantizar a partir del segundo año de la concesión una eficacia del 85% como mínimo en el sistema de alumbrado público, pero resulta que al cumplir un año de haber comenzado la ejecución del contrato de concesión no cumplió con su obligación, *“ni siquiera en un 30% ha correspondido con las expectativas trazadas en su compromiso”*; adicionalmente, sostuvo que era un hecho notorio que gran parte de los sectores de Sincelejo estaban sin alumbrado público y que en la Defensoría del Pueblo existían varias quejas de la comunidad, en razón del deficiente servicio que se encontraba prestando Electro Atlántico Ltda.; y (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, fundada en que, a pesar de que el contrato de concesión se celebró entre Electro Atlántico Ltda. y el municipio de Sincelejo, en aquel se estipuló una obligación para un tercero que fue Electrificadora de Sucre S.A., sociedad que aceptó cumplir con la obligación de facturar, recaudar y trasladar los dineros surgidos de las tasas de alumbrado público, agregando que *“aunque el demandante y el tercero no elevaron su acuerdo directamente en un contrato, ambos consintieron o expresaron su voluntad aceptando lo contemplado tanto en el contrato como en el convenio interadministrativo”* y que, por tal razón, al municipio de Sincelejo no le asistía responsabilidad por el posible incumplimiento ni del usuario ni del ente recaudador de las tasas del alumbrado público, teniendo la concesionaria, entonces, las acciones judiciales contra los usuarios y el ente recaudador.

2.2. El municipio de Sincelejo llamó en garantía a Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P.⁶, petición que fue aceptada mediante auto del 10 de febrero de 1999⁷.

El fundamento de su solicitud consistió en que, aun cuando en la demanda se alegó un incumplimiento por parte del municipio de Sincelejo en el pago o traslado de los dineros recaudados por la Electrificadora de Sucre S.A. a la fiduciaria Fidugan S.A., lo cierto es que la responsabilidad recaía en la referida Electrificadora *“en el evento remoto de un incumplimiento en el traslado de los dineros”*, dado el vínculo entre aquella y el ente territorial por virtud del convenio interadministrativo.

2.3. La Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. contestó el llamamiento⁸ en garantía aduciendo que con el convenio interadministrativo se comprometió a recaudar los

⁶ Folios 95 y 96 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Folios 103 y 104 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Folios 107 a 111 del cuaderno de primera instancia.



dineros provenientes del pago de la tasa de alumbrado público y luego a consignarlos en la fiduciaria Fidugan, lo que era simplemente una función de mandato, de la cual no se podía deducir responsabilidad alguna; además, porque no tuvo relación contractual con Electro Atlántico Ltda.

Propuso como excepciones las que denominó: **(i)** falta de legitimación en la causa por pasiva, ante la inexistencia de vínculo contractual entre Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. y Electro Atlántico S.A.; e **(ii)** improcedencia del llamamiento en garantía, con sustento en que, aunque entre el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. medió una relación contractual, aquella tuvo por objeto el suministro de energía para el funcionamiento del servicio de alumbrado público, sin que tuviera alguna cláusula de la cual se pudiera derivar un llamamiento en garantía “*que solo hubiese procedido en el evento en que el municipio al suscribir el contrato con Electrosucre hubiese contratado los servicios de una entidad garante*”.

3. Alegatos de conclusión

Vencido el término probatorio, el Tribunal corrió traslado para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁹.

3.1. La parte actora reiteró lo expuesto en la demanda y al respecto señaló, en resumen, que desde el 28 de febrero de 1997 —fecha en que se suscribió el contrato— hasta el 30 de abril de 1998 el concesionario estuvo cumpliendo con sus obligaciones sin recibir ninguna contraprestación, lo cual se acreditó con la certificación expedida por la fiduciaria Fidugan. En consecuencia, indicó que el municipio de Sincelejo incumplió con su obligación de pago y que, de acuerdo con la prueba pericial practicada en el proceso, que fijó el valor de los perjuicios ocasionados a Electro Atlántico S.A., debía condenarse en concreto al Municipio¹⁰.

3.2. El municipio de Sincelejo expuso que la parte demandante no acreditó haber cumplido con sus obligaciones, aunado al hecho de que en la contestación de la demanda planteó una “*negación indefinida*”, al haberse afirmado que Electro Atlántico Ltda. no incumplió el contrato, “*invirtiendo la carga de la prueba*,”

⁹ Folio 384 del cuaderno de primera instancia.

¹⁰ Folios 387 a 417 del cuaderno de primera instancia.



correspondiéndole a la entidad contratista probar que cumplió a cabalidad el objeto contractual, para descartar la negación indefinida”.

Por otra parte, el ente territorial sostuvo que en la cláusula novena del contrato de concesión, se pactó que los dineros serían recaudados por la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. y que tal entidad los giraría a una fiduciaria determinada por Electro Atlántico Ltda., la cual debía administrar y manejar los dineros, surgiendo de ahí la obligación para Electro Atlántico Ltda. de celebrar un contrato de fiducia, el cual finalmente suscribió el 27 de marzo de 1998 con la fiduciaria mercantil Fidugan, es decir, que para el año 1997 no había efectuado dicho contrato de fiducia, por lo que era imposible que se le giraran los dineros, constituyéndose un incumplimiento por parte del concesionario, *“pues un tiempo después de presuntamente iniciado la ejecución del contrato es que constituye la fiducia, obviamente cómo puede exigir cumplimiento del giro de dinero si ésta no estaba constituida (...)”*¹¹.

3.3. La Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. en liquidación —llamada en garantía— insistió en que no tuvo relación contractual con el municipio de Sincelejo, en la cual se hubiese obligado a garantizar cualquier riesgo generado por el ente territorial¹².

3.4. El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en que en la cláusula novena del contrato de concesión el municipio de Sincelejo cedió sus derechos sobre la tasa del alumbrado público a la concesionaria Electro Atlántico Ltda., lo cual fue aceptado por tal sociedad, lo que relevaba al ente territorial de la obligación de pago, configurándose así su falta de legitimación en la causa por pasiva.

Además, señaló que solo a partir de la celebración del convenio interadministrativo fue posible darle viabilidad al contrato de concesión, por cuanto sin suministro de energía no era realizable lo pactado en el negocio jurídico objeto de estudio, referente al mantenimiento de la infraestructura del alumbrado público, incluyendo el suministro, la instalación de luminarias y a la administración del servicio¹³.

¹¹ Folios 424 a 427 del cuaderno de primera instancia.

¹² Folios 421 a 423 del cuaderno de primera instancia.

¹³ Folios 447 a 457 del cuaderno de primera instancia.



4. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 18 de junio de 2003¹⁴, el Tribunal Administrativo de Sucre declaró no probadas las excepciones y negó las pretensiones de la demanda, así:

“PRIMERO: *Decláranse no probadas las excepciones de incumplimiento de contrato y de improcedencia del llamamiento en garantía, propuestas en su orden por el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre en Liquidación.*

SEGUNDO: *Deniéganse las súplicas de la demanda, conforme lo dicho en la parte considerativa de este fallo (...)*”.

4.1. Frente a las excepciones indicó lo siguiente:

En cuanto a la falta de legitimación en la causa por pasiva, sostuvo que dicha cuestión la decidiría al desatar el fondo de la controversia, en tanto no se trataba de una excepción en estricto sentido sino de un presupuesto de la sentencia. En relación con la excepción de incumplimiento del contrato por parte de la demandante, señaló que la misma se trató de una mera afirmación sin sustento probatorio. Respecto de la excepción de improcedencia del llamamiento en garantía, propuesta por la Electrificadora de Sucre en liquidación, indicó que dicha circunstancia no podía alegarse como excepción y agregó que si el llamado en garantía no se encontraba de acuerdo con el llamamiento debió cuestionar dicha circunstancia en la oportunidad procesal pertinente, a través de los medios de impugnación establecidos para tal fin.

4.2. En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal *a quo* estimó que las súplicas de la demanda no estaban llamadas a prosperar, por las siguientes razones:

4.2.1. Sostuvo que, en el caso sometido a juicio, no se demostró que el contrato de concesión objeto de estudio se hubiese perfeccionado, de ahí que no se pudiera ejecutar en forma legal. Lo anterior, por cuanto no se acreditó el cumplimiento de lo pactado en las cláusulas sexta y décima de ese negocio jurídico —concernientes a las garantías y al perfeccionamiento y ejecución, respectivamente—, en la medida en que las pólizas de garantía aportadas al expediente no reunían las condiciones estipuladas, al no especificar los porcentajes en debida forma, al no contar con la

¹⁴ Folios 508 a 528 del cuaderno del Consejo de Estado.



nota de recibido por parte de la alcaldía de Sincelejo y al no demostrarse que estuvieran autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

4.2.2. De otra parte, precisó que, tras revisar el contrato de concesión suscrito entre el municipio de Sincelejo y Electro Atlántico Ltda., así como también el convenio interadministrativo celebrado entre el ente territorial y la Electrificadora de Sucre E.S.P. S.A., si bien el municipio demandado hacía parte de la relación contractual en la concesión objeto de estudio, lo cierto es que no se le podía endilgar responsabilidad por los hechos reclamados en la demanda.

Lo señalado, con sustento en que, en la cláusula novena del contrato de concesión, quedó estipulado que el Municipio cedía a Electro Atlántico los derechos sobre la tasa de alumbrado público, acogiendo así lo expuesto por el Ministerio Público en el sentido de que el Municipio concedente quedó relevado de la obligación de pago de la concesión.

Luego, el *a quo* sostuvo que el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre suscribieron un convenio interadministrativo el 30 de agosto de 1997, a partir del cual la Electrificadora se comprometió: **(i)** a suministrar el servicio de alumbrado público; **(ii)** a facturar conjuntamente con el servicio domiciliario, pero en forma indiscriminada, el valor de la tasa del alumbrado; y **(iii)** a recaudar y trasladar los dineros recaudados a la fiduciara Fidugan S.A.

Seguidamente, señaló que el 27 de marzo de 1998 Electro Atlántico Ltda. y Fidugan S.A. celebraron el contrato de fiducia, esto es, con posterioridad a la fecha en la cual el ente territorial había cumplido su compromiso de celebrar el mencionado convenio interadministrativo, lo cual no podía atribuírsele al municipio de Sincelejo, ni derivarle responsabilidad alguna por ese aspecto.

Con base en lo expuesto, en la sentencia se indicó que el ente territorial cumplió con sus obligaciones, dado que se acreditó que entregó la infraestructura y la administración del sistema de alumbrado público al concesionario; que cedió a Electro Atlántico Ltda. sus derechos sobre la tasa de alumbrado público; que suscribió con la Electrificadora de Sucre E.S.P. S.A. un convenio interadministrativo para el suministro de energía del servicio público de alumbrado público. Además, teniendo en cuenta el concepto del Ministerio Público, en el fallo apelado se señaló



que solamente a partir de la celebración del convenio interadministrativo fue posible darle viabilidad al contrato de concesión suscrito con Electro Atlántico Ltda., por cuanto sin el suministro de energía no era realizable lo pactado en el contrato, referente al mantenimiento de la infraestructura del alumbrado público, incluyendo el suministro, la instalación de luminarias y a la administración del servicio.

Dicho lo anterior, el Tribunal concluyó que el contrato de concesión y el convenio interadministrativo constituían una unidad jurídica y que las prestaciones que debía cumplir el municipio de Sincelejo a favor de Electro Atlántico Ltda. fueron cumplidas, lo cual condujo a negar las pretensiones de la demanda.

5. Recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación¹⁵, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* mediante auto del 23 de septiembre de 2003¹⁶. En su escrito, Electro Atlántico Ltda. solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

5.1. Señaló que el *a quo* confundió el concepto de perfeccionamiento del contrato estatal con el de ejecución, haciendo una lectura indebida de la Ley, frente a lo cual, en todo caso, sostuvo que tanto los requisitos del perfeccionamiento como los de ejecución se cumplieron en el caso concreto.

5.2. Aseveró que el municipio de Sincelejo no estaba liberado de la obligación de pago, por el hecho de que en el convenio interadministrativo celebrado con la Electrificadora de Sucre E.S.P. S.A. se haya estipulado que esta última era la que debía recaudar la tasa del alumbrado público y consignar los dineros correspondientes a la fiduciaria.

Sobre el particular, indicó:

“(...) nos resulta inaceptable y por demás incongruente la posición del juez a quo, en cuanto a la aplicación que hace de la figura jurídica de la PROMESA POR OTRO, que no de la ESTIPULACIÓN PARA OTROS consagrada en el Código Civil, mediante la cual concluye erróneamente en nuestro sentir que cuando el Municipio estipuló que la ELECTRIFICADORA DE SUCRE recaudaría la tasa de alumbrado público y la

¹⁵ Folios 547 a 449 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Folio 541 del cuaderno del Consejo de Estado.



consignaría en la Fiduciaria Ganadera, por este solo hecho se estaba liberando de su obligación de PAGO o REMUNERACIÓN en el contrato de concesión, trasladando tal obligación de pago a la 'supuesta' promitente o delegada, quien lo fue realmente para efectos del recaudo o consignación únicamente y lo más grave en ningún momento procesal ha ratificado la asunción de la obligación de pago sobre la cual pretende desmontarse el municipio demandado”.

