

Compartido por:



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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Acción de controversias contractuales
Radicación: 13001-23-31-000-2009-00548-01 (51992)
Demandante: Promoambiental Caribe SA ESP
Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias

Tema: Se confirma la decisión de primera instancia que anuló la resolución de modificación unilateral de la cláusula de reversión en un contrato de concesión de área de servicio exclusivo del servicio público de aseo, porque se adoptó sin cumplir los requisitos legales para proferirla.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (en adelante, el “Distrito”) contra la sentencia del 29 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que dispuso lo siguiente:

<<PRIMERO: DECLARAR NULAS las Resoluciones 0260 de 23 de marzo de 2007 y 0455 de 4 de junio de 2007, que modificaron la cláusula 33 del contrato de concesión 001-2006 suscrito entre la empresa Promoambiental Caribe SA ESP y el Distrito de Cartagena y, en consecuencia se deberá entender que la cláusula 33 es la establecida por las partes en el documento contractual 001-006 suscrito el 9 de marzo de 2006, según la modificación introducida por el adendo 9 del pliego de condiciones de fecha 22 de julio de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: NO CONDENAR en costas a la parte vencida>>.

La Sala es competente para proferir esta providencia en segunda instancia, de acuerdo con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA), que dispone que esta corporación conocerá de las apelaciones interpuestas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos en primera instancia. El Tribunal Administrativo de Bolívar conoció el proceso en primera instancia de acuerdo con el numeral 5 del artículo 132 del mismo Código, porque la cuantía de la demanda excedió los quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes¹.

¹En la demanda se indicó que la cuantía fue estimada <<en la suma de TRES MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$3.000.000.000)>>. Fl. 41 del Cuaderno 6.



Compartido por:



Radicado: 13001-23-31-000-2009-00548-01 (51992)

Demandante: Promoambiental Caribe SA ESP

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 11 de septiembre de 2014² y mediante auto del 2 de octubre de 2014³ se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran los alegatos de conclusión. Las partes los presentaron oportunamente y el Ministerio Público guardó silencio.

I. ANTECEDENTES

A.- La posición de la parte demandante

1.- El 24 de septiembre de 2009 Promoambiental Caribe S.A. E.S.P. (en adelante, “Promoambiental”) presentó demanda contra el Distrito con las siguientes pretensiones:

<<A- PRINCIPALES:

PRIMERA: Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA de la Resolución 0260 de marzo 23 de 2007 emanada de la Alcaldía Mayor de Cartagena—Distrito Turístico y Cultural, “Por medio de la cual se hace uso de las cláusulas excepcionales consagradas en la Ley 80 de 1993.

SEGUNDA: Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA de la Resolución 0455 de junio 4 de 2007 expedida por la Alcaldía Mayor de Cartagena—Distrito Turístico y Cultural, “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición”.

TERCERA: Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA de la cláusula 33 del Contrato de Concesión No. 001-2006 fecha en marzo 9 de 2006 suscrito entre el Distrito de Cartagena de Indias y Promotora Ambiental Caribe SA ESP —hoy Promoambiental Caribe SA ESP, mi mandante, relativa a la Restitución de bienes y Reversión, modificada por la Resolución 0260 de 2007 emanada de la Alcaldía Mayor de Cartagena, confirmada por la Resolución 0455 de 2007, proveniente de esta misma entidad.

CUARTA: Que se condene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA al pago de las costas y gastos del proceso, incluyendo agencias en derecho.

QUINTA: Efectuadas las anteriores declaratorias, se ordene que la Cláusula 33 del Contrato de Concesión No. 001-2006 que regirá la relación existente entre el Distrito de Cartagena de Indias y Promoambiental Caribe SA ESP será la prevista en el contrato firmado por las partes en marzo 9 de 2006, esto es, la modificada por el ADENDO 9 del Pliego de Condiciones.

