

República De Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Juzgado Segundo Administrativo Oral Del Circuito De Santa Marta

Santa Marta D.T.C.H, ocho (8) de septiembre del dos mil diecisiete (2017)

RADICADO: No.	47-001-3333-002-2017-00119-00
ACCIÓN:	CUMPLIMIENTO
ACTOR:	INSTITUTO MUNICIPAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE FUNDACIÓN
DEMANDADO:	DOLMEN SA ESP, MUNICIPIO DE FUNDACIÓN Y ELECTRICARIBE S.A. ESP

El señor JORGE EDUARDO DURAN GALINDO, como gerente del INSTITUTO MUNICIPAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE DE FUNDACION, promueve ante esta Agencia Judicial, demanda a través del Medio de Control de Acción de Cumplimiento, consagrado en el artículo 87 de la Constitución Nacional y reglamentada en la Ley 393 de 1997, contra la empresa DESARROLLO URBANO DE COLOMBIA "DOLMEN SA ESP", junto con los vinculados MUNICIPIO DE FUNDACIÓN y la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE S.A. ES.P", en la cual agotadas las solemnidades propias de esta Acción procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

"solicito a usted se ordene al concesionario del sistema de alumbrado público de Fundación que asuma de manera inmediata la prestación del servicio de semaforización que viene instalando la administración municipal a través del Instituto que ha bien gerencio, incluyendo todo lo concerniente a la administración, operación, mantenimiento, modernización, reposición y expansión del equipamiento del sistema de semaforización".

2. Hechos.

"PRIMERO.- El día 21 de junio de 1999 el Municipio de Fundación Departamento del Magdalena suscribió con la UNION TEMPORAL INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A – INGENIERIA SUMINISTROS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A" EL CONTRATO DE CONCESION para EL MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO INCLUYENDO EL SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS Y ACCESORIOS ELÉCTRICOS PARA LA REPOTENCIACIÓN Y EXPANSIÓN DEL MISMO EN TODO EL TERRITORIO DEL MUNICIPIO DE FUNDACION.

SEGUNDO.- Que entre otras normas el contrato de concesión arriba enunciado, se fundamentó en la ley 142 y 143 de 1994, las resoluciones número 43 de 1995 Resolución 043 de 1996, 089 de 1996, toda ellas emanadas de la COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS (CREG).

TERCERO.- El objeto del contrato de concesión es; Realizar el mantenimiento y administración de la infraestructura del servicio de alumbrado público del municipio de Fundación incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios eléctricos y suministro de repuesto necesarios para la repotenciación y expansión del sistema de alumbrado público del municipio.

CUARTO.- El día 05 de octubre de 1999 la unión temporal INDUSTRIAS PHILIPS DE COLOMBIA S.A – INGENIERIA SUMINISTROS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "I.S.M. S.A" cedió a la unión temporal ILUMINAMOS FUNDACION el contrato de concesión suscrito con el municipio de Fundación cuyo objeto era EL MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO INCLUYENDO EL SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS Y ACCESORIOS ELÉCTRICOS PARA LA REPOTENCIACIÓN Y EXPANSIÓN DEL MISMO EN TODO EL TERRITORIO DEL MUNICIPIO DE FUNDACION.

QUINTO.- El día 28 de noviembre de 2003 la unión temporal ILUMINAMOS FUNDACION CEDIO a la empresa DESARROLLO URBANO DE COLOMBIA con sigla DOLMEN S.A. E.S.P. identificada con el NIT 802.012.179-0 el contrato de concesión suscrito con el municipio de Fundación cuyo objeto era el mantenimiento de la infraestructura del servicio de alumbrado público incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios eléctricos para la repotenciación y expansión del mismo en todo el territorio del municipio de Fundación.

SEXTO.- entre otras dentro de las obligaciones contractuales del concesionario del sistema de alumbrado público de Fundación se encuentran;

. - Celebrar el contrato de compra de energía eléctrica con destino a la prestación del servicio de alumbrado público, en las mejores condiciones objetivas, en el caso de que no haya sido contratado por el municipio.

. - Garantizar la prestación del servicio de alumbrado público en forma regular continua y permanente, en condiciones técnicas aceptables.