Añadió, que en el convenio interadministrativo suscrito entre el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre E.S.P. S.A. no se pactó una subrogación de la obligación de pago por parte de la segunda. Esto argumentó:

“Dicho convenio interadministrativo que en ningún aparte determina la subrogación de la obligación de pago por parte de la Electrificadora de Sucre, se suscribió entre el municipio y la Electrificadora, y si en aras de la discusión pudiera considerarse aceptado por el concesionario, en ningún momento podría colegirse de tal hecho la liberación del municipio en cuanto a su obligación de pago se refiere. Se trató entonces de conferir un mandato a la Electrificadora, para que recaudara a nombre del municipio la tasa de alumbrado y la consignara en la fiducia constituida para efectos de dar seriedad y transparencia al manejo de los recursos públicos, y paradójicamente para garantizar al concesionario el pago oportuno y completo de su contraprestación”.

En conclusión, la recurrente manifestó que, si bien el municipio de Sincelejo celebró un convenio interadministrativo con la Electrificadora de Sucre E.S.P. S.A. para que esta recaudara y consignara a la fiduciaria lo correspondiente de la tasa de alumbrado público, ese hecho *per se* no podía liberar al ente territorial de su obligación connatural de pago, que le correspondía en virtud del contrato de concesión, sino que, por el contrario, le ofrecía a Electro Atlántico Ltda. dos posibles responsables del incumplimiento, el municipio y la Electrificadora de Sucre.

En línea con lo anterior, reprochó que el *a quo* y el Ministerio Público hayan confundido la cesión de derechos, que servía de título para que el concesionario recibiera la tasa del alumbrado público, con la cesión del contrato, esta última en la cual sí existe un cambio de la parte contractual y que, por ende, sí liberaría al municipio de Sincelejo de su obligación de pago frente a Electro Atlántico Ltda.

6. Actuación en segunda instancia

Luego de admitirse el recurso de apelación interpuesto mediante auto del 1° de octubre de 2004¹⁷, a través de providencia del 24 de noviembre de 2005¹⁸ se corrió

¹⁷ Folio 551 del cuaderno del Consejo de Estado

¹⁸ Folio 567 del cuaderno del Consejo de Estado.



traslado a las partes para alegar de conclusión, así como al Ministerio Público para que presentara el concepto de rigor.

6.1. La parte demandante reiteró lo expuesto en el recurso de apelación. Al respecto, por un lado, sostuvo que el contrato de concesión objeto de estudio sí se perfeccionó y produjo plenos efectos jurídicos cuando las partes en cuestión se pusieron de acuerdo y lo elevaron a escrito, y, por otra parte, aseveró que la Electrificadora de Sucre E.S.P. S.A., en virtud del convenio interadministrativo, nunca se subrogó en la obligación de pago que debía hacerse en favor del concesionario, y que el incumplimiento de sus obligaciones de recaudo y traslado de recursos provenientes de la tasa de alumbrado público simplemente generaría una desatención en el mandato que le confirió el municipio de Sincelejo¹⁹.

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

6.3. En atención a una solicitud probatoria de la demandante²⁰, mediante auto del 2 de marzo de 2015 se dispuso²¹: **(i)** decretar —en segunda instancia— el dictamen pericial solicitado con la demanda, el cual, según se dijo, el Tribunal *a quo* nunca ordenó, que consistía en que expertos financieros indicaran el *quantum* del daño patrimonial sufrido por Electro Atlántico Ltda. como resultado del incumplimiento del municipio de Sincelejo; y **(ii)** incorporar al expediente copia de la prueba pericial requerida en el proceso con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01²²⁻²³.

¹⁹ Folios 568 a 579 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁰ Folio 641 del cuaderno del Consejo de Estado.

²¹ Folios 642 a 645 del cuaderno del Consejo de Estado.

²² Demandante Electro Atlántico Ltda.; demandado: Municipio de Sincelejo. Las pretensiones de esta demanda fueron, entre otras, las siguientes: PRIMERA: Que se declare la Nulidad [sic] del Decreto Municipal 149 del 30 de Junio [sic] de 1998, por medio del cual se modificó en deterioro de la posición contractual del Concesionario [sic] de Alumbrado [sic] Público [sic], la tasa a cobrar a los usuarios del servicio de la Ciudad de Sincelejo.[...] SEGUNDA: Que adicionalmente se declare que el Municipio de Sincelejo ha incumplido el contrato estatal de Concesión [sic] al modificar unilateralmente las bases de la estructura financiera de la misma, contenidas en el Decreto Municipal 268 de 1996. [...] TERCERA: Que se declare que con la actitud de la Administración se ha ocasionado un daño antijurídico a Electroatlántico [sic] Ltda [sic], el cual no está en la obligación de soportar. [...] CUARTA: Que en virtud de la magnitud del Daño [sic] antijurídico causado y a la petición del demandante, se declare terminado el contrato por incumplimiento del Municipio.[...] QUINTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a que el perjuicio patrimonial ocasionado por el Daño [sic] antijurídico sea indemnizado por el Municipio de Sincelejo de la siguiente manera: [...]”. Mediante sentencia del 30 de enero de 2013, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, resolvió declarar que con la expedición del Decreto No. 149 de 1998, el Municipio incumplió el contrato de concesión, porque modificó la tasa de alumbrado público, cuando la prevista en el Decreto No. 268 de 1996 fue vinculante para estructurar financieramente la concesión y, en consecuencia, ordenó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

²³ Debido a las dificultades para recaudar la prueba, la demandante presentó acción de tutela que se tramitó ante la Sección Quinta de esta Corporación, la cual, a través de fallo del 6 de febrero de 2020, ordenó a la Secretaría que incorporara la prueba pericial practicada dentro del aludido proceso,



6.3.1. Frente a lo ordenado en cuanto a decretar el dictamen pericial solicitado en la demanda, el 19 de julio de 2015 Electro Atlántico Ltda. radicó memorial en el que desistió de la prueba; no obstante lo cual, mediante auto del 30 de enero de 2023, se negó dicha solicitud, toda vez que el dictamen había sido decretado por providencia del 26 de octubre de 1999 y practicado previamente²⁴.

6.3.2. Con relación a la prueba pericial practicada en el proceso con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01²⁵, una vez incorporada al proceso, mediante auto del 11 de febrero de 2022, se corrió traslado a las partes, oportunidad en la que intervino Electro Atlántico Ltda. señalando que se encontraba de acuerdo con el contenido y sentido del dictamen. Por su parte, el municipio de Sincelejo presentó recurso de reposición en su contra, que fue despachado de forma negativa mediante auto del 30 de enero de 2023²⁶.

6.3.3. Posteriormente, el municipio de Sincelejo presentó objeción por error grave²⁷ contra el dictamen pericial practicado en el proceso con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01, de la cual se corrió traslado a la parte demandante, quien intervino en la oportunidad pertinente²⁸.

6.4. A través de diferentes memoriales, se presentaron solicitudes de cesión de derechos litigiosos celebradas por el representante legal de Electro Atlántico Ltda., con los señores: Beatriz Eugenia Correa Cifuentes; Patricia Eugenia Prado Rosero; y Pedro Eugenio Medellín Torres.

6.4.1. A través de auto del 2 de octubre de 2023²⁹, y después de surtir el respectivo traslado³⁰, el despacho sustanciador aceptó la cesión de derechos litigiosos y dispuso tener a los señores: Beatriz Eugenia Correa Cifuentes, Patricia Eugenia Prado Rosero y Pedro Eugenio Medellín Torres como litisconsortes cuasinecesarios en el presente caso.

en virtud de lo cual la Secretaría allegó el dictamen solicitado (folios 805 a 812 del cuaderno del Consejo de Estado).

²⁴ Folios 813 a 821 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁵ Folios 738 a 780 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁶ Folios 805 a 812 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁷ Índice 217 Samai.

²⁸ Índices 218 y 220 Samai.

²⁹ Índice 231 Samai.

³⁰ Folios 813 a 821 del cuaderno del Consejo de Estado.



III. CUESTIÓN PRELIMINAR

El 18 de septiembre de 2024, Carlos Ignacio Peláez Trujillo, por conducto de apoderada judicial, allegó al presente proceso un contrato de cesión de derechos litigiosos, que aquel suscribió con el representante legal de Electro Atlántico S.A.S. (antes Ltda.)³¹.

Mediante auto del 9 de diciembre de 2024³², el despacho sustanciador, de conformidad con el inciso 3° del artículo 60 del CPC, corrió traslado al municipio de Sincelejo para que se pronunciara respecto de la cesión, en el sentido de aceptar, rechazar o guardar silencio frente a la posición procesal del cesionario.

Sobre este particular, cabe mencionar que por medio de memorial del 19 de diciembre de 2025³³, el municipio de Sincelejo —parte demandada— se opuso expresamente a la cesión de derechos litigiosos antes referida. En este orden, comoquiera que no hubo aceptación por parte del ente territorial respecto de la posición procesal del cesionario, se tendrá al señor Carlos Ignacio Peláez Trujillo como litisconsorte cuasinecesario de la sociedad demandante y así será reconocido en la parte resolutive de la presente providencia.

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala analizará los siguientes aspectos: (1) jurisdicción y competencia; (2) régimen del contrato; (3) acción procedente; (4) legitimación en la causa; (5) ejercicio oportuno de la acción; (6) objeto del recurso de apelación y problemas jurídicos a resolver; (7) hechos probados y pruebas adicionales de cara a la resolución de los problemas jurídicos; (8) solución al caso concreto; (9) cuestión final; y (10) costas.

³¹ Índice 254, Samai.

³² Índice 262 Samai. Esto se dijo en la referida providencia: “De conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 60 del CPC2, el Despacho correrá traslado a la entidad demandada de la cesión a favor de Carlos Ignacio Peláez Trujillo. Lo anterior, porque tal disposición normativa establece que el adquirente del derecho (cesionario) puede intervenir en el proceso según la postura que adopte su contraparte. De este modo, si existe aceptación expresa de la parte contraria, el cesionario sustituye en el proceso a quien le ha transferido el derecho litigioso, configurándose así una sucesión procesal; mientras que, si la contraparte guarda silencio o se opone expresamente, el cesionario intervendrá en el proceso como litisconsorte cuasinecesario del cedente”.

³³ Índice 273, Samai.



1. Jurisdicción y competencia

1.1. Con fundamento en el artículo 82 del CCA, subrogado por el Decreto 2304 de 1989³⁴, y en lo previsto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993³⁵ —vigentes para la fecha en que se interpuso la demanda—, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde el conocimiento del presente asunto, en tanto la controversia gira en torno al contrato de concesión del 28 de febrero de 1997, que fue suscrito entre una entidad territorial, como lo es el municipio de Sincelejo, y la sociedad Electro Atlántico Ltda.

1.2. Por su parte, esta Sala del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, en virtud de lo previsto en los artículos 129 y 132.8 del CCA³⁶, dada la vocación de doble instancia del proceso, toda vez que la cuantía señalada en la demanda, de acuerdo con lo pedido por lucro cesante³⁷ —que fue la pretensión mayor—, excede la suma de \$18'850.000 a la fecha de interposición del respectivo líbello introductorio³⁸⁻³⁹.

³⁴ El artículo 82 del CCA, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, establece “Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, de conformidad con la Constitución y la ley (...)”.

³⁵ “Artículo 75. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa (...)”.

³⁶ “ARTÍCULO 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión”.

³⁷ En la demanda, concretamente en el acápite denominado “CUANTÍA”, se expuso: “Tomando como base únicamente la pretensión descrita como lucro mayor, debidamente soportada en el cuadro anexo como prueba documental y sin perjuicio de lo que pueda probarse en cuanto a las demás pretensiones resarcitorias del daño causado, estimo la cuantía para efectos procesales en suma muy superior a los tres mil novecientos sesenta y ocho millones novecientos setenta y cuatro mil un pesos M/cte. (\$3.968'974.101)” (folio 7 del cuaderno de primera instancia).

³⁸ A la fecha de presentación de la demanda —1998—, la suma de \$18'850.000 (reajustada) era la exigida de acuerdo con las reglas del Decreto 597 de 1988 para que los Tribunales Administrativos conocieran en primera instancia de demandas relacionadas con contratos. El mencionado Decreto, que modificó el artículo 132 del CCA, consagraba: “Artículo 132. EN PRIMERA INSTANCIA. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos (...) 8. De los referentes a contratos administrativos, interadministrativos, y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de tres millones quinientos mil pesos (\$3'500.000)”. Al efecto, es pertinente señalar que si bien el Decreto ley 222 de 1983, distinguió entre contratos administrativos y contratos de derecho privado celebrados por la administración en los que se haya pactado o no cláusula de caducidad, cierto es que luego la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, unificó sin distingo los contratos celebrados por las entidades de la administración enlistadas en el artículo 2 ibídem, bajo la denominación de contratos estatales.