B- SUBSIDIARIAS:

En el caso de que consideren que no es procedente realizar las anteriores declaratorias les solicitamos que se declare o reconozca el derecho que tiene Promoambiental SA ESP a que el Distrito pague las compensaciones e indemnizaciones que resulten probadas por afectación del equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión No. 001-2006 suscrito entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la sociedad Promotora Ambiental Caribe SA ESP, hoy Promoambiental SA ESP, por causa o con ocasión de la modificación unilateral de la Cláusula 33 relativa a la Restitución de Bienes y Reversión, una vez se produzca la liquidación del contrato a través de las vías establecidas en el mismo.>>

²Fl. 1712 del Cuaderno Principal.

³Fl. 1713 del Cuaderno Principal.



Compartido por:



Beltrán Pardo
Abogados & Asociados

Radicado: 13001-23-31-000-2009-00548-01 (51992)

Demandante: Promoambiental Caribe SA ESP

2.- Promoambiental fundamentó sus pretensiones en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 9 de marzo de 2006 el Distrito celebró el contrato de concesión No. 001-2006 con la Promotora Ambiental Caribe SA ESP, hoy día Promoambiental. De acuerdo con la cláusula primera, el objeto del contrato fue *<<el otorgamiento de una concesión por el término de ocho (8) años, para que el contratista realice por su cuenta y riesgo, la prestación del servicio público de aseo en las Áreas de Servicio Exclusivo 1 y 2, servicio que comprende: la recolección de residuos sólidos, el barrido, limpieza de vías y áreas públicas incluyendo playas, al igual que actividades complementarias del corte de césped y poda de árboles de las vías y zonas verdes públicas de las vías principales y el transporte hasta el(los) sitio(s) de aprovechamiento o la disposición final (...)>>*.

2.2.- En la cláusula 33 del contrato se estipuló lo siguiente:

<<CLÁUSULA 33.- RESTITUCIÓN DE BIENES Y REVERSIÓN. Una vez se termine el presente contrato, el concesionario sin costo alguno migrará o entregará la base de datos desarrollada durante la vigencia del contrato junto con la documental que soporta la misma, debidamente catalogada y organizada, ello en atención de que el Distrito es el propietario de la información del servicio se concesiona.

Los demás documentos del proceso deberán armonizarse en este sentido con relación a la reversión⁴>>.

2.3.- Mediante las Resoluciones 260 del 23 de marzo de 2007 y 455 del 4 de junio de 2007 el Distrito modificó unilateralmente el contrato para incluir la cláusula de reversión, en los siguientes términos:

<<ARTÍCULO PRIMERO. Modifícase el contrato de concesión 001 de 2006 suscrito entre la Empresa PROMOTORA AMBIENTAL CARIBE SA ESP y el Distrito de Cartagena, incluyendo de la cláusula de reversión en todo su sentido y alcance jurídico, de tal suerte que una vez el concesionario termine de operar el servicio de aseo en virtud del plazo estipulado, migre, restituya o entregue todos los bienes afectos directamente al servicio de aseo público en la modalidad contratada, para que así, con el uso de dichos bienes, el Distrito de Cartagena pueda tener las condiciones y los medios para operar el servicio de manera directa si a ello hubiere lugar (...)⁵>>.

2.4.- Los actos administrativos son nulos porque se desconocieron los requisitos previstos en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 para ejercer la facultad excepcional de decretar modificación unilateral, con lo cual se desconoció el derecho al debido proceso del Contratista. Conforme con estas normas, es necesario intentar la modificación bilateral del contrato y, si esta no se logra, la entidad contratante solo puede ejercer esta facultad cuando existe riesgo de grave afectación o paralización del servicio. Además, como no existía este riesgo, el acto adolece de falsa motivación.

2.5.- Adicionalmente, la demandante planteó los siguientes cargos de nulidad: (i) de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, *<<la figura de reversión está prevista para los contratos de explotación o concesión de bienes estatales, por lo anterior es ajena*

⁴Fl. 54 del Cuaderno 5 y fl. 649 del Cuaderno 14.