. - acoger nuevas tecnologías siempre que ellas permitan la prestación del servicio en forma eficiente.

. - SEPTIMO.- En el municipio de Fundación se instituyo la sobretasa de alumbrado público, la cual es recaudada por ELECTRICARIBE S.A. y administrada mediante contrato de concesión por DOLMEN S.A.

. - OCTAVO.- La administración municipal de Fundación, dentro de su proceso de modernización y mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, en aras de brindar mayor seguridad a peatones y

conductores, a través de INTRAFUN, dentro del servicio de alumbrado público vial, diseño un plan de semaforización en diferentes intersecciones del municipio

. - NOVENO.- A la fecha en el municipio de Fundación ya se encuentra en funcionamiento el conjunto de semáforos ubicados en la intersección vial calle 6 carrera 10, y próximamente, se intervendrán 5 intersecciones viales más.

. - DECIMO.- El día 28 de diciembre de 2016 en mi condición de gerente de Intrafun entidad responsable de la movilidad en el municipio de Fundación dirigí a la empresa ELECTRICARIBE S.A escrito con copia a DOLMEN S.A mediante el cual le indicaba que en atención a que el sistema de semáforos forma parte del alumbrado público, se abstuviesen de suspender el servicio de energía a los mismos.

. - DECIMO PRIMERO.- A pesar del escrito presentado la empresa ELECTRICARIBE S.A procedió a la suspensión del servicio de energía de los semáforos ubicados en la intersección vial CALLE 6 CARRERA 10 del municipio de Fundación.

DECIMO SEGUNDO.- El día 6 de enero de 2017 ELECTRICARIBE S.A da respuesta a mi oficio de fecha 28 de diciembre de 2016, indicándome que ellos no pueden responsabilizarse del servicio de energía a los semáforos y que es la alcaldía municipal quien debe responsabilizarse de la prestación de dicho servicio.

DECIMO TERCERO: El día 11 de enero de 2017 la Alcaldía municipal de Fundación envía oficio a ELECTRICARIBE S.A y a DOLMEN S.A E.S.P, en el cual les indica que el costo del servicio de la energía suministrada a los semáforos debe ser cargado y deducido del recaudo que por concepto de alumbrado público realizan dichas empresas.

DECIMO CUARTO: El día 11 de enero de 2017 en mi condición de gerente de INTRAFUN envía oficio a DOLMEN S.A E.S.P, en el cual le solicito, que en atención a que el costo del servicio de la energía suministrada a los semáforos se encuentra inmerso dentro del cobro de alumbrado público, adelante ante ELECTRICARIBE S.A, las gestiones necesarias para el restablecimiento del servicio de energía a los mismos.

DECIMO QUINTO: El día 10 de febrero de 2017 recibo respuesta fechada febrero 1 de 2017, en la cual DOLMEN S.A E.S.P, en la cual se me indica que los semáforos no forman parte del sistema de alumbrado público, y se hace mención a lo dispuesto en el decreto 2424 de 2006.

DECIMO SEXTO: En oficio de fecha febrero 13 de 2017, en la que le indico a DOLMEN S.A E.S.P, que el artículo 1 de la resolución CREG 43 de 1995, bajo el amparo de la cual se concedió la concesión del alumbrado público en Fundación incluye dentro del alumbrado público el sistema

de semaforización, y que el decreto 2424 de 2006 en ninguno de sus artículos excluye la semaforización del sistema de alumbrado público, y que tal controversia ya fue definida por el honorable Consejo de estado en sentencia de fecha 25 de agosto de 2011 con radicado número 66001-2331000-2005-0796-01.

DECIMO SEPTIMO: A pesar de lo expresado en el oficio de fecha febrero 13 DOLMEN S.A el día 17 de marzo de 2017 radica en las oficinas de Intrafun oficio SL-24352 en el cual alegando un artículo de un acuerdo municipal (anulado judicialmente) de fecha (año 2012) posterior a la firma del contrato (año 1999), indica que el municipio debe sufragar de manera directa el costo de la energía necesaria para el funcionamiento de los semáforos.