³⁹ A su vez, el artículo 4 de dicho Decreto contempló “Los valores expresados en moneda nacional por este Código, se reajustarán en un cuarenta por ciento (40%), cada dos años, desde el primero



2. Régimen del contrato de concesión del 28 de febrero de 1997

En consideración a que el contrato de concesión del 28 de febrero de 1997 tuvo por objeto el mantenimiento de la infraestructura del alumbrado público en toda la ciudad, incluyendo el suministro y la instalación de luminarias, su régimen es el contenido en la Ley 80 de 1993 y sus reformas —Estatuto General de Contratación de la Administración Pública—, no solo porque dicho servicio no se encuentra incorporado dentro del régimen de la Ley 142 de 1994 ateniende a los servicios públicos domiciliarios, sino también porque fue suscrito por una entidad estatal territorial, en los términos de los artículos 2⁴⁰ y 32⁴¹ del primer estatuto⁴².

3. Acción procedente

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

4. Legitimación en la causa

4.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 87⁴³ del CCA —antes de la subrogación de la Ley 446 de 1998—, la legitimación en la causa en las acciones

(1°) de enero de mil novecientos noventa (1990), y se seguirán ajustando automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha. Los resultados de estos ajustes se aproximarán a la decena de miles inmediatamente superior”.

⁴⁰ “Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos [...]”.

⁴¹ “Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]”.

⁴² Anteriormente la jurisprudencia de esta Corporación ha reafirmado que el régimen de los contratos cuyo objeto versa sobre el servicio de alumbrado público no están regidos por la Ley 142 de 1994, sino por la Ley 80 de 1993 y sus reformas. Consejo de Estado: *i*) Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007, radicado AP-25000-23-26-000-2003-00689-01 y *ii*) Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017, radicado 08001233100020050250101 (52285).

⁴³ “ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las



contractuales se encuentra en cabeza de las partes del contrato, de modo que el municipio de Sincelejo y Electro Atlántico Ltda. poseen el interés jurídico que se debate en el presente asunto y se encuentran legitimados en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, porque son los extremos de la relación contractual que suscitó la controversia en esta sede judicial.

4.2. Igualmente, cabe señalar que a la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. le asiste interés en este proceso, pues fue vinculada a la *litis* como llamada en garantía por petición de la parte demandada, mediante auto del 10 de febrero de 1999⁴⁴.

5. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor del artículo 136 del CCA, subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989⁴⁵, vigente para el momento de la celebración del contrato de concesión sometido a juicio y, por lo tanto, aplicable al presente caso⁴⁶, las acciones relativas a contratos caducan “*en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento*”.

De acuerdo con lo anterior, en este caso se advierte que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, toda vez que: **(i)** el incumplimiento contractual que Electro Atlántico Ltda. pretende atribuirle al municipio de Sincelejo está comprendido entre

declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas [...]”.

⁴⁴ Folios 103 y 104 del cuaderno de primera instancia.

⁴⁵ “Artículo 136. Caducidad de las Acciones. La de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

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

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

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

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

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

⁴⁶ De acuerdo con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del CGP, los términos que hubieren empezado a correr se deben regir por las normas vigentes para el momento en que estos iniciaron a correr.



el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998⁴⁷, interregno de tiempo en el que, según la demanda, el ente territorial no remuneró al concesionario; y **(ii)** la demanda en estudio se interpuso el 15 de mayo de 1998⁴⁸.

6. Objeto del recurso de apelación y problemas jurídicos a resolver

6.1. De entrada, resulta oportuno precisar que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la decisión recurrida. Es así que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 357 del CPC⁴⁹, el superior no puede enmendar la providencia del *a quo* en la parte que no fue objeto del recurso de apelación, *“salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”*⁵⁰.

6.2. Es así que, atendiendo a los reparos concretos del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, la Subsección resolverá los siguientes problemas jurídicos:

El **primer problema jurídico** se contrae a determinar si el contrato de concesión objeto de estudio se perfeccionó o no.

De encontrarse que el contrato sí se perfeccionó, el **segundo problema jurídico** consistirá en establecer si de conformidad con los hechos probados, el municipio de

⁴⁷ Fue en los alegatos de conclusión de primera instancia que la parte actora precisó que desde el 28 de febrero de 1997 hasta el 30 de abril de 1998 el concesionario Electro Atlántico Ltda. estuvo cumpliendo con sus obligaciones sin recibir ninguna contraprestación en ese período (ver punto 3.1. de los antecedentes de este proveído).

⁴⁸ Folios 1 a 12 del cuaderno de primera instancia.

⁴⁹ *“Artículo 357. Competencia del Superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, **y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (...).”*

⁵⁰ Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 6 de abril de 2018 (expediente No. 46005), unificó su jurisprudencia en los siguientes términos: *“19. Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada”*.



Sincelejo incumplió el acuerdo de voluntades al no pagar suma alguna como contraprestación durante el periodo comprendido entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998 y al omitir consignar o trasladar los valores recaudados en la cuenta destinada para tal fin, y si se reúnen los presupuestos de la responsabilidad contractual.

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

En el expediente reposan varios documentos en copia auténtica y otros en copia simple. Estos últimos serán analizados, siempre que no hayan sido tachados de falsedad por alguna de las partes o exista alguna disposición que haga exigible el requisito de las copias auténticas o de una determinada copia, de conformidad con lo dispuesto por esta Corporación en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013⁵¹.

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

En relación con el contrato de concesión cuyo incumplimiento se solicita

7.1. Está probado que, el 28 de febrero de 1997 el municipio de Sincelejo y Electro Atlántico Ltda. suscribieron un contrato de concesión, cuyo objeto, al tenor de lo previsto en la cláusula primera del contrato, consistió en que la sociedad concesionaria ejecutara el mantenimiento de la infraestructura del alumbrado público en todo el territorio municipal, incluyendo el suministro, la instalación de luminarias y la administración del servicio de alumbrado⁵².

⁵¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013. Rad.: 25022. “[...] Debe precisarse que la copia simple de las pruebas que componen el acervo del proceso penal, en especial las diligencias adelantadas por las demandadas, pueden ser valoradas toda vez que los medios probatorios obrantes fueron practicados con audiencia de la demandada, y solicitados como prueba traslada por la parte demandante, petición que fue coadyuvada por las demandadas, surtiéndose así el principio de contradicción [...] En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda”.

⁵² Folios 13 a 19 del cuaderno de primera instancia.



7.1.1. En la referida cláusula primera también se pactó lo siguiente:

“Como contraprestación, EL CONCESIONARIO tendrá derecho a recibir a través de la fiduciaria contratada el valor total de la facturación correspondiente al servicio de alumbrado público, previa deducción de los valores correspondientes a la Electrificadora de Sucre, por concepto de la venta de energía en bloque utilizada por el municipio en el alumbrado público”⁵³.

7.1.2. En la cláusula tercera del negocio jurídico, se pactó que *“su valor final será el resultado de multiplicar los precios unitarios de cada ítem de los formularios No. 6, No. 7, No. 8 y No. 9 de la propuesta presentada por EL CONCESIONARIO”⁵⁴*, de lo cual se desprende que el valor estipulado fue indeterminado.

7.1.3. En la cláusula cuarta del contrato, se acordó que formarían parte del mismo los siguientes documentos: **(i)** el pliego de condiciones y sus adendas; **(ii)** la oferta presentada por el concesionario; **(iii)** los acuerdos modificatorios suscritos por las partes; y **(iv)** el contrato interadministrativo a suscribir entre la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. y el municipio de Sincelejo.

7.1.4. En la cláusula sexta del acuerdo de voluntades, quedó previsto que el concesionario debía constituir en favor del municipio una garantía única anual y prorrogable, de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993, la cual debía mantenerse vigente durante el plazo de ejecución del contrato⁵⁵.

7.1.5. En la cláusula séptima del negocio jurídico, se acordó que el plazo de la concesión sería de 18 años contados a partir de la firma del contrato.

7.1.6. En relación con la forma y condiciones de remuneración, en la cláusula novena del contrato, se pactó lo siguiente *(se transcribe completa por su pertinencia)*:

“NOVENA. FORMA Y CONDICIONES DE REMUNERACIÓN. LA ALCALDÍA retribuirá a EL CONCESIONARIO el costo mensual del suministro, operación y mantenimiento de la concesión, incluido el valor del consumo del alumbrado público, con el recaudo del servicio de alumbrado, el cual será recaudado y facturado por la Electrificadora de Sucre, según convenio interadministrativo modificado al tenor de lo establecido en este contrato y para cumplir con sus efectos. Dicho recaudo, a su vez

⁵³ Folio 14 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁴ Folio 15 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁵ Ibidem.



será canalizado a través del sistema financiero local y administrado por la sociedad fiduciaria designada por EL CONCESIONARIO para el manejo de los fondos de esta concesión. En consecuencia, EL CONCESIONARIO deberá contratar una fiduciaria constituida y aprobada legamente por el ordenamiento legal colombiano, la cual deberá tener suficiente experiencia en macroproyectos energéticos. LA ALCALDÍA cede a EL CONCESIONARIO, durante el tiempo de la concesión, los derechos que tiene frente a la tasa correspondiente al servicio de alumbrado público facturado por la Electrificadora, obteniendo como contraprestación que EL CONCESIONARIO, a través de la fiduciaria, clasifique y cancele los valores a pagar por concepto de compra de energía 'en bloque' a la Electrificadora y aquellos valores que correspondan al CONCESIONARIO como consecuencia del ejercicio de la concesión conforme a los precios y valores descritos en los formularios No. 6, No. 7, No. 8 y No. 9 de la oferta presentada por Electro Atlántico Ltda."

7.1.7. En la cláusula décima primera del contrato, se estipuló que este se entendería perfeccionado con la firma del documento correspondiente y que para su ejecución se requería de la aprobación de las garantías y de la publicación en la gaceta municipal⁵⁶.

7.1.8. Consta que, en la cláusula décima séptima del negocio jurídico, se pactó que el contrato se liquidaría de común acuerdo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación.

7.2. Se probó que mediante acta del 26 de mayo de 1997, las partes acordaron que el contrato comenzaría a ejecutarse a partir del 26 de junio de 1997, según se desprende del contenido del acta de acuerdo suscrita entre las partes el 26 de junio de 1997, documento en el que expresamente se indicó que *"mediante acta de veintiséis (26) de mayo del año en curso acordaron **modificar el plazo previsto en el contrato de concesión, para la iniciación del mismo en treinta (30) días a la firma de dicha acta, una vez resuelto el impase en la celebración del convenio con la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P.**"*⁵⁷ (énfasis añadido)

7.3. Está acreditado que el 26 de junio de 1997, el municipio de Sincelejo y Electro Atlántico Ltda. suscribieron un acta de acuerdo, en la que acordaron suspender la ejecución del contrato hasta el 28 de agosto de 1997, *"una vez resueltos los inconvenientes con la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P."*⁵⁸.

⁵⁶ Folio 17 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁷ Folio 20 del cuaderno de primera instancia.

⁵⁸ Folio 20 del cuaderno de primera instancia.



7.4. Está acreditado que el 10 de septiembre de 1997, las partes suscribieron un acta para reiniciar la ejecución del contrato de concesión⁵⁹, en la que expresamente acordaron: “3.-*Que una vez perfeccionado como encuentra el convenio interadministrativo citado, la alcaldía Municipal considera que se han dado las condiciones para proceder al cumplimiento de ellos requisitos para su ejecución. [...]* 4.-*Que el concesionario a su vez considera oportuna y procedente la ejecución del contrato”.*

En cuanto al convenio interadministrativo suscrito entre el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P.

7.5. Está demostrado que el 30 de agosto de 1997, el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. celebraron un convenio interadministrativo, con el objeto de que esta última suministrara energía al ente territorial para el funcionamiento del servicio de alumbrado público —cláusula primera—⁶⁰.

7.5.1. En la cláusula segunda del convenio, se establecieron las obligaciones a cargo de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P, entre las cuales se destacan las siguientes: **(i)** suministrar diariamente, en el horario comprendido entre 6:00 p.m. y 6:00 a.m., la energía eléctrica necesaria para el sistema de alumbrado público — numeral uno—; **(ii)** facturar conjuntamente con el servicio domiciliario, pero en forma discriminada, el valor de la tasa de alumbrado público, atendiendo a las tarifas establecidas en los acuerdos y en las disposiciones de organismos locales y nacionales competentes —numeral cuatro—; **(iii)** recaudar y trasladar los dineros recaudados a la fiduciaria Fidugan S.A. —numeral cinco—; **(iv)** facturar mensualmente al municipio el valor del suministro objeto del convenio interadministrativo.

7.5.2. Por su parte, en cuanto a las obligaciones a cargo al municipio de Sincelejo, en la cláusula tercera se acordó que aquel debía: **(i)** prestar el servicio de alumbrado público en el perímetro urbano de Sincelejo; **(ii)** cancelar la facturación enviada por la Electrificadora; y **(iii)** desarrollar la expansión del sistema de alumbrado público.

⁵⁹ Folios 90 y 91 del cuaderno de primera instancia.

⁶⁰ Folios 21 a 24 del cuaderno de primera instancia.