⁵Fl. 459 del Cuaderno 5.



a la relación contractual suscrita entre las partes por cuanto versa sobre la prestación de servicios, en la cual no ha mediado la entrega por parte de la Administración de bienes estatales al concesionario>>; (ii) no se restableció el equilibrio económico que generó la modificación en contravía de los artículos 4º, 5º, 14, 16 y 25 de la Ley 80 de 1993; (iii) se desconoció la cláusula de reversión que se pactó de acuerdo con el pliego de condiciones y la Adenda 9; (iv) hubo objeto ilícito porque los actos violaron el derecho de propiedad (artículo 58 de la Constitución Política) y el principio de confianza legítima y de buena fe (artículos 58 de la Constitución y 769 del Código Civil); y (v) hubo desviación de poder en la medida en que el contrato se estaba ejecutando correctamente.

B.- Posición de la parte demandada

3.- El Distrito contestó la demanda el 4 de mayo de 2011. Señaló que la cláusula de reversión era de imperativo cumplimiento y debía entenderse incluida en los contratos de concesión, con base en la sentencia del 16 de junio de 1994, proferida por la Sección Tercera en el expediente 5729⁶.

4.- A partir de lo anterior, planteó tres defensas: uno, la legalidad del acto administrativo, pues propendió por materializar el interés general y el bien común; dos, la legalidad de la cláusula contractual, pues la reversión opera incluso si no hubiera pacto expreso en el contrato; tres, inexistencia de desequilibrio económico del contrato porque la cláusula de reversión tiene carácter imperativo en virtud del artículo 19 de la Ley 80 de 1993.

C.- La sentencia recurrida

5.- La Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar anuló el acto administrativo demandado. Indicó que, al tratarse de una concesión, el régimen del contrato era el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, según lo previsto en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1993, el Decreto 891 de 2002 y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

6.- De acuerdo con lo anterior, consideró que la reversión estaba regulada en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que esa cláusula es obligatoria en los contratos que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, lo que implica excluir los otros tipos de concesión, entre los cuales está incluida la que corresponde al contrato objeto del proceso, que es un contrato de concesión de la prestación del servicio público de aseo.

7.- Concluyó entonces que no se podía incluir la cláusula de reversión por tratarse de un contrato en la que dicha estipulación no está permitida por el legislador.

D.- El recurso y su oposición

8.- El Distrito solicitó revocar la sentencia con base en los siguientes argumentos:

⁶M.P. Daniel Suárez Hernández.



8.1.- La cláusula de reversión debe entenderse incorporada en los contratos de concesión. Esto porque el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no excluye la inclusión de dicha cláusula en los contratos de concesión diferentes a los que se refieren a bienes estatales: la norma habla <<De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el cumplimiento de los fines de la contratación>>.

8.2.- Para respaldar el argumento citó dos sentencias: la primera, que se refiere a la diferencia entre la concesión-contrato y la concesión-acto⁷; y la segunda, que establece que pactar la cláusula de reversión es de la esencia en el contrato de concesión⁸.

9.- La parte demandante se opuso a la apelación. Señaló que en los artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 se dispuso que la cláusula de reversión puede incluirse sólo en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado. Afirmó que esto fue establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 1996⁹. Agregó que el Consejo de Estado, en concordancia con lo anterior, ha reconocido tres especies de concesión: la de servicio público, la de obra pública y la de un bien público¹⁰.

II. CONSIDERACIONES

E.- Cuestiones preliminares, el problema jurídico y el plan de exposición

10.- Tal y como lo señaló el tribunal, la demanda fue presentada dentro del término previsto en el numeral 10¹¹ del artículo 136 del CCA. La Resolución 455 —que confirma la Resolución 260 de 2007— fue expedida el 4 de junio de 2007 y notificada el 26 de junio de 2007. La solicitud de conciliación fue presentada el 25 de junio de 2009 y la constancia de agotamiento se expidió el 24 de septiembre de 2009. La demanda se presentó ese mismo día. En todo caso, el contrato se encuentra vigente, por lo que la demanda se presentó claramente dentro del término previsto en el literal d)¹² del artículo 136 del CCA.