DECIMO OCTAVO: Mediante oficio de fecha ocho (08) de mayo de 2017, nuevamente solicito a DOLMEN S.A de cumplimiento a las normas de ley que le obligan a asumir el sistema de semaforización del municipio de Fundación.

DECIMO NOVENO: Mediante oficio de fecha diecisiete (17) de mayo de 2017, mediante oficio SL-25034 DOLMEN S.A en respuesta al oficio de fecha mayo 8 de 2017 nuevamente indican que la semaforización no forma parte del sistema de alumbrado público y que por lo tanto no pueden ingresarlo al sistema en Fundación.

VIGESIMO: Mediante oficio de fecha nueve (09) de junio de 2017, nuevamente solicito a DOLMEN S.A de cumplimiento a las normas de ley que le obligan a asumir el sistema de semaforización del municipio de Fundación.

VIGESIMO PRIMERO: Mediante oficio de fecha trece (13) de junio de 2017, numerado SL-25034 DOLMEN S.A en respuesta al oficio de fecha junio 9 de 2017 reitera su negativa de asumir la semaforización de fundación, bajo el argumento de que según el decreto 2424 de 2006, la semaforización no forma parte del sistema de alumbrado público y que por lo tanto no pueden ingresarlo a dicho servicio en el municipio de Fundación."

II. ACTO ADMINISTRATIVO EL CUAL SE EXIJE SU CUMPLIMIENTO

La parte actora señala como las normas sobre las cuales exige su cumplimiento a través de la presente acción, las siguientes:

- Decreto 2424 de 2006
- Las resoluciones CREG 43 de 1995, y CREG 123 de 2011, normas que rigen al Contrato de CONCESIÓN PARA EL MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO INCLUYENDO EL SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS Y ACCESORIOS ELÉCTRICOS PARA LA REPOTENCIACIÓN Y EXPANSIÓN DEL MISMO EN TODO EL TERRITORIO DEL

MUNICIPIO DE FUNDACION, suscrito entre la entidad accionada y el municipio de Fundación y que está siendo incumplido por el concesionario al no querer asumir el sistema de Semaforización municipal como parte del sistema de alumbrado público del ente territorial contratante.

III. FUNDAMENTO DEL DERECHO.

- .- Artículo 1 de la Resolución CREG 43 de 1995 vigente a la fecha de la firma del contrato y parte integral del mismo.
- .- Decreto 2424 de 2006 vigente a la fecha.
- .- Artículo 3 Resolución CREG 123 de 2011.
- .- Sentencia dictada por el Honorable consejo de estado de fecha 25 de agosto de 2011 con radicado número 66001-2331000-2005-0796-01.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Esta Agencia Judicial admitió la demanda, a través de auto de calenda dieciséis (16) de agosto de 2017, ordenó notificar personalmente al representante legal de DOLMEN SA ESP y se vinculó MUNICIPIO DE FUNDACIÓN y a la Empresa ELECTRICARIBE S.A ESP, concediéndosele el término de tres (3) días para contestarla (folio 65).

V. CONTESTACION DE LA DEMANDA

5.1. DOLMEN SA ESP, contestó la demanda mediante escrito del 22 de agosto del 2017, en el que manifiesta sucintamente:

- Que en el contrato de concesión, el Municipio de Fundación fundamentó su competencia para prestar el servicio de alumbrado público en la jurisdicción municipal en la ley 142 y 143 de 1994, las resoluciones GREG 043 de 1995, 043 de 1996 y 089 de 1996.
- Agrega que el objeto del contrato de concesión es realizar el mantenimiento y administración de la infraestructura del servicio de alumbrado público del Municipio, incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios eléctricos y suministros de repuestos necesarios para la repotenciación y expansión del sistema de alumbrado público del municipio.
- Que el contrato fue cedido en varias ocasiones hasta que el 28 de noviembre del 2003, el contrato fue cedido por la Unión Temporal Iluminamos Fundación en Desarrollo Urbano de Colombia SA a Dolmen SA.
- Dice que el Concejo Municipal de Fundación estableció el impuesto de alumbrado público para financiación del servicio, recursos que recauda el comercializador de energía Electricaribe SA ESP, pero en dichos recursos No son administrados por el concesionario Dolmen SA como lo afirma el actor.