7.5.3. En lo que concierne a la facturación domiciliaria, recaudo y traslado a la fiduciaria, en la cláusula quinta del convenio se estipuló:

“QUINTA. FACTURACIÓN DOMICILIARIA, RECAUDO Y TRASLADO A LA FIDUCIARIA. En desarrollo del numeral 5 de la cláusula segunda de este convenio, la ELECTRIFICADORA seguirá facturando LA TARIFA DE ALUMBRADO PÚBLICO en el mismo recibo y en forma conjunta con el recibo de energía domiciliaria, comercial, oficial, especial e industrial, discriminando en todo caso los valores por separado, tal como lo establecen las disposiciones vigentes. El recaudo lo seguirá realizando la ELECTRIFICADORA a través del sistema financiero local y de sus puntos propios de recaudo y puestos a la disposición de la FIDUCIARIA FIDUGAN S.A. PARÁGRAFO: Los valores dejados de recaudar por concepto de alumbrado público, se consideran como una deuda del usuario para con el Municipio o el concesionario, el cual podrá ejercer las acciones legales que estime pertinente para su cobro. Para cumplir lo anterior la ELECTRIFICADORA remitirá un informe mensual al MUNICIPIO de la facturación y recaudos de energía eléctrica en KW/h/MES en (\$) por sectores y por estratos, y relación de facturación y recaudo de alumbrado público, así como una relación detallada de usuarios morosos por pago de la tasa de alumbrado público (...).”

7.5.4. En la cláusula sexta del convenio, se pactó que la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. facturaría mensualmente al Municipio, dentro de los primeros 5 días calendarios del mes siguiente en que prestó el servicio, el consumo mensual de la energía eléctrica suministrada en el mes inmediatamente anterior.

7.5.5. En la cláusula séptima del convenio se plasmó:

“El MUNICIPIO o quien haga sus veces (el concesionario) se compromete a cancelar por intermedio de la fiduciaria dentro de los treinta (30) días calendarios posteriores a la fecha de factura de cobro el consumo de energía eléctrica por concepto de alumbrado público”.

7.5.6. En la cláusula décima segunda del convenio se pactó:

*“LA ELECTRIFICADORA facilitará al MUNICIPIO o a quien este designe (el concesionario y la fiduciaria) una conexión vía módem, con tecnología afín a un sistema de cómputos, limitándose exclusivamente al módulo de recaudo por concepto de alumbrado público, buscando como fin que el MUNICIPIO o quien haga sus veces (el concesionario y la fiduciaria) **tenga de primera mano la información de recaudo y los niveles diarios de estos**”*

De los documentos expedidos por la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P.

7.6. Consta que, a través de Oficio No. 01231 del 25 de noviembre de 1998, el coordinador de Distrito Sucre de Electrocosta remitió al Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Sincelejo una relación de los pagos efectuados a Fidugan con



ocasión del “*convenio interadministrativo Electrosucre-municipio de Sincelejo*”, para los meses de agosto y septiembre de 1998, en los que se le pagó \$78’953.751⁶¹.

7.7. Se encuentra acreditado que, mediante Oficio No. 001751 del 25 de noviembre de 1999⁶², el liquidador de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. informó al presente proceso: **(i)** que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Resolución 001721 del 17 de marzo de 1998, tomó posesión de la Electrificadora para efectos de su liquidación; **(ii)** que a través de la escritura pública No. 2461 del 4 de agosto de 1998 otorgada por la Notaría 45 del Círculo de Bogotá, la Electrificadora de Sucre transfirió sus activos a la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.; **(iii)** que, como consecuencia de lo anterior, la Electrificadora de Sucre desde el 4 de agosto de 1998 no presta el servicio público de distribución de energía a los usuarios del departamento de Sucre, “*servicio que es atendido por la nueva compañía denominada ELECTRIFICADORA DE LA COSTA S.A. E.S.P.*”; y **(iv)** que en el anexo 15 de la referida escritura pública se plasmó que entre los contratos cedidos por la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. a la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. se encontraba el convenio interadministrativo suscrito entre el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., cuyo objeto era el suministro de energía eléctrica con destino al alumbrado público de la ciudad⁶³.

En dicho oficio, frente a la información solicitada por la demandante⁶⁴, se expresó:

“En este orden de ideas, tenemos que una vez se transfirieron los activos de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. a la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. se les entregó todos los equipos de cómputos en los cuales se encontraban las bases de datos, por consiguiente toda la información relacionada con el alumbrado público de esta ciudad quedó guardada en dichos equipos, por lo tanto gran parte de

⁶¹ Folios 88 y 89 del cuaderno de primera instancia.

⁶² Folios 169 a 173 del cuaderno de primera instancia.

⁶³ Tal información se dio en respuesta al oficio No. 3251 del 28 de septiembre librado por la secretaria del Tribunal Administrativo de Sucre.

⁶⁴ Resulta oportuno indicar que la parte demandante solicitó como prueba que se librara oficio a la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. en liquidación para que certificara: (i) las cuantías correspondientes mes por mes con fechas respectivas de la facturación y recaudo, trasladados a la Fiduciaria Ganadera S.A., entidad autorizada por el concesionario de los fondos provenientes del alumbrado público de Sincelejo; (ii) número de usuarios del servicio de energía por estratos y sectores de la ciudad de Sincelejo; (iii) a partir de qué fecha la Electrificadora de Sucre ha dado cumplimiento en cuanto a su aplicación en la facturación de energía eléctrica al Acuerdo 038 de 1996 emanado del Concejo de Sincelejo, debidamente reglamentado por el Decreto municipal 268 del 4 de diciembre del mismo año (folio del cuaderno de primera instancia). Esta prueba fue decretada mediante auto del 10 de septiembre de 1999 (folios 126 a 130 del cuaderno de primera instancia). Para su recaudo el Tribunal libró el oficio 3251 del 28 de septiembre de 1999, con destino al gerente de la electrificadora de sucre en liquidación (folio 132 del cuaderno de primera instancia).



la información por ustedes solicitadas en los oficios de la referencia se encuentran almacenados en los equipos que conserva la Electrificadora de la Costa Atlántica, hemos solicitado al administrador del sistema comercial de la Electrificadora de la Costa Distrito Sucre nos suministre dicha información, y hasta la fecha no nos la ha enviado, en atención a ello le sugerimos dirigirse a la Electrificadora de la Costa S.A. E.S.P. Distrito Sucre, a fin de que les suministre la información requerida.

El valor de las consignaciones que la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. ha efectuado a la fiduciaria FIDUGAN relacionados con los recaudos realizados por concepto de alumbrado público en la ciudad de Sincelejo, son los siguientes:

PAGOS	FECHAS DE PAGOS
107.876.727	MAYO-8/98
66.073.705	MAYO-22/98
43.141.787	JUNIO-2/98
39.758.034	JUNIO-19/98
72.058.880	AGOST-21/98
73.344.899	AGOST26/98
57.697.916	NOV-6/98
41.452.465	DIC-3/98
100.000.000	AGOST-14/98
100.000.000	SEP-20/98
701.404.413	TOTAL CONSIGNADO

En relación con el contrato de fiducia y su clausulado

7.8. Está probado que, el 27 de marzo de 1998, Fidugan S.A. —fiduciaria— y Electro Atlántico Ltda. —fideicomitente— celebraron un contrato de fiducia mercantil de administración, garantía y pagos, con la finalidad de constituir un patrimonio autónomo conformado por recursos provenientes del recaudo del alumbrado público (cláusulas primera y segunda)⁶⁵.

7.8.1. En la cláusula tercera, relacionada con los bienes fideicomitidos, se pactó que Electro Atlántico Ltda. transferiría a la fiduciaria: **(i)** los recursos provenientes de la facturación mensual del servicio de alumbrado público del municipio de Sincelejo; y **(ii)** los recursos provenientes de los créditos obtenidos por Electro Atlántico Ltda. para la ejecución del contrato estatal de conexión suscrito con el municipio de Sincelejo el 28 de febrero de 1997.

⁶⁵ Folios 184 a 209 del cuaderno de primera instancia.



7.8.2. En la cláusula novena se establecieron, entre otras, las siguientes obligaciones a cargo de la fiduciaria: **(i)** recibir los recursos económicos para ser invertidos financieramente; y **(ii)** efectuar los pagos con los recursos recibidos, de conformidad con el flujo de caja aprobado por la Junta Administradora del fideicomiso.

7.8.3. En la cláusula décima tercera, concerniente a la prelación y al procedimiento de pago, se estipuló que al momento de efectuar los pagos, la fiduciaria debía cumplir con la siguiente prelación: **(i)** en primer lugar, cancelar el valor del consumo de energía requerida para la prestación del servicio de alumbrado público, en favor de la Electrificadora del municipio respectivo; **(ii)** en segundo lugar, y de conformidad con los documentos de crédito, efectuar los pagos de las entidades financieras acreedoras del fideicomitente obligado que le hayan otorgado créditos para la ejecución del contrato estatal de concesión suscrito con el municipio respectivo; **(iii)** en tercer lugar, pagar en favor del fideicomitente respectivo en desarrollo de la ejecución del contrato estatal de concesión; **(iv)** una vez efectuados los anteriores pagos, aplicar el remanente de acuerdo con el flujo de caja.

7.8.4. Se encuentra acreditado que se suscribieron dos otrosíes respecto del contrato de fiducia —el 20 de abril y el 17 de junio de 1998, respectivamente—⁶⁶.

De los documentos expedidos por la fiduciaria

7.9. Consta que el 5 de mayo de 1998 por el director de negocios de Fidugan, certificó *“que a abril 30 de 1998 el fideicomiso Fidugan – Electro Atlántico Ltda. Sincelejo no había recibido aportes provenientes del recaudo del servicio de alumbrado público del municipio de Sincelejo”*⁶⁷.

7.10. Está probado que, por medio de Oficio GF1-1317 del 23 de octubre de 1998, la gerencia de fideicomisos de Fidugan S.A. detalló los pagos que la fiduciaria realizó a Electro Atlántico Ltda., con ocasión del convenio interadministrativo suscrito entre la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. y el municipio de Sincelejo, *“para atender la retribución pactada en favor del primero con ocasión del contrato de concesión para el suministro, instalación, mantenimiento y expansión de las*

⁶⁶ Folios 2010 a 219 del cuaderno de primera instancia.

⁶⁷ Folio 45 del cuaderno de primera instancia.



*luminarias y demás elementos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público*⁶⁸.

FECHA	VALOR
13-may-98	\$42'630.000.00
19-may-98	\$57'393.916.00
28-may-98	\$62'881.863.00
16-jun-98	\$114'955.000.00
18-agos-98	\$46'957.143.00
31-agos-98	\$59'962.517.00
26-agos-98	\$99'783.412.00
9-sep-98	\$90'570.000.00
TOTAL	\$575'133.851.00

7.11. Se encuentra acreditado que, mediante Oficio FGES-128-99 del 3 de noviembre de 1999, el director comercial regional de Fidugan certificó que, con corte a 30 de abril de 1998, a la fiduciaria no le ingresaron recursos por parte de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., producto de los recaudos del “*impuesto*” de alumbrado público del municipio de Sincelejo⁶⁹.

7.12. Consta certificación expedida el 22 de noviembre de 1999 por el contador de Fidugan S.A., en la que plasmó que, en desarrollo del contrato fiduciario, recibió por concepto de recaudo de energía la suma de \$1.188'622.610: de la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. recibió \$76'155.674, y de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. \$1.112'466.936⁷⁰.

Testimonios

7.13. Obra el testimonio de Marcos Gómez Ordosgoitia⁷¹, quien manifestó que trabajó en la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. desde 1982 hasta el 15 de agosto de 1998. Señaló que entre el 28 de febrero de 1998 y el 30 de agosto de ese mismo año desempeñó en el cargo de coordinador de Zonas y Facturación de la sociedad, indicando que para esa época se celebró un convenio interadministrativo entre el

⁶⁸ Folio 94 del cuaderno de primera instancia.

⁶⁹ Folio 177 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁰ Folios 179 a 182 del cuaderno de primera instancia.

⁷¹ Folios 162 a 164 del cuaderno de primera instancia. Prueba decretada por solicitud de la llamada en garantía, Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P.



municipio de Sincelejo y Electrosucre y que la función de esta última era recaudar la tasa del 10% del alumbrado público para trasladarlos posteriormente a Fidugan S.A., rindiendo un informe al municipio mensualmente sobre el estado de la cartera, de la facturación y del recaudo correspondiente sobre el impuesto de alumbrado público.

7.14. Reposa el testimonio de Heberto Salas Quintana⁷², quien indicó que para el 28 de febrero de 1998 y el 30 de agosto de ese año se desempeñó como jefe del Departamento de Contabilidad de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. y que había escuchado de la existencia de un convenio interadministrativo, pero que no sabía de las funciones específicas que le correspondían a la Electrificadora en virtud de ese acuerdo.