11.- A partir de lo pedido en las pretensiones de la demanda, el objeto del litigio se circunscribe a determinar si los actos administrativos en los cuales el Distrito modificó cláusula de reversión estipulada en el contrato están afectados de las causales de nulidad invocadas en la demanda. Y en la medida en que está demostrado que dichos actos violaron la ley porque ésta solo autoriza modificar unilateralmente el contrato cuando <<evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer

⁷Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 17 de mayo de 2007, exp. 41001-23-31-000-2004-00369-01(AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 16 de junio de 1994, exp. 5729, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁹M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁰Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, exp. 11542, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹¹<<10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.>>

¹²<< d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar>>.



con él>>, la Sala confirmará su anulación, por esta razón y no por las que sustentaron la decisión de primera instancia.

12.- La Sala no se pronunciará sobre el contenido del contrato, ni sobre las cláusulas o disposiciones que rigen los derechos y obligaciones de las partes en el mismo, porque lo que se discute en este proceso es simplemente si la resolución de modificar una estipulación contractual se ajustó a la legalidad y es sobre ese punto preciso que debe versar la decisión. La discusión acerca de si la reversión <<de todos modos forma parte de la esencia del contrato>> es irrelevante para determinar si la Contratante obró conforme a derecho al modificar la estipulación que la regula en el contrato. Se anota que, sobre la motivación de las providencias judiciales, el 187 del CPACA y el artículo 280 del CGP disponen que en ellas se deben incluir los fundamentos estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, lo que impone no abordar discusiones innecesarias para resolver la controversia.

F.- La modificación unilateral del contrato no se realizó para evitar la paralización o grave afectación del servicio , ni se demostró que se agotara el intento de acuerdo previo

13.- El contrato de concesión 001-2006 (en adelante, el “Contrato”) tuvo por objeto otorgar la explotación de un área de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo. En el Contrato se estipuló la siguiente cláusula:

<<CLÁUSULA 31. MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato, EL DISTRITO convocará al CONCESIONARIO y le expondrá su criterio sobre las modificaciones requeridas. En caso de que las partes no lleguen al acuerdo sobre las modificaciones propuestas, EL DISTRITO podrá modificar unilateralmente el contrato, mediante al (sic) expedición de un acto administrativo debidamente motivado, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, contra la cual procederán los recursos y acciones de Ley (sic).

Si las modificaciones así introducidas alteran el equilibrio económico y financiero del presente contrato o su valor en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, se podrá proceder de cualquier de las dos maneras siguientes:

- a) El contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo, o,
- b) Se reconocerá y ordenará el pago de las compensaciones e indemnizaciones que tenga derecho el CONCESIONARIO, debiendo aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Cuando las modificaciones alteren los costos y/o ingresos del CONCESIONARIO en un 20% o más, por encima o por debajo respectivamente, el CONCESIONARIO podrá renunciar a continuar con su ejecución; caso en el cual se ordenará la liquidación del contrato.^{13>>}

¹³Fl. 54 del Cuaderno 6 y Fl. 649 del Cuaderno 14.



14.- Dicha estipulación recogió lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 establece que la modificación unilateral del contrato únicamente es procedente **(i)** *<<para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con>>* el Contrato y **(ii)** si *<<previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo>>*.

14.1.- De acuerdo con la cláusula 31, la modificación unilateral del Contrato únicamente procede para *<<evitar la paralización o la afectación grave del servicio público>>*. Además, previamente se debe (i) convocar al Concesionario para exponer el criterio del contratante sobre las modificaciones y (ii) no llegar a acuerdo sobre las *<<modificaciones propuestas>>*.

15.- En ejercicio de la cláusula de modificación unilateral, el Distrito expidió la Resolución 260 de 2007, por medio de la cual modificó unilateralmente la cláusula 33 del Contrato para establecer que el contratista debía migrar, restituir o entregar *<<todos los bienes afectos directamente al servicio de aseo público en la modalidad contratada, para que así, con el uso de dichos bienes, el Distrito de Cartagena pueda tener las condiciones y los medios para operar el servicio de manera directa si a ello hubiere lugar¹⁴>>*. Esta decisión fue confirmada por la Resolución 0455 de 2007 que resolvió la reposición interpuesta por el contratista.