- Que nunca participaron en la elaboración del mencionado plan de semaforización toda vez que esto escapa al objeto contractual suscrito.
- Dolmen si bien dio respuesta a INTRAFUN mediante SL – 24352 indicando que corresponde al municipio sufragar de manera directa el costo de la energía necesaria para el funcionamiento de los semáforos, y que dentro de los argumentos se hizo referencia al artículo 61º del Acuerdo Municipal 012 de 2012, del cual a la fecha NO se nos ha notificado que esta haya sido anulado judicialmente como lo menciona el actor.
- Adicionalmente mediante ese mismo escrito, se puntualizó que la Resolución CREG 123 del 8 de septiembre del 2011 derogó la Resolución No. GREG 043 de 1995, norma en la que fundamentaba su petición.
- Por último, menciona que en el oficio SL – 25034 nuevamente se le reitera que la Resolución CREG 043 de 1995 estaba derogada resultando únicamente aplicable la definición del servicio de alumbrado público establecido por el decreto 2424 de 2006 y en la Resolución CREG 123 del 8 de septiembre del 2011, en las cuales la semaforización no forma parte del sistema de alumbrado público.

Propuso la excepción de mérito: “No existe incumplimiento de DOLMEN SA ESP frente a las normas legales vigentes que regulan el servicio de alumbrado público”, atendiendo q las solicitudes del actor se fundamentan en una resolución que se encuentra derogada, la pretensión de que DOLMEN asuma las actividades y costos asociados al sistema de semaforización municipal excede el alcance del objeto del contrato de concesión de alumbrado público descrito en la cláusula 1ª del contrato de concesión.

5.2. La Empresa Electricaribe S.A. E.S.P., guardo silencio.

5.3. El Municipio de Fundación, guardo silencio.

5.4. El Ministerio Público, no conceptuó.

VI. PRUEBAS

Al proceso se arrimaron las siguientes pruebas:

1. Oficio de fecha 28 de Diciembre de 2016 enviado por este organismo de tránsito INTRAFUN a la empresa ELECTRICARIBE S.A.
2. Oficio con Consecutivo N° 4576467 de fecha 6 de enero de 2017 enviado por la empresa ELECTRICARIBE S.A. al INTRAFUN.
3. Oficio de fecha 11 de enero de 2017 enviado por este Instituto Municipal de Tránsito de Fundación a las empresas DOLMEN S.A. y ELECTRICARIBE S.A.

4. Copia del oficio de fecha 11 de enero de 2017 enviado por la Secretaria General y de Gobierno de Fundación-Magdalena a las empresas ELECTRICARIBE S.A. y DOLMEN S.A.
5. Oficio de fecha 16 de enero de 2017 enviado por el representante legal de la empresa SENTEL LTDA a este organismo de tránsito.
6. Oficio SL- 24110 de fecha 1 de febrero de 2017 remitido por DOLMEN S.A. E.S.P. y recibido con fecha 10 de febrero en INTRAFUN.
7. Oficio CMF 010-2017 sobre solicitud de informe sobre el estado actual de los semáforos del HONORABLE CONCEJO MUNICIPAL DE FUNDACIÓN a INTRAFUN.
8. Oficio de fecha 13 de febrero de 2017 de INTRAFUN a la sociedad comercial DOLMEN S.A.
9. Oficio SL – 24352 de fecha 6 de marzo de 2017, firmada por la apoderada de DOLMEN S.A. E.S.P. dirigida al INSTITUTO MUNICIPAL DE TRANSITO Y TRANSPORTES DE FUNDACIÓN.
10. Oficio de fecha mayo 9 de 2017 enviado por Intrafun a Dolmen s.a.
11. Oficio SL-24853 de fecha mayo 17 de 2017 enviado por DOLMEN S.A a Intrafun.
12. Oficio de fecha junio 9 de 2017 enviado por Intrafun a Dolmen s.a.
13. Oficio SL-25034 de fecha junio 13 de 2017 enviado por DOLMEN S.A a Intrafun.
14. .- Copia del contrato de concesión para el mantenimiento de la infraestructura del servicio de alumbrado público incluyendo el suministro e instalación de luminarias y accesorios eléctricos para la repotenciación y expansión del mismo en todo el territorio del municipio de Fundación, con sus correspondientes anexos.
15. CD QUE CONTIENE:
 - .-Texto de la sentencia del CONSEJO DE ESTADO de fecha 25 de agosto de 2011 dentro de los procesos radicados 66001-231-000-2005-00796-01 - 66001-000-2005-00956-01. (Acumulados) Actor: José Fredy Arias Herrera y Otro.
 - .- Copia de la sentencia de nulidad del acuerdo 012 de 2012.
 - .- Copia de la resolución CREG 045 de 1995.
 - .- Copia de la resolución CREG 123 de 2011.