7.15. Reposa el testimonio de Alberto Lizardo Gómez Revollo⁷³, quien manifestó que se desempeñó como alcalde de Sincelejo para la época de los hechos objeto del litigio. En su relato, indicó que el contrato de concesión en discusión se celebró en febrero de 1997 y que se firmó con Electro Atlántico Ltda., indicando, además, que la remuneración a tal sociedad por la contraprestación al servicio prestado provenía de los recursos recaudados por la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. por concepto del “*impuesto*” del alumbrado público y que posteriormente debían ser girados a una fiducia. Al interrogársele sobre la fecha en la cual Electro Atlántico S.A. empezó a ejecutar el contrato, afirmó que dicha circunstancia ocurrió quince (15) días después de perfeccionado el negocio jurídico. Sobre este particular, en su relato indicó que:

“Inicialmente debo decir que la ejecución del contrato se hizo muy bien pero tres o cuatro meses después en vista de que la Electrificadora de Sucre no firmaba el convenio interadministrativo con el Municipio y esto daba como producto el no giro de los dineros al concesionario, hicimos una suspensión acordada entre las partes, tal vez como en el mes de mayo o junio. Posteriormente se logra firmar el convenio interadministrativo y se inicia nuevamente el objeto del contrato partiendo de la base que con esto no deba haber problemas con la consignación de los dineros a la Fiducia pero desafortunadamente para los intereses del municipio y de la comunidad la Electrificadora de Sucre no adelantó las transferencias a la Fiducia muy a pesar de requerimientos por escrito y además con quejas ante la Procuraduría Departamental haciendo reuniones con miembros o funcionarios de la Electrificadora de Sucre, planteamientos ante la Junta Directiva de esta, fue imposible durante los meses restantes de mi administración que esa entidad cumpliera con los términos de ley de girara (sic) estos recursos a la fiducia y fue ahí cómo notamos una baja por parte del

⁷² Folios 165 y 166 del cuaderno de primera instancia. Medio de prueba solicitado por la llamada en garantía, la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P.

⁷³ Folios 226 a 232 del cuaderno de primera instancia. Prueba solicitada por la parte demandante.



concesionario en la prestación del servicio, pero tengo que reconocer muy a pesar de no hacer reposición de luminarias al menos nos cumplían con el mantenimiento de las existentes”.

De otra parte, afirmó que entre febrero de 1997 y hasta la fecha en la que fungió como mandatario local —diciembre de 1997—, el concesionario no recibió pago alguno como contraprestación por los servicios a su cargo, pues a pesar de los esfuerzos que adelantó la alcaldía ante la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., esta última no cumplió con la transferencia del recaudo a la fiduciaria. Además, señaló que el concesionario presentó comunicaciones ante la alcaldía solicitando el pago de la contraprestación, pero, según afirmó, el convenio “*no nos permitía manejar los dineros directamente*”.

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

En efecto, el señor Heberto Salas Quintana Antonio Gamboa manifestó que había escuchado de la existencia de un convenio interadministrativo y que no conocía las funciones que le correspondían a la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., de manera que su declaración no aporta elementos de juicio para la resolución de la presente controversia. Lo mismo sucede con el testimonio de Marcos Gómez Ordosgoitia, quien, a pesar de dar cuenta del conocimiento de ciertos hechos, particularmente que entre el municipio de Sincelejo y la Electrificadora se suscribió un convenio interadministrativo y que la función de esta última era la de recaudar los dineros de la tasa del alumbrado público para luego trasladarlos a la fiduciaria, cierto es que su dicho se centra en describir —en parte— lo pactado en el convenio, aspecto que se encuentra ampliamente acreditado en el proceso, pues el acuerdo de voluntades reposa en el plenario, de ahí que de su declaración no se desprendan elementos de juicio que contribuyan a la resolución de este caso.

En relación con el testimonio del señor Alberto Lizardo Gómez Revollo, quien se desempeñó como alcalde de Sincelejo para la época de los hechos y, en tal virtud, conoció acerca de la celebración y ejecución del contrato de concesión hasta que culminó su periodo en diciembre de 1997, cabe señalar que si bien su relato da cuenta de aspectos relacionados con la ejecución, suspensión, forma de remuneración del acuerdo de voluntades y con giro de dineros al concesionario por parte de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P, su relato, además de que no resulta



del todo preciso —en comparación con el restante material probatorio—, tampoco encuentra respaldo en las demás pruebas que obran en el expediente. De hecho, el testigo hace referencia a una suspensión del negocio jurídico, cuando lo cierto es que este se suspendió en dos ocasiones, todo lo cual le resta credibilidad a su relato.

Además, aunque el testigo manifiesta que se presentaron requerimientos por escrito para que la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. realizara las transferencias a la fiducia y que hicieron reuniones en tal sentido, lo cierto es que esas afirmaciones no se encuentran respaldadas en otros medios de prueba que permitan cotejar tales afirmaciones, como por ejemplo documentos que den cuenta de las solicitudes, los requerimientos y las reuniones referidas, lo que le resta credibilidad y certeza a su dicho.

Pruebas adicionales

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

7.16. Pólizas de responsabilidad civil extracontractual No. 0494072 y de cumplimiento No. 0494071, expedidas el **5 de marzo de 1997** por la Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. en favor del municipio de Sincelejo, ambas relacionadas con el contrato de concesión⁷⁴.

7.17. Censo estudio de alumbrado público de la ciudad de Sincelejo, elaborado en octubre de 1996 por Galectro y Cía. Ltda., en el cual se plasmaron, entre otras, las siguientes conclusiones: que Sincelejo no contaba con un buen servicio de mantenimiento de su alumbrado público; que en la prestación de servicio de alumbrado público se estaban utilizando en su gran mayoría luminarias de bajo rendimiento; que era deficiente e insuficiente el mantenimiento, la conservación y la cobertura del alumbrado público; que debía dotarse a la ciudad de un servicio de mantenimiento con un equipo de personal con las herramientas apropiadas para rescatar el alumbrado público en mal estado⁷⁵.

⁷⁴ Folios 468 a 471 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁵ Folios 25 a 31 del cuaderno de primera instancia.



7.18. Acuerdo No. 38 del 5 de noviembre de 1996, expedido por el Concejo Municipal de Sucre, por medio del cual se autorizó al alcalde de la ciudad que modificara las tasas del servicio de alumbrado público⁷⁶.

7.19. Decreto No. 268 del 4 diciembre de 1996, expedido por el alcalde de Sincelejo, a través del cual se fijaron las tarifas que se cobrarían por concepto de alumbrado público, estableciéndose una tarifa mínima a cargo de los usuarios⁷⁷.

7.20. Documento denominado “*FLUJO PROYECTADO DESDE MARZO DE 1997 HASTA FEBRERO DE 2015*”⁷⁸, que, según la demanda, sirvió de base a Electro Atlántico Ltda. para la propuesta de la concesión, sobre la base del método del valor presente neto (V.P.N.), en el cual, aseveró la parte actora, “*se aprecia con claridad las utilidades totales y a V.P.N. a recibir por Electro Atlántico Ltda. con la correcta ejecución del contrato de concesión*”⁷⁹.

7.21. Oficio No. 01342 del 12 de octubre de 1999, expedido por el defensor del pueblo Seccional Sucre, en el que se informó que existían 4 quejas presentadas por diferentes sectores del municipio de Sincelejo que, si bien no se dirigieron directamente en contra de Electro Atlántico Ltda., tenían que ver con fallas en la prestación del servicio de alumbrado público, por incumplimiento en el suministro, instalación y mantenimiento o expansión del mismo, indicándose que “*tales quejas se encuentran dirigidas contra el consorcio Alumbrado Público y/o ALAIN PUGA*”⁸⁰.

7.22. Dictamen pericial rendido por dos financieros, decretado a solicitud de la parte actora mediante auto del 26 de octubre de 1999⁸¹, en el cual se determinó el daño patrimonial que padeció Electro Atlántico Ltda., producto del incumplimiento en el que supuestamente incurrió el municipio de Sincelejo⁸².

7.23. Dictamen pericial practicado en el expediente con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01 —que fue incorporado a este proceso por auto del 2 de marzo de 2015 dictado en el trámite de la segunda instancia—, en el cual se determinaron

⁷⁶ Folios 32 a 36 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁷ Folios 37 y 38 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁸ Folios 39 a 44 del cuaderno de primera instancia.

⁷⁹ Folio 8 del cuaderno de primera instancia.

⁸⁰ Folio 156 del cuaderno de primera instancia.

⁸¹ Folio 167 del cuaderno de primera instancia.

⁸² Folios 247 a 324 del cuaderno de primera instancia.



los ingresos a recibir por el concesionario, su utilidad, así como también el valor mínimo a recibir por Electro Atlántico Ltda. teniendo como base el valor mínimo de facturación de la tasa de alumbrado público⁸³.

Ahora bien, comoquiera que las experticias antes referidas (6.20 y 6.21) guardan relación con la lesión al patrimonio que supuestamente le fue causado al concesionario, serán valoradas en su oportunidad, si a ello hay lugar, en caso de que se deba analizar el menoscabo ocasionado al contratista como elemento de la responsabilidad contractual⁸⁴.

8. Solución al caso concreto

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

8.1. Primer problema jurídico: determinar si el contrato de concesión objeto de estudio se perfeccionó

El Tribunal *a quo* consideró que el contrato de concesión no se perfeccionó, en la medida en que las pólizas de garantía aportadas al expediente no reunían las condiciones estipuladas, al no especificar los porcentajes como se debía, al no contar con la nota de recibido por parte de la alcaldía de Sincelejo y al no demostrarse que estuvieran autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

En contraste con lo expuesto en la sentencia de primera instancia, en el recurso de apelación se indicó que el *a quo* realizó una lectura indebida de la Ley, confundiendo el concepto de perfeccionamiento del contrato estatal con el de ejecución.

8.1.1. Contextualizado lo anterior, la Sala precisa que, según el artículo 41⁸⁵ de la Ley 80 de 1993 —norma vigente para la época en que se celebró el contrato de concesión—, los contratos estatales se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre

⁸³ Folios 737 a 780 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁸⁴ Ver, en ese sentido, sentencia del 23 de septiembre de 2024, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente No. 64509.

⁸⁵ “Artículo 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto”.



el objeto y la contraprestación y que se eleve a escrito (inciso primero), estableciendo, además, que para su ejecución se requiere de la aprobación de la garantía y de la existencia de disponibilidades presupuestales (inciso segundo).

De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸⁶ ha señalado reiteradamente que la lectura del artículo *ibídem* no ofrece complejidad, en tanto establece y distingue de manera clara el momento y los requisitos del perfeccionamiento del contrato con los de ejecución. Mientras que los negocios jurídicos estatales existen y se perfeccionan una vez se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación (elementos sustanciales) y además se consigne por escrito (elemento formal de la esencia), para la correspondiente ejecución se necesita de la aprobación de la garantía y de la existencia de disponibilidades presupuestales, significando esto último que la ausencia de garantía o de registro presupuestal no son condiciones de la existencia del negocio jurídico.

8.1.2. Precisado lo anterior, la Sala concluye que le asiste razón al recurrente, pues en efecto el Tribunal *a quo* confundió los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal con los de ejecución.

En efecto, en el fallo de primera instancia se sostuvo que el negocio jurídico en cuestión no se perfeccionó, en tanto las pólizas de garantía no cumplieron con ciertas condiciones, afirmación que no se acompasa con las previsiones contenidas en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, porque, precisamente, las garantías atañen a un requisito de ejecución del contrato, mas no de su perfeccionamiento. Lo anterior, ya que este último se concreta con el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, elevándose a escrito.

Ciertamente, en la cláusula décima primera del contrato de concesión objeto de estudio, se pactó que el negocio jurídico se entendería perfeccionado con la firma del documento correspondiente y que para su ejecución se requería de la aprobación de garantías y de la publicación en la gaceta municipal, distinguiendo así, conforme lo prevé la Ley, el perfeccionamiento y la ejecución (hecho probado 7.1.7.).

⁸⁶ Ver, entre otros, los siguientes fallos proferidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo: (i) sentencia del 30 de julio de 2008, expediente No. 15079, y (ii) sentencia del 10 de septiembre de 2014, expediente No. 28.079.



En tal sentido, contrario a lo concluido por el Tribunal, para la Sala no existe duda que el contrato de concesión suscrito el 28 de febrero de 1997 entre el municipio de Sincelejo y Electro Atlántico Ltda. sí se perfeccionó, porque, además de que se elevó a escrito, hubo acuerdo sobre el objeto y la contraprestación (hechos probados 7.1. y 7.1.6.).

Así las cosas, teniendo en cuenta que el contrato de concesión sí se perfeccionó, la Sala entrará a pronunciarse respecto del segundo problema jurídico planteado en la presente *litis*.

8.2. Segundo problema jurídico: establecer si el municipio de Sincelejo durante el periodo comprendido entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998, incumplió el acuerdo de voluntades al no pagar la retribución acordada como contraprestación y al omitir consignar los valores recaudados en la cuenta destinada para tal fin, y si se reúnen los presupuestos de la responsabilidad contractual.