16.- En el recurso de reposición, Promoambiental indicó no existía un riesgo de paralización o grave afectación del servicio público¹⁵. Ante esto, la Resolución 0455 de 2007 indicó lo siguiente:

<<(…) que el Distrito necesita y es oportuno —valga la redundancia— garantizar su continuidad [del servicio] en virtud del acaecimiento de cualquier contingencia que ponga en riesgo o amenaza la prestación del servicio público de aseo mediante la adopción de la cláusula de reversión en todo sentido y alcance (...).

(…) el contenido clausular no es del todo intangible, y por ello, es susceptible de modificaciones en aras de mejorar la calidad del servicio o garantizar la continuidad y permanencia de su prestación bajo el acaecimiento de cualquier contingencia que llegare a presentarse.>>¹⁶.

16.1.- Lo anterior permite constatar que no se cumplió el requisito relativo a que este acto solo puede expedirse para evitar la paralización o la grave afectación del servicio público y, por ende, se desconoció el artículo 16 de la Ley 80 de 1993. En un caso reciente en el que se había modificado el contrato, la Sección A indicó lo siguiente:

*<<Por otro lado, en lo que atañe específicamente a la modificación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, la misma procede **con el propósito de evitar la paralización o afectación grave del servicio que se deba satisfacer con él**, y debe en principio ser acordada por las partes, de manera que sólo cuando dicho acuerdo no se logra, la entidad estatal puede ejercer la potestad de modificarlo unilateralmente, **lo que deberá hacer mediante acto administrativo motivado**. El mismo artículo normativo establece que si la modificación del contrato altera*

¹⁴Fl. 459 del Cuaderno 5.

¹⁵Fl. 463 del Cuaderno 5.

¹⁶Fl. 480 y del Cuaderno 5.



su valor inicial en un 20% o más, el contratista puede renunciar a continuar con su ejecución, evento en el cual debe procederse a la liquidación del contrato y a la adopción de medidas para garantizar la terminación de su objeto .

En el presente caso, la modificación del contrato se dio en forma difusa, en una reunión en la que se determinó, en presencia del contratista, la inviabilidad de los frentes de obra República de Francia, Jorge Gaitán Cortés y Marco Antonio Carreño Silva. **Tal variación no obedeció en forma directa ni *strictu sensu* a la necesidad de evitar la paralización o afectación grave del servicio**, sino que se dispuso ante la evidencia de que tal servicio, vale decir, la finalidad perseguida con el contrato, ya no podría ser cumplida con este instrumento jurídico sino por fuera de él, de acuerdo con los resultados de las consultorías antes mencionadas¹⁷>>.

16.2.- Así las cosas, la modificación debe fundamentarse en hechos concretos que permitan indicar que existe un riesgo real de paralización o afectación del servicio: se trata de una aplicación de una cláusula y no puede referirse a circunstancias generales que no establezcan los motivos específicos que conllevan a la Administración a expedir el acto administrativo.

16.3.- En este caso, es claro que no basta que el acto administrativo hiciera referencia a <<cualquier contingencia que llegare a presentarse>>; la Administración debía afectar una circunstancia que justificara la modificación contractual.

17.- La Sala advierte, además, que para el momento de expedición del acto administrativo el Contrato llevaba sólo un año de ejecución, por lo que restaban siete años para que tuvieran que revertirse los bienes afectos a él. En este contexto, no es claro por qué concretamente la entidad debió expedir un acto administrativo modificando el contrato en esa etapa de la ejecución contractual.

17.1.- En concordancia con lo anterior, el demandante indicó que no existían las circunstancias que conllevaran a paralizar o poner en grave riesgo la prestación del servicio público de aseo, es decir, que el acto adolecía de falsa motivación. Como se puede ver, en los motivos planteados en el acto no se observa una circunstancia concreta que justifique la afectación grave del servicio o su paralización.

17.2.- Por lo anterior, el tribunal ofició al Distrito para que remitiera los documentos que acreditaran <<la ocurrencia de hechos que hayan puesto en peligro el servicio público de aseo que pudieran generar una parálisis o afectación grave en el mismo>>¹⁸.