- Copia del decreto reglamentario 2424 de 2006

La entidad accionada anexo:

- Copia simple del contrato de concesión de alumbrado público suscrito entre DOLMEN SA ESP y el municipio de Fundación.
- Cámara de Comercio de DOLMEN SA ESP

VII. CONSIDERACIONES

7.1 Objeto de la Acción de Cumplimiento.

La Ley 393 de 1997 que desarrolló la norma constitucional transcrita, dispuso, en su artículo 1º, que el objeto de la acción de cumplimiento es el siguiente:

"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos".

7.2 Problema Jurídico.

Le corresponde al despacho determinar si DOLMEN SA ESP, ha incumplido el decreto 2424 de 2006, las resoluciones CREG 43 de 1995, y CREG 123 de 2011, normas que rigen al Contrato de CONCESIÓN PARA EL MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO INCLUYENDO EL SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS Y ACCESORIOS ELÉCTRICOS PARA LA REPOTENCIACIÓN Y EXPANSIÓN DEL MISMO EN TODO EL TERRITORIO DEL MUNICIPIO DE FUNDACION, suscrito entre DOLMEN (cesionario) y el municipio de Fundación, al no querer asumir el sistema de Semaforización municipal como parte del sistema de alumbrado público del ente territorial contratante, y si existe alguna injerencia en ese incumplimiento por parte de ELECTRICARIBE S.A. ESP y el municipio de Fundación.

7.3 Generalidades de la Acción de Cumplimiento

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda "acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

"Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2º de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas.

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, la efectividad de las normas con fuerza material de Ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional "*el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo*"³⁷.

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben cumplir los siguientes requisitos mínimos:

i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º)³⁸.

ii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento (Arts. 5º y 6º).

iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de instaurar la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º). El artículo 8 señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito "*cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable*" caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace improcedente la acción. También son causales de improcedibilidad pretender la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º)³⁹.

7.4. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL PRESENTE TRÁMITE

El Despacho es competente para conocer y proferir fallo de primera instancia según lo establecido los artículos 3º de la Ley 393 de 1997 y 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los cuales, en su orden, prescriben:

Ley 393 de 1997:

³⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ(E) Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 05001-23-33-000-2014-01832-01(ACU).

"(...) Artículo 3º.- Competencia. De las acciones dirigidas al cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Acto Administrativo, conocerán en primera instancia los Jueces Administrativos con competencia en el domicilio del accionante. En segunda instancia será competente el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento al cual pertenezca el Juzgado Administrativo (...)"

Ley 1437 de 2011:

"(...) Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 10. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas (...)"

7.5. Sobre la renuencia como requisito de procedibilidad

El inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997, dispone que la acción de cumplimiento procede cuando se demuestre la renuencia del demandado a cumplir con el deber legal o administrativo omitido, lo cual sólo puede excusarse cuando se expone en la demanda la inminencia de un perjuicio irremediable, que exige la intervención inmediata de la orden judicial.

Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción, es importante tener en cuenta dos supuestos: la reclamación del cumplimiento y la renuencia.

El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que, si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: i) la petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, ii) el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y iii) la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia "expresa" es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia "tácita" es necesario estudiar el

contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquélla define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.

En cualquier caso, la autoridad demandada en la acción de cumplimiento debe ser la misma ante la cual se presentó la petición previa con la finalidad de constituirla en renuencia.