En el fallo de primera instancia, se concluyó que, en virtud de lo pactado en la cláusula novena del contrato de concesión, el Municipio quedó relevado de la obligación de pago, pues en ella se estipuló que la alcaldía de Sincelejo le había cedido a Electro Atlántico Ltda. —aquí demandante— los derechos sobre la tasa de alumbrado público, aunado al hecho de que el ente territorial suscribió un convenio interadministrativo con la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. para que esta, entre otros, se encargara del recaudo de la tasa y su posterior giro a la fiduciaria.

En contraste con dicha afirmación, la parte recurrente sostuvo que no podía entenderse que el ente territorial se hubiera liberado de la obligación de pago, por el simple hecho de que a la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. le correspondía recaudar la tasa de alumbrado público, a lo que agregó que en el convenio interadministrativo que suscribió la mencionada Electrificadora con el municipio de Sincelejo no se estipuló una subrogación de la obligación de pago.

Como lo ha precisado esta Subsección, la responsabilidad civil contractual se funda en la existencia de una obligación derivada de un contrato, cuyo cumplimiento haya sido omitido por el demandado, ocasionando con ello un menoscabo a un interés



jurídicamente protegido en cabeza del demandante y, a su turno, la responsabilidad contractual de la administración requiere la existencia de una obligación surgida de un contrato, cuyo cumplimiento sea imputable a la administración contratante y haya ocasionado el menoscabo de su derecho a la prestación⁸⁷.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que “*existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento*”⁸⁸.

En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha establecido que los elementos principales de la responsabilidad contractual de la administración pública son: “*a) [e]l incumplimiento de una obligación surgida del contrato, imputable a la Administración Pública. b) [e]l daño antijurídico sufrido por el contratista o el menoscabo de su derecho a la prestación. c) [e]l nexo causal entre el daño antijurídico sufrido por el contratista y el incumplimiento de la obligación imputable a la Administración Pública*”⁸⁹.

La responsabilidad contractual que Electro Atlántico Ltda. pretende endilgarle al municipio de Sincelejo se centra en la forma y condiciones de la remuneración acordada en el contrato de concesión, pues en efecto la parte demandante alega, por un lado, no haber recibido del ente territorial, durante el período comprendido entre el 28 de febrero de 1997 —fecha en que se suscribió el negocio jurídico en cuestión— y el 30 de abril de 1998⁹⁰, el pago como contraprestación por los servicios a su cargo y, por el otro, el incumplimiento del ente territorial en el sentido

⁸⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 28 de octubre de 2019. Rad.: 40992.

⁸⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de julio de 1992. Rad.: 6461.

⁸⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Rad.: 16103.

⁹⁰ Fue en los alegatos de conclusión de primera instancia que la parte actora precisó que desde el 28 de febrero de 1997 hasta el 30 de abril de 1998 el concesionario Electro Atlántico Ltda. estuvo cumpliendo con sus obligaciones sin recibir ninguna contraprestación en ese período (ver punto 3.1. de los antecedentes de este proveído).



de consignar los dineros provenientes del recaudo de la tasa de alumbrado público en las cuentas de la fiduciaria Fidugan S.A.

Por tanto, para resolver si la actuación de la Administración en estos aspectos se ajustó a derecho o si, por el contrario, constituyó un incumplimiento frente a lo pactado por las partes en cuanto a la remuneración del concesionario, la Sala estima pertinente ahondar en lo que sobre el particular fue acordado en el contrato.

Al efecto, conviene resaltar que cuandoquiera que no exista suficiente claridad o precisión en cuanto al alcance y contenido del documento contractual o se evidencie una contradicción entre las estipulaciones contenidas en el acuerdo de voluntades, e incluso cuando existe claridad en el lenguaje utilizado pero las partes le atribuyen un significado divergente, corresponde al juez adelantar la labor de interpretación del negocio jurídico con miras a establecer la real intención de los contratantes y el contenido genuino de lo estipulado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”.

En tal sentido, el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la naturaleza del negocio celebrado, en forma sistemática, racional y lógica, con el fin de establecer la voluntad común de los contratantes o dándole a cada cláusula el sentido que mejor convenga en su totalidad o deberá estarse a la interpretación que mejor encuadre con su naturaleza.

Así las cosas, en el *sub examine* se observa que en la cláusula primera del contrato de concesión se pactó que el concesionario tendría derecho a recibir como contraprestación, el valor total de la facturación del servicio de alumbrado público. A su turno, se advierte que en la cláusula novena del negocio jurídico se acordó: **(i)** que el municipio de Sincelejo, con el **recaudo** efectivo del alumbrado público, le debería retribuir al concesionario el costo mensual de las obligaciones de suministro, operación y mantenimiento de la concesión; **(ii)** que la facturación y el recaudo del alumbrado público le correspondía a la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., según lo que se pactara en el convenio interadministrativo, que haría parte del contrato; **(iii)** que dicho recaudo sería canalizado por una fiduciaria y que el concesionario, para tal efecto, debería contratar una fiducia que se encargaría del manejo de los fondos de la concesión; **(iv)** que la alcaldía de Sincelejo le cedía a



Electro Atlántico Ltda., durante el tiempo de la concesión, los derechos que tenía frente a la tasa correspondiente al servicio de alumbrado público facturado por la Electrificadora de Sucre S.A., *“obteniendo como contraprestación que EL CONCESIONARIO, a través de la fiduciaria, clasifique y cancele los valores a pagar por concepto de compra de energía ‘en bloque’ a la Electrificadora y aquellos valores que correspondan al CONCESIONARIO como consecuencia del ejercicio de la concesión conforme a los precios y valores descritos en los formularios No. 6, No. 7, No. 8 y No. 9 de la oferta presentada por Electro Atlántico Ltda.”* (hechos probados 7.1. y 7.1.6.).

A su vez, se tiene que el 30 de agosto de 1997 el municipio de Sincelejo y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. suscribieron un convenio interadministrativo, con el objeto de que la Electrificadora le suministrara energía al ente territorial para el funcionamiento del servicio de alumbrado público, obligándose también, por un lado, a facturar el servicio domiciliario y el valor de la tasa del alumbrado público, y, por el otro, a recaudar y trasladar los dineros a la fiduciaria Fidugan S.A., que debería ser contratada por Electro Atlántico Ltda. (hechos probados 7.5., 7.5.1., 7.5.3. y 7.8.).

A partir de lo anterior, en el presente caso emerge con claridad que la voluntad de las partes, reflejada en las cláusulas primera y novena del contrato de concesión, en concordancia con lo estipulado en las cláusulas primera y segunda del convenio interadministrativo, consistió en que el Municipio, a través del **recaudo** efectivo del servicio de alumbrado público, retribuiría al concesionario por las labores a su cargo, recaudo que, por demás, llevaría a cabo la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., quien posteriormente trasladaría los recursos a la fiduciaria Fidugan S.A., frente a lo cual cabe agregar que la alcaldía de Sincelejo, a efectos de concretar la remuneración, le **cedió** a Electro Atlántico Ltda., durante el término de la concesión, los derechos que tenía sobre **la tasa**.

En pocas palabras, aunque el Municipio no estaba obligado a efectuar un pago directo al concesionario, pues su valor se trasladó a los usuarios en forma de tributo —tasa—, sí estaba en el deber de retribuir al contratista por medio del recaudo efectivo del servicio de alumbrado público que realizara la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., es decir, que estaba en el deber de garantizar que los valores



efectivamente recaudados fueron trasladados a la fiducia destinada por el consorcio para tal fin.

7.2.1. En tal sentido, cabe empezar por señalar que si bien las partes estipularon que el Municipio retribuiría al concesionario el costo mensual del suministro, mantenimiento y la operación de la concesión, lo cierto es que dicha retribución quedó supeditada a una forma y condición especial, dentro de la cual no solamente se dispuso que el costo mensual se retribuiría a través del recaudo efectivo del servicio de alumbrado público, cuyo valor se trasladó a los usuarios en forma de tributo —tasa—, pues en efecto la alcaldía de Sincelejo le cedió a Electro Atlántico Ltda., durante el término de la concesión, los derechos que tenía sobre la tasa del alumbrado público, circunstancia que repercutió de forma significativa en la remuneración acordada.

Sobre este último particular, la Sala estima pertinente mencionar que en una controversia anterior —con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01⁹¹—, surgida entre las mismas partes del litigio que ahora nos ocupa, en la cual Electro Atlántico Ltda. demandó al municipio de Sincelejo por la alteración del equilibrio económico del contrato al modificarse la tasa de alumbrado prevista en el Decreto No. 268 de 1996 —que fue la base para estructurar la concesión—, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de enero de 2013, examinó la cláusula novena del contrato de concesión y concluyó que la

⁹¹ Demandante Electro Atlántico Ltda.; demandado: Municipio de Sincelejo. Las pretensiones de esta demanda fueron, entre otras, las siguientes: PRIMERA: *Que se declare la Nulidad [sic] del Decreto Municipal 149 del 30 de Junio [sic] de 1998, por medio del cual se modificó en deterioro de la posición contractual del Concesionario [sic] de Alumbrado [sic] Público [sic], la tasa a cobrar a los usuarios del servicio de la Ciudad de Sincelejo.[...]* SEGUNDA: *Que adicionalmente se declare que el Municipio de Sincelejo ha incumplido el contrato estatal de Concesión [sic] al modificar unilateralmente las bases de la estructura financiera de la misma, contenidas en el Decreto Municipal 268 de 1996. [...]* TERCERA: *Que se declare que con la actitud de la Administración se ha ocasionado un daño antijurídico a Electroatlántico [sic] Ltda [sic], el cual no esta en la obligación de soportar. [...]* CUARTA: *Que en virtud de la magnitud del Daño [sic] antijurídico causado y a la petición del demandante, se declare terminado el contrato por incumplimiento del Municipio.[...]* QUINTA: *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a que el perjuicio patrimonial ocasionado por el Daño [sic] antijurídico sea indemnizado por el Municipio de Sincelejo de la siguiente manera: [...]*. Mediante sentencia del 30 de enero de 2013, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, resolvió declarar que con la expedición del Decreto No. 149 de 1998, el Municipio incumplió el contrato de concesión, porque modificó la tasa de alumbrado público, cuando la prevista en el Decreto No. 268 de 1996 fue vinculante para estructurar financieramente la concesión y, en consecuencia, ordenó el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

⁹¹ Debido a las dificultades para recaudar la prueba, la parte demandante presentó acción de tutela que se tramitó ante la Sección Quinta de esta Corporación, la cual, a través de fallo del 6 de febrero de 2020, ordenó a la Secretaría que incorporara la prueba pericial practicada dentro del aludido proceso, en virtud de lo cual la Secretaría allegó el dictamen solicitado (folios 805 a 812 del cuaderno del Consejo de Estado).



inversión del concesionario se remuneraba con el recaudo de la tasa del alumbrado público, siendo esta la única fuente de recursos para la concesión, porque, según se advirtió en esa providencia, al municipio de Sincelejo no le correspondía disponer dinero de su presupuesto para ajustar, completar o compensar los pagos que se hacían al concesionario. En dicho pronunciamiento además se agregó que el concesionario asumió durante un plazo fijo de 18 años la obligación y el derecho a explotar el sistema de alumbrado público, exponiéndose al riesgo de recuperar o no la inversión que realizaba, más la utilidad que razonablemente debió calcular⁹².

Sobre este particular, en la sentencia referida el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

*“Para responder esta cuestión hay que remitirse al contrato de concesión, que al respecto indica, en la cláusula novena, que las obligaciones contractuales que asumió el concesionario –es decir, el suministro, mantenimiento y operación del alumbrado público- se remunerarían con el recaudo del servicio de alumbrado, que en términos del convenio interadministrativo suscrito por el mismo municipio con la Electrificadora de Sucre SA., **ésta empresa era quien facturaba y recaudaba los recursos**. En estos términos, en la cláusula citada consta que el municipio cedió a favor de Electro Atlántico Ltda.*

[...]