17.3.- El tribunal requirió el envío de esa información en tres (3) ocasiones¹⁹. Frente al tercer requerimiento, un funcionario de archivo de gestión de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito indicó que verificados <<los archivos que reposan en esta Oficina Asesora Jurídica (...) se pudo constatar que no se encontró la documentación por ustedes

¹⁷Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de mayo de 2021, exp. 43055, C.P. María Adriana Marín.

¹⁸Fl. 1541 del Cuaderno 1.

¹⁹Fls. 1556 y 1557, 1580 y 1614 del Cuaderno 1.



*solicitada>>*²⁰. El tribunal requirió al Distrito que allegara la mencionada información, por cuarta y <<ÚLTIMA VEZ>>²¹. El Secretario General del tribunal dejó constancia de que el Distrito <<NO HA DADO RESPUESTA AL OFICIO>>²².

18.- Adicionalmente, se reitera que el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 establece que la modificación unilateral sólo es procedente si las partes no llegan a un acuerdo sobre los cambios que se introducirían en el contrato. Esto fue concretado en la cláusula 31 del Contrato que exigía que indicó que <<EL DISTRITO **convocará** al CONCESIONARIO y le expondrá su criterio sobre las modificaciones requeridas>>. Si luego de la convocatoria, <<las partes no llegan al acuerdo sobre las modificaciones propuestas>>, la entidad podía expedir el acto administrativo.

18.1.- En el presente caso, Promoambiental planteó que no se agotó la <<etapa previa de diálogo>>²³. Ante esto, el Distrito contestó que no era necesario escuchar previamente al concesionario porque <<los actos administrativos expedidos fueron una clara de manifestación de la voluntad unilateral de la administración, en la que se aclara una circunstancia totalmente de la esencia del contrato de concesión cual es la de la reversión>>.

18.2.- Lo anterior permite constatar que no se cumplieron las previsiones del artículo 16 de la Ley 80 de 1993, ni de la cláusula 31 del contrato: el acto administrativo de modificación unilateral sólo puede expedirse si las partes intentan previamente acordar los cambios contractuales, pero no pueden llegar a ese acuerdo.

19.- Cabe indicar además que en la Resolución 0455 de 2007 señaló lo siguiente:

<<(…) sí se agotó la etapa de concertación previa, a *contario sensu* de lo expuesto por la recurrente, y sin que a la fecha de expedición del acto, el particular se pronunciara respecto a su voluntad o no de suscribir el pacto modificatorio. Prueba de ello, la dan los requerimientos escritos de la entidad estatal, y las conversaciones verbales que sobre el particular sostuvo el Concesionario con la Jefatura de la Oficina Jurídica, en representación del ente territorial>>.

19.1.- El anterior aparte permite constatar que no se cumplió el procedimiento que las partes previeron en relación con la modificación unilateral por varios motivos: uno, no se refiere que Promoambiental haya sido convocada previamente para que el Distrito le expusiera <<su criterio sobre las modificaciones requeridas>>; dos, no existe prueba de si hubo un acto delegación para que la Oficina Jurídica pudiera adelantar la etapa de concertación; y tres, el Distrito no aportó los <<requerimientos escritos>> realizados al Contratista.

19.2.- Así las cosas, el Distrito no demostró que se haya intentado lograr un con Promoambiental, con anterioridad a la expedición de los actos administrativos.

²⁰Fl. 1620 del Cuaderno 1.

²¹Fl. 1630 del Cuaderno 1 (anverso).

²²Fl. 1660 del Cuaderno 1.

²³Fl. 12 del Cuaderno 6.



G.- Costas

20.- En los términos del artículo 171²⁴ del CCA, no se observa mala fe o temeridad de la parte recurrente, por lo que no se le condenará al pago de costas.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia proferida el 29 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, por los motivos indicados en la parte motiva.

SEGUNDO.- NO SE CONDENA en costas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con aclaración de voto

Con firma electrónica

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

²⁴<<ARTICULO 171. CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.>>