En el presente caso, se encuentra debidamente acreditado este requisito de procedibilidad, en tanto, se evidencia la petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley, en la cual se señala en forma precisa la disposición que consagra la obligación que se dice incumplida – deber legal omitido y se explica el sustento en el que se funda el incumplimiento alegado (fl.29). Así mismo, obra a folio 30 del expediente, la renuencia al cumplimiento que de manera expresa realiza el ente accionado, esto es DOLMEN SA ESP.

7.6. Improcedibilidad de la Acción de Cumplimiento:

El artículo 9º de la ley 393 de 1.997, establece la improcedibilidad de esta Acción cuando:

“La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.”

7.7. El caso concreto.

Luego de efectuar el análisis de las pruebas documentales arrimadas al expediente, así como el estudio de los presupuestos exigidos por la Ley para la prosperidad del trámite de la acción de cumplimiento, se llega a la conclusión que el presente asunto, se **RECHAZARÁ** por improcedente en atención a que no se encuentran cumplidos varios de los presupuestos legales exigidos, los cuales se anotan a continuación.

A) Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos.

En cuanto al requisito concerniente a que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes tal y como lo señala el artículo 1º de la Ley 393 de 1997, se observa que el accionante invoca como acto y/o norma incumplida, el Decreto 2424 de 2006, las resoluciones CREG 43 de 1995, y CREG 123 de 2011, normas que se aduce por el actor rigen al Contrato De CONCESIÓN PARA EL MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO INCLUYENDO EL SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE LUMINARIAS Y ACCESORIOS ELÉCTRICOS PARA LA

REPOTENCIACIÓN Y EXPANSIÓN DEL MISMO EN TODO EL TERRITORIO DEL MUNICIPIO DE FUNDACION suscrito entre la entidad accionada y el Municipio de Fundación, sin embargo en ninguna se encuentra estipulado de manera taxativa o sin asomo de discusión que la obligación de asumir el sistema de Semaforización Municipal, corresponda al concesionario que maneja el sistema de alumbrado público del ente territorial contratante.

Lo anterior, toda vez que se señala el incumplimiento de un deber contractual, que se alega se desprende de una interpretación jurisprudencial que así le impondría al concesionario tal obligación, tratando el accionante de ajustar esa labor dentro del objeto contractual, más no porque en el contrato o las normas invocadas se estipule con claridad y sin posibilidad de discusión lo señalado.

B) Que mandato sea imperativo e inobjetable

Por otra parte, en lo referente a que el mandato contenido en las normas de las cuales se depreca el cumplimiento deba ser imperativo e inobjetable para que proceda la acción de cumplimiento, este Despacho considera que frente al estudio de las normas objeto del sub judice, se debe reiterar que la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que dicha exigencia, impone que las obligaciones reclamadas sean incontrovertibles e incuestionables, de forma tal que no exista duda sobre su existencia, contenido y alcance, quedando excluida de la finalidad de esta acción la declaración de derechos que estén en discusión, pues para tal efecto existen las acciones contenciosas.

En este punto conviene anotar que el actor dice que se incumple la resolución CREG 43 de 1995 y la parte accionada se opone a su exigencia indicando que ésta se encuentra derogada actualmente por la Resolución CREG 123 de 2011, en consecuencia es claro que tampoco se puede impartir la orden de dar cumplimiento a la misma por cuanto existe discusión en torno a la vigencia y aplicabilidad de la misma.

Es pertinente citar lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-157 de 1998 por medio de la cual se declara Exequible el artículo 1º de la Ley 393 de 1997 señalando que la interpretación del incumplimiento deba ser estricta y que, además, éste resulte evidente:

“(…) Igualmente la norma acusada en cuanto impone la anotada restricción al juez, condiciona y limita la actividad de juzgamiento de éste hasta el punto de que al analizar la situación de incumplimiento de la autoridad desatienda el principio de la prevalencia del derecho sustancial que adquiere especial relevancia constitucional por la necesidad de garantizar el derecho constitucional que tienen todas las personas a que se cumplan las leyes y los actos administrativos.