*De este modo, **el esquema financiero del negocio era bastante simple: la inversión del concesionario se remuneraba con el recaudo de la tasa de alumbrado público**, deducido de allí el valor de la energía que Electro Sucre SA., le vendía al municipio de Sincelejo con destino al sistema de alumbrado público –según convenio interadministrativo en este sentido-. Por tanto, la fuente de los recursos de la concesión era única, porque el municipio no puso dinero de su presupuesto para ajustar, completar o compensar los pagos que se hacían al concesionario, y lo que quedaba ingresaba al patrimonio de Electro Atlántico Ltda., para remunerar las prestaciones realizadas a favor de la entidad territorial. En estos términos, la electrificadora asumió durante un plazo fijo de 18 años la obligación y el derecho a explotar el sistema de alumbrado público de Sincelejo, exponiéndose al riesgo de recuperar adecuadamente, o de no hacerlo, la inversión que realizaba, más la utilidad que razonablemente debió calcular. Técnicamente este modelo de negocio se corresponde con la estructura de una concesión típica de alumbrado público. (énfasis añadido)*

⁹² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 30 de enero de 2013. Rad.: 24020, “De este modo, **el esquema financiero del negocio era bastante simple: la inversión del concesionario se remuneraba con el recaudo de la tasa de alumbrado público, deducido de allí el valor de la energía que Electro Sucre SA. le vendía al municipio de Sincelejo con destino al sistema de alumbrado público –según convenio interadministrativo en este sentido-. Por tanto, la fuente de los recursos de la concesión era única, porque el municipio no puso dinero de su presupuesto para ajustar, completar o compensar los pagos que se hacían al concesionario, y lo que quedaba ingresaba al patrimonio de Electro Atlántico Ltda., para remunerar las prestaciones realizadas a favor de la entidad territorial. En estos términos, la electrificadora asumió durante un plazo fijo de 18 años la obligación y el derecho a explotar el sistema de alumbrado público de Sincelejo, exponiéndose al riesgo de recuperar adecuadamente, o de no hacerlo, la inversión que realizaba, más la utilidad que razonablemente debió calcular. Técnicamente este modelo de negocio se corresponde con la estructura de una concesión típica de alumbrado público”.**



Así las cosas, no se pasa por alto que el concesionario tenía derecho a recibir una remuneración como contraprestación; sin embargo, en los términos estrictamente acordados, dicha remuneración provendría del recaudo efectivo del valor de la facturación del servicio de alumbrado público (cláusula primera del contrato de concesión) (hecho probado 7.1.1.). De hecho, de acuerdo con el convenio interadministrativo suscrito entre el municipio de Sincelejo y Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., a esta última le correspondía facturar conjuntamente con el servicio domiciliario —de energía—, pero en forma discriminada, el valor del servicio de alumbrado público, trasladado a los usuarios en forma de la tasa, atendiendo a las tarifas establecidas en los acuerdos y en las disposiciones de organismos locales y nacionales competentes (hecho probado 7.4.1.), lo cual reafirma el hecho de que la remuneración final o la contraprestación en favor del concesionario devenía en últimas del pago de los usuarios del servicio que se derivaba, concretamente de la facturación, el cual, en todo caso, debía ser recaudado y posteriormente trasladado a la cuenta de la fiducia destinada para tal fin.

Ciertamente, con el fin de materializar la forma de remuneración pactada en la concesión, en la cual se trasladó a los usuarios el pago a través de un tributo que se concretaba en la respectiva facturación, en la misma cláusula novena del negocio jurídico objeto de estudio se pactó que la alcaldía de Sincelejo le cedía a Electro Atlántico Ltda., durante el término de la concesión, los derechos sobre la tasa del alumbrado público, a partir de lo cual no queda duda de que la retribución únicamente derivaba del recaudo de ese tributo.

En línea con lo anterior, cabe señalar que el artículo 9 de la Resolución CREG⁹³ 043 del 23 de octubre de 1995⁹⁴ —vigente para la fecha en que se celebró el contrato de concesión—, consagró que el Municipio era el responsable del pago del suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público, con la posibilidad de que aquel pudiera celebrar convenios para que los cobros se efectuaran directamente a los habitantes o a los usuarios, **a través de tributos**, como sucedió en el caso particular, toda vez que en el contrato en cuestión se pactó que la remuneración en

⁹³ Comisión de Regulación de Energía y Gas.

⁹⁴ “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”. En su artículo 9 dicha Resolución estableció: “ARTICULO 9. MECANISMO DE RECAUDO. El municipio es responsable del pago del suministro, mantenimiento y expansión del servicio. Este podrá celebrar convenios con las empresas de servicios públicos, con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los usuarios, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras”.



favor del concesionario devendría finalmente del recaudo de la tasa de alumbrado público.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993⁹⁵ —norma que define el contrato de concesión—, el concesionario puede recibir la contraprestación por las actividades a su cargo de diversas maneras, por ejemplo, a través de, entre otros⁹⁶, tasas, como ocurrió en el presente caso.

Es así que en el *sub lite*, tal y como se señaló en precedencia, las partes acordaron trasladar a los usuarios el valor de la retribución del contrato a favor del consorcio, en forma de tributo⁹⁷, el cual sería recaudado a través de la respectiva facturación como única fuente de recursos, remuneración que se percibe de los usuarios del servicio, frente a los cuales el concesionario estaba facultado para ejercer las acciones legales a efectos de cobrar los valores que estos dejaran de pagar (párrafo de la cláusula quinta del convenio interadministrativo), de ahí que en los términos señalados por el recurrente, al ente territorial no le era dable pagar o reconocer algún valor como retribución a favor del demandante, porque en el contrato —más allá del recaudo del servicio de alumbrado público, trasladado en forma de tasa a los usuarios, como forma de remuneración— no se pactaron subvenciones ni garantías mínimas a cargo de la

⁹⁵ “Artículo 32 (...) 4. Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, **a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden**” (negritas y subrayas fuera del texto original).

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 2017. expediente 2013-00468.

⁹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 30 de enero de 2013. Rad.: 24020, “Respecto del pago del servicio de alumbrado público, el artículo 9 de la citada Resolución 043 del 23 de octubre de 1995 prevé que el municipio es el responsable del pago frente al sujeto que suministre el servicio o realice el mantenimiento y expansión de las redes. Sin embargo, el municipio puede cobrar el alumbrado público a los habitantes en forma de tributo, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, como también en las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas “CREG” La referida resolución No. 043 de 1995 también establece la posibilidad de que el Municipio celebre convenios con las empresas de servicios públicos, con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los habitantes, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras (...) **Se tiene, entonces, que el municipio, como responsable del pago del servicio de alumbrado público a la empresa prestadora del mismo, puede trasladar a los habitantes su valor, en forma de tributo, en cuyo caso resulta necesario que el Concejo respectivo lo imponga, fijando directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las tarifas correspondientes**” (negritas y subrayas fuera del texto original).



Administración⁹⁸⁻⁹⁹, aspecto que se acompasa con la naturaleza del contrato de concesión que se celebró, que se caracteriza, entre otros, porque el concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado.

Ahora bien, la Sala no deja de lado que en el Decreto No. 268 del 4 diciembre de 1996, expedido por el alcalde de Sincelejo, se fijaron las tarifas a cobrar por concepto de alumbrado público y se estipuló una tarifa mínima para el efecto, atendiendo a la categoría (residencial, comercial e industrial) y al estrato; sin embargo, como quedó previsto en este mismo Decreto, la tarifa mínima estaba dirigida al usuario, es decir, a los valores mínimos que estos deberían pagar (prueba adicional 6.18), de lo cual no se desprende que el Municipio tuviera que garantizar el pago mínimo de la tarifa en el evento de que los usuarios no la cancelaran.

A lo anterior se suma que al expediente no se allegó la oferta presentada por Electro Atlántico Ltda., elemento fundamental para determinar lo que en realidad le correspondía al concesionario por concepto de contraprestación y para establecer si su propuesta sugería que el municipio de Sincelejo debía garantizar unos mínimos de sumas de dinero como remuneración. Lo anterior porque, además de que la oferta formaba parte del contrato (hecho probado 7.1.3.), aquella era determinante para establecer su valor, según lo pactado en la cláusula tercera (hecho probado 7.1.2.), aunado al hecho de que la contraprestación del concesionario, que devenía del recaudo de la tasa del alumbrado público, estaba ligada a los precios y valores descritos en los formularios Nos. 6, 7, 8 y 9 de la oferta presentada por Electro

⁹⁸ La doctrina autorizada ha señalado al respecto: “(...) podemos concretar la noción conceptual de la concesión de servicio público diciendo que ella consiste en un acto de la Administración Pública por el cual esta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, **asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios** [renta, tarifa o tasa], **o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa**” (ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Parte Especial, volumen II. Ediciones DePalma, Buenos Aires, 1970. P.15).

⁹⁹ Sobre el particular, el doctrinante Guillermo Dávila Vinueza ha sostenido “**En circunstancias ordinarias en las que no existen a cargo del Estado subvenciones y especialmente garantías, se dice con razón que la concesión de obra se realiza por cuenta y riesgo del contratista, de tal manera que la entidad contratante no responde, en principio, por la satisfacción de la remuneración del concesionario, como también lo reconoce generalmente la doctrina.** Por lo anterior, Dromi considera que el contrato de concesión de obra pública es aleatorio para el concesionario, pues los beneficios dependen de un hecho incierto: los ingresos durante el plazo de la concesión, o como dice Bercaitz: salvo que ‘exista cláusula escrita de garantía’, la circunstancia de que el concesionario se vea privado de su ganancia ordinaria ‘ello corresponde a la esfera propia del alea normal de todo contrato’ (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Editorial Legis, Bogotá, 2016. P. 883).



Atlántico Ltda., tal como se estipuló en la cláusula novena de la concesión (hecho probado 7.1.6.).

Ahora bien, la Sala no deja de lado que en el Decreto No. 268 del 4 diciembre de 1996, expedido por el alcalde de Sincelejo, se fijaron las tarifas a cobrar por concepto del servicio alumbrado público y se estipuló una tarifa mínima para el efecto, atendiendo a la categoría (residencial, comercial e industrial) y al estrato; sin embargo, como quedó previsto en este mismo Decreto, la tarifa mínima estaba dirigida al usuario, es decir, a los valores mínimos que estos deberían pagar (prueba adicional 6.18), de lo cual no se desprende que el Municipio tuviera que garantizar el pago mínimo de la tarifa en el evento de que los usuarios no la cancelaran.

Bajo el anterior contexto, la Sala estima que al municipio de Sincelejo, en los términos inicialmente señalados en la demanda, no se le puede atribuir un incumplimiento por el no pago de un valor directo como retribución entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998, toda vez que, como quedó visto, el pago de los valores a recaudar correspondía directamente a los usuarios del servicio, siendo esta la única fuente de recursos de la concesión, en tanto el ente territorial no se comprometió a poner dinero de su presupuesto para ajustar, completar o compensar los pagos que se hacían al concesionario.

7.2.1. Habiendo concluido que al Municipio no le correspondía pagar directamente suma alguna de dinero como contraprestación por las obligaciones a cargo del contratista, la Sala analizará si, en los términos señalados en la demanda, el ente territorial incumplió o no la obligación de retribución, particularmente en cuanto a garantizar que los valores recaudados durante el periodo reclamado, esto es, entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998, fueran trasladados a la cuenta destinada para tal fin.

Según se dijo en precedencia, aunque el Municipio no estaba obligado a efectuar un pago directo al concesionario, sí estaba en el deber de retribuir al contratista por medio del recaudo efectivo de la tasa —labor a cargo de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. —, para lo cual debía garantizar que los valores efectivamente recaudados fueron trasladados a la cuenta de la fiducia destinada para tal fin.



En ese sentido, la Sala observa que, aunque el contrato de concesión fue perfeccionado el 28 de febrero de 1997 (hecho probado 7.1.), en el proceso no existen pruebas que permitan corroborar que el contrato se hubiera ejecutado entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998.

Así, de la lectura del acta del 26 de junio de 1997, suscrita entre las partes (hecho probado 7.3.), se desprende que para esa fecha el contrato no se había ejecutado, pues de su contenido se logra extraer que las partes en un principio acordaron modificar el plazo de iniciación del mismo —para el 26 de junio de 1997 y posteriormente para el 28 de agosto de 1997—, con fundamento en que aún no se había suscrito el convenio interadministrativo entre el Municipio y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. De hecho, en el acta expresamente se indicó: “[...] *mediante acta de veintiséis (26) de mayo del año en curso acordaron modificar el plazo previsto en el contrato de concesión, para la iniciación del mismo en treinta (30) días a la firma de dicha acta [...] Llegado el plazo, las partes acuerdan la suspensión de la ejecución del contrato por dos (2) meses más, es decir hasta el 28 de agosto de 1997*”.

En el mismo sentido, tras examinar el acta de reinicio del 10 de septiembre de 1997, suscrita entre las partes (hecho probado 7.4.), igualmente se observa que para esa fecha el negocio jurídico no se había ejecutado, a saber:

**“ACTA DE REINICIACION DEL CONTRATO DE CONCESION PARA
EL ALUMBRADO PUBLICO DE LA CIUDAD DE SINCELEJO**

Hoy 10 de septiembre de 1997, siendo las 08 horas, se reunieron en el despacho del señor Alcalde Municipal de Sincelejo, el señor GABRIEL JAIME PELAEZ TRUJILLO, en su calidad de representante de la sociedad ELECTRO ATLANTICOL LTDA. Concesionario del servicio del alumbrado público en la ciudad, por una parte, y el Dr. , ALBERTO GOMEZ REVOLLO, en su calidad de Alcalde Municipal, a fin de acordar los términos para la reiniciación del contrato de concesión celebrado entre la partes, el cual se encuentra actual y temporalmente suspendido, teniendo en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES

- 1.- *Que el contrato de concesión de alumbrado público fue suscrito entre el Municipio de Sincelejo y ELECTRO ATLANTICO LTDA. el día 28 de febrero de 1997.*
- 2.- *Que mediante acta firmada por las partes contratantes, se decidió de común acuerdo la suspensión del contrato de concesión, a efectos de que el Municipio adelantara las gestiones para el perfeccionamiento del convenio interadministrativo a suscribir con la Electrificadora de Sucre, como parte de las obligaciones contraídas en el contrato de concesión suscrito.*



- 3.- Que una vez perfeccionado como encuentra el convenio interadministrativo citado, la alcaldía Municipal considera que se han dado las condiciones para proceder al cumplimiento de los requisitos para su ejecución.
- 4.- Que el concesionario a su vez considera oportuna y procedente la ejecución del contrato.

ACUERDAN

- 1.- Que se firme el acta de reiniciación del contrato de concesión para el alumbrado público de la ciudad de Sincelejo, a partir de hoy 10 de septiembre de 1997.
- 2.- Que se acompañen por parte del concesionario los documentos y pólizas de garantía exigidos en el contrato de concesión, como requisitos legales, para lo cual se fija un plazo de ocho (8) días a partir de la fecha.
- 3.- Que se efectúe la publicación del contrato en los términos de la ley.

En constancia de lo anterior se firma la presente acta de reiniciación, entre las partes contratantes, a los diez (10) días del mes de septiembre de 1997”.

A juicio de la Sala, en el acta en cita quedaron plasmadas las consideraciones y acuerdos que dan cuenta de la inejecución del contrato, tales como: **(i)** que las partes acordaron suspender el contrato mientras se adelantaban las gestiones a efectos de celebrar el convenio interadministrativo entre el Municipio y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P.; y **(ii)** que tras la firma del acta era pertinente proceder con el cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato.

En este orden, aunque las actas del 26 de junio y del 10 de septiembre de 1997 se refieren a suspensiones y reinicios, para la Sala no existe duda de que, por lo menos, hasta esta última fecha, es decir, hasta el 10 de septiembre de 1997, el contrato nunca se ejecutó; lo que motivó la suscripción de estos acuerdos fue el hecho de que el Municipio y la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. no habían suscrito el convenio interadministrativo, sin el cual no era dable comenzar con la ejecución del contrato de concesión, acuerdo que finalmente se materializó el 30 de agosto de 1997 (hecho probado 7.5).

Ahora bien, en este contexto, podría considerarse que, con la suscripción del acta de reinicio del 10 de septiembre de 1997 el contrato de concesión comenzó a ejecutarse, de no ser porque del contenido del acta se desprende que para ese momento ni siquiera estaban dados los requisitos de ejecución del contrato, pues allí se indicó que, tras su firma, se procedería a verificar el cumplimiento de los requisitos de ejecución¹⁰⁰, para lo cual las partes acordaron que el contratista

¹⁰⁰ En ese sentido, es menester reiterar que el régimen del Estatuto General de la Contratación Estatal —aplicable al presente caso— estableció una distinción entre los requisitos para el perfeccionamiento del contrato y los elementos para su ejecución, en el sentido de que los primeros



debería allegar “[...] los documentos y pólizas de garantía exigidos en el contrato de concesión, como requisitos legales, para lo cual se fija un plazo de ocho (8) días a partir de la fecha [...]”, aspectos frente a los cuales no obra prueba en el plenario¹⁰¹, de ahí que no se pueda colegir que el contrato en efecto se ejecutó con posterioridad a esta fecha, pues ni siquiera se acreditó que estuvieran dados los requisitos para tal efecto.

Aunado a lo anterior, llama la atención de la Sala que el contrato de fiducia que se obligó a celebrar el contratista para canalizar los valores del recaudo del ingreso del servicio alumbrado público (cláusula novena del contrato, en concordancia con la cláusula quinta del convenio hechos probados 7.1.6. y 7.5.3.), el cual, por demás, revestía de suma importancia para la ejecución del contrato de concesión porque en la fiducia se consignarían los valores recaudados, fue celebrado hasta el **28 de marzo de 1998** (hecho probado 7.8.), aspecto que permite entrever que hasta ese momento se completó el esquema negocial acordado entre las partes (contrato - convenio interadministrativo - fiducia), de lo cual se vislumbra que con anterior a esta fecha el contrato no se venía ejecutando o, por lo menos, así lo demuestran las pruebas allegadas al expediente.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el proceso no existen pruebas que conduzcan a concluir con plena certeza que el contrato de concesión se hubiera ejecutado durante el periodo comprendido entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998, para la Sala resulta claro que el cargo alegado no está llamado prosperar, pues no es dable endilgarle al Municipio el incumplimiento de un contrato frente al cual no se probó su ejecución.

Con todo, en el hipotético evento en el que se considerara que el contrato de concesión se ejecutó durante el periodo reclamado, es decir, entre el 28 de febrero

consisten en que el acuerdo de voluntades sea suscrito por una entidad estatal y se eleve a escrito, mientras que los segundos son elementos que se deben satisfacer para comenzar a concretar el objeto negocial, tales como: (i) el registro presupuestal, previa emisión del certificado de disponibilidad presupuestal; (ii) el otorgamiento y la aprobación de las garantías para respaldar el cumplimiento obligacional y (iii) la acreditación del pago de aportes parafiscales. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 24 de abril de 2023. Radicado 41001-23-33-000-2017-00303-01 (69023).

¹⁰¹ En lo atinente a las garantías, en el presente caso las únicas pruebas que reposan en el expediente son las pólizas de responsabilidad civil extracontractual No. 0494072 y de cumplimiento No. 0494071, expedidas el 5 de marzo de 1997 por la Compañía Aseguradora de Finanzas S.A. en favor del municipio de Sincelejo, relacionadas con el contrato de concesión en cuestión (prueba adicional 7.16.).



de 1997 —o por lo menos desde el 10 de septiembre de 1997— y hasta el 30 de abril de 1998, en el presente caso no habría lugar a atribuirle responsabilidad contractual alguna al Municipio. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el proceso no está probada la premisa sobre la cual se fundamenta el incumplimiento alegado por la parte demandante, esto es, que durante el interregno de tiempo referido se hubiera recaudado efectivamente algún valor por concepto de la tasa; si no se acreditó el recaudo, no habría lugar a exigirle al Municipio que garantizara su giro a la cuenta destinada para tal fin.

En efecto, las pruebas documentales obrantes en el expediente enseñan que la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. efectuó consignaciones a la fiduciaria, relacionadas con los recaudos por concepto de alumbrado público, entre mayo y septiembre de 1998.

De hecho, en el oficio No. 01231 del 25 de noviembre de 1998, remitido por el coordinador de Distrito Sucre de Electrocosta al Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Sincelejo, se relacionaron los pagos efectuados a Fidugan con ocasión del “*convenio interadministrativo Electrosucre-municipio de Sincelejo*”, para los meses de agosto y septiembre de 1998 (hecho probado 7.6.).

En el mismo sentido, en el oficio No. 001751 del 25 de noviembre de 1999¹⁰², el liquidador de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. expresó (hecho probado 7.7.):

“En este orden de ideas, tenemos que una vez se transfirieron los activos de la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. a la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. se les entregó todos los equipos de cómputos en los cuales se encontraban las bases de datos, por consiguiente toda la información relacionada con el alumbrado público de esta ciudad quedó guardada en dichos equipos, por lo tanto gran parte de la información por ustedes solicitadas en los oficios de la referencia se encuentran almacenados en los equipos que conserva la Electrificadora de la Costa Atlántica, hemos solicitado al administrador del sistema comercial de la Electrificadora de la Costa Distrito Sucre nos suministre dicha información, y hasta la fecha no nos la ha enviado, en atención a ello le sugerimos dirigirse a la Electrificadora de la Costa S.A. E.S.P. Distrito Sucre, a fin de que les suministre la información requerida.

El valor de las consignaciones que la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. ha efectuado a la fiduciaria FIDUGAN relacionados con los recaudos realizados por concepto de alumbrado público en la ciudad de Sincelejo, son los siguientes:

¹⁰² Folios 169 a 173 del cuaderno de primera instancia.



PAGOS	FECHAS DE PAGOS
107.876.727	MAYO-8/98
66.073.705	MAYO-22/98
43.141.787	JUNIO-2/98
39.758.034	JUNIO-19/98
72.058.880	AGOST-21/98
73.344.899	AGOST26/98
57.697.916	NOV-6/98
41.452.465	DIC-3/98
100.000.000	AGOST-14/98
100.000.000	SEP-20/98
701.404.413	TOTAL CONSIGNADO

En línea con lo anterior, mediante certificado del 5 de mayo de 1998 del director de negocios de Fidugan, se indicó que al 30 de abril de 1998 el fideicomiso Fidugan – Electro Atlántico Ltda. Sincelejo no había recibido aportes provenientes del recaudo (hecho probado 7.9.) y en oficio GF1-1317 del 23 de octubre de 1998 de la gerencia de fideicomisos de Fidugan S.A. se relacionaron los pagos que la fiducia realizó a Electro Atlántico Ltda. con ocasión del convenio interadministrativo suscrito entre la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. y el municipio de Sincelejo, todos los cuales tuvieron lugar entre el 13 de mayo de 1998 y 9 de septiembre de 1998 (hecho probado 7.10.).

Inclusive, auscultados los dictámenes periciales obrantes en el proceso, con el único propósito de validar si a partir de los mismos se desprendía algún tipo de información relacionada con el recaudo efectivo de la tasa de alumbrado público entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998 (pruebas adicionales 7.16 y 7.17), se constató que afectos de calcular los valores relacionados con el objeto de la prueba, los peritos partieron de la base de proyecciones de ingresos, mas no de recaudos efectivos, por lo que de la información allí contenida tampoco se advierte que hubiera existido un recaudo durante el periodo reclamado por la parte demandante.

Según se observa, la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas



persiguen”, de donde la premisa que soporta la circunstancia alegada requiere de prueba, en cuanto a que la parte demandada no garantizó el giro del recaudo a la cuenta destinada para tal fin, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide su declaratoria.

A partir de lo anterior, la Sala estima que, en los términos señalados por la recurrente, el Municipio no incumplió el contrato pues finalmente y bajo el esquema negocial que acordaron las partes, entre el 28 de febrero de 1997 y el 30 de abril de 1998 al ente territorial no le correspondía pagar o cancelar la remuneración derivada de los costos por el suministro, operación y mantenimiento de la concesión, pues su valor se trasladó a los usuarios con la cesión sobre los derechos de la tasa, que sería recaudada por la Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P., aunado al hecho de que dentro del proceso tampoco se probó que el contrato se hubiera ejecutado en este periodo y mucho menos que durante el mismo se hubiera recaudado valor alguno por concepto de la tasa, de ahí que no haya lugar a declarar la responsabilidad contractual de la parte demandada.

9. Cuestión final

9.1. El municipio de Sincelejo presentó objeción por error grave¹⁰³ contra el dictamen pericial practicado en el proceso con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01, que se incorporó al proceso de la referencia por auto del 2 de marzo de 2015 dictado en el trámite de la segunda instancia, al considerar: **(i)** que no existen documentos o soportes que den cuenta de la idoneidad de los peritos; **(ii)** que los peritos no fueron seleccionados objetivamente; y **(iii)** que las cifras arrogadas en la experticia no corresponden con la realidad, pues se basaron en datos relativos al consumo.

Según el artículo 238-4 del CPC las partes podrán objetar el dictamen por error grave, siempre que este haya sido determinante para las conclusiones de los peritos. De conformidad con la jurisprudencia de esta Sección¹⁰⁴, el error grave se presenta cuando se cambian las cualidades propias del objeto examinado o se toma por objeto de observación una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia

¹⁰³ Índice 217 Samai.

¹⁰⁴ Ver sentencia del 22 de septiembre de 2021, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente No. 28061



del dictamen, pues al apreciarse equivocadamente el objeto, necesariamente las conclusiones son erróneas

En el presente caso, la Sala advierte que las razones aducidas por el Municipio para objetar el dictamen pericial practicado en el proceso con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01 no se refieren a errores en el objeto de la prueba, sino a un desacuerdo respecto de los requisitos del dictamen y del análisis y conclusiones a las que llegaron los peritos, de tal suerte que la misma no tiene la vocación de prosperar, razón por la cual se negará.

9.2. Finalmente, y atendiendo a que las pretensiones de la demanda serán negadas, la Sala no estima procedente entrar a pronunciarse respecto de la responsabilidad del llamado en garantía -Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P.-.

En consecuencia, al advertir que el planteamiento del recurrente atinente al incumplimiento del municipio de Sincelejo no se encontró acreditado y que la objeción por error grave propuesta por el ente territorial contra el dictamen pericial practicado en el proceso con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01 no tiene la vocación de prosperar, la Sala confirmará la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que negó las pretensiones de la demanda y negará la objeción por error grave, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

10. Costas

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, por las razones expuestas en esta providencia.



SEGUNDO: TENER al señor Carlos Ignacio Peláez Trujillo como litisconsorte cuasinecesario de la parte demandante, de conformidad con las razones expuestas en este proveído.

TERCERO: NEGAR la objeción por error grave propuesta por la parte demandada contra el dictamen pericial practicado en el proceso con radicado No. 08001-23-31-000-1998-00748-01, que se incorporó al proceso de la referencia por auto del 2 de marzo de 2015 dictado en el trámite de la segunda instancia.

CUARTO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Presidente de la Sala

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
ADRIANA POLIDURA CASTILLO
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado

VF/AC2/AC1