La observancia estricta de dicho principio demanda que el juez tenga un amplio poder discrecional, aunque no arbitrario, para determinar en cada caso si existió o no el referido incumplimiento, mediante el análisis de la respectiva situación desde el punto de vista fáctico y jurídico.

De otra parte, entiende la Sala que el deber de cumplir una norma legal o un acto administrativo no admite gradaciones, esto es, la autoridad cumple o no cumple, y naturalmente, no cumple o incumple a medias; el incumplimiento es algo que

debe ser apreciado dentro de la autonomía e independencia del juez para juzgar en el caso concreto.

De este modo, no aparecen legítimos ni razonables los condicionamientos que se imponen a la actividad de juzgamiento, en el sentido de que la interpretación del incumplimiento deba ser estricta y que, además, éste resulte evidente.”

Este incumplimiento no es evidente, correspondería hacer un análisis del contrato de concesión para determinar si efectivamente la entidad accionada estaría incurso en incumplimiento contractual, propio de un proceso ordinario.

C) No procederá la acción cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo el caso que, de no proceder el juez administrativo, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

Finalmente, con relación a la improcedencia de la acción de cumplimiento cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico alegado, este Despacho debe señalar que esgrimidos todos los argumentos anteriores, resulta evidente que la accionante cuenta con otro mecanismo judicial idóneo para solicitar el cumplimiento de lo deprecado, en tanto se anuncia la presunta obligación del cesionario DOLMEN SA ESP, se desprende en primera medida de un contrato de concesión sobre el alumbrado público, sobre el cual se debe dar aplicación a normativas sobre el sistema de semaforización, teniendo en cuenta que si se ha presentado un incumplimiento es de origen contractual, teniendo el medio de control de la acción ordinaria, para entrar a discutir lo planteado como objeto dentro de la Litis.

En tercer lugar, se advierte La acción de cumplimiento que prevé el artículo 87 de la Constitución Política y que desarrolló la Ley 393 de 1997, establece que no procede cuando la persona que promueve la acción tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o del acto incumplido; tampoco cuando su ejercicio persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

La pretensión es que DOLMEN SA ESP asuma la prestación del servicio de semaforización que viene instalando la administración del Municipio de Fundación incluyendo todo lo concerniente a la administración, operación, mantenimiento, modernización, reposición y expansión del equipamiento del sistema de semaforización, es decir, el fin último de la acción de cumplimiento es que la entidad accionada asuma los gastos de la instalación y demás procesos que pongan en marcha el programa de semaforización del municipio, siendo evidente la improcedencia de la acción con este fin, toda vez que si bien Dolme es un particular, no se puede desconocer que dentro de la Litis planteada por las partes, el citado accionado, aduce que tal obligación atañe al Municipio de Fundación, teniéndose entonces que de asistirle razón implicaría la ejecución de presupuesto del ente territorial sin que se encuentre incorporado en las partidas del que anualmente se ejecuta, como gastos que "inevitablemente deban" efectuarse por la administración,

Por consiguiente, no es posible que éste Juzgador emita una orden de cumplimiento como lo pretende la parte actora y, así las cosas, es dable concluir que la presente acción al no ser procedente se NEGARÁ por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. NEGAR POR IMPROCEDENTE la Acción de Cumplimiento interpuesta por JORGE EDUARDO DURAN GALINDO como gerente del INSTITUTO MUNICIPAL DE TRANSITO Y TRANSPORTES DE FUNDACIÓN contra el DOLMEN SA ESP, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

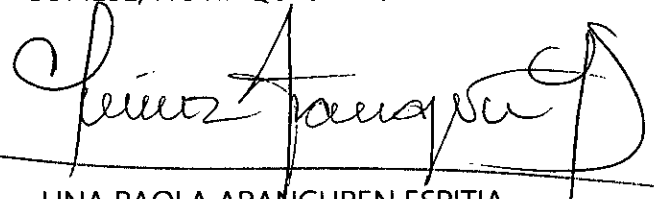
Segundo. Sin condena en costas.

Tercero: Notifíquese esta decisión a los interesados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

Cuarto: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente sin necesidad de desglose.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,



LINA PAOLA ARANGUREN ESPITIA