Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Acción de Cumplimiento
Radicado	13001-33-33-005-2020-00106-01
Accionante	KMA Construcciones S.A.S., KMA Concesiones S.A.S. y Corredor Portuario de Cartagena S.A.S.
Accionado	Distrito de Cartagena
Tema	Improcedencia de la acción de cumplimiento cuando existen otros mecanismos de defensa judicial
Magistrada Ponente	Digna María Guerra Picón

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró improcedente la acción de cumplimiento.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Pretensiones

Se transcriben literalmente:

> *"Con fundamento en las razones de orden fáctico y jurídico expuestas en la presente demanda, se ordene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – Alcaldía Distrital del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias dar cumplimiento íntegro y estricto a*

la Resolución 9217 del 16 de diciembre de 2019, así como a los documentos previos que han originado su expedición.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene al DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS – Alcaldía Distrital del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias que inmediatamente proceda a suscribir el Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la ejecución del proyecto cuyo objeto es 'los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto de Concesión Vial Corredor Portuario de Cartagena, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 y demás apéndices técnicos del contrato' de conformidad con lo estipulado entre las partes y acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012 (…)".

3.1.2. Hechos

KMA Construcciones S.A.S. presentó al Distrito de Cartagena el 22 de septiembre de 2014 una propuesta de iniciativa privada en asociación público privada en etapa de prefactibilidad, denominada Autopista Industrial de Cartagena; la cual fue aprobada por la Alcaldía de Cartagena mediante oficio del 22 de diciembre de 2014.

El 22 de diciembre de 2016 se radicó el proyecto en etapa de factibilidad. En el mes de junio de 2017, la Secretaría del Interior de Cartagena solicitó que se adelantaran estudios adicionales con el fin de precisar la articulación del proyecto con el sistema Transcaribe.

El proceso de evaluación de la iniciativa sufrió dilaciones por parte del Distrito de Cartagena, en los tiempos máximos regulados por la ley. Por lo tanto, el primer proyecto de Autopista Industrial de Cartagena se cerró sin habérsele dado viabilidad.

El 8 de agosto de 2017, KMA Construcciones S.A.S. radicó ante el Distrito de Cartagena una nueva iniciativa privada en asociación público privada denominada "Corredor Portuario de Cartagena".

El 19 de septiembre de 2017 se radicó documento de integración de pre factibilidad incluyendo las nuevas obras (Av. Quinta de Manga) y unidades

funcionales requeridas por el Distrito en beneficio de la ciudadanía y la movilidad de Cartagena.

Mediante oficio AMC-OFI-0120267-2017 del 7 de noviembre de 2017, el Distrito de Cartagena le concedió al originador un plazo de un (1) año para entregar los estudios, diseños, información, documentos y modelaciones propios de la etapa de factibilidad, plazo que fue prorrogado mediante Oficio del 23 de agosto de 2018.

El 8 de febrero de 2019, KMA Construcciones S.A.S. y KMA Concesiones S.A.S. radicaron ante la Alcaldía de Cartagena la factibilidad del proyecto de iniciativa privada, para el desarrollo de un proyecto de Asociación Público Privada denominado Corredor Portuario de Cartagena.

Mediante comunicación AMC-OFI-0111154-2019 de fecha 5 de septiembre de 2019, la Alcaldía de Cartagena emitió viabilidad al proyecto, informando al originador las condiciones para la aceptación de su iniciativa. Tales condiciones fueron aceptadas por la Estructura Plural KMA en la misma fecha.

Teniendo en cuenta que la Alcaldía no recibió manifestaciones de interés de posibles interesados en participar en la ejecución del proyecto, diferentes a KMA, el ente territorial expidió la Resolución 9217 del 16 de diciembre de 2019, mediante la cual le adjudicó a KMA el contrato de concesión de APP para la ejecución del proyecto, comprometiéndose a suscribir el contrato dentro de un plazo máximo de 30 días hábiles.

Por Resolución 1749 del 11 de marzo de 2020, el Alcalde de Cartagena ordenó la reconstrucción del expediente de APP, por considerar que no contaba con la totalidad de documentos que habían sido presentados por parte del Estructurador, la cual se realizó en audiencia del 1° de julio de 2020.

Pese a que el concesionario ha elevado diversos requerimientos, el Distrito de Cartagena se ha mostrado renuente y no ha procedido a dar cumplimiento a la Resolución 9217 de 2019, es decir, de suscribir el contrato de concesión derivado de la adjudicación del proyecto.

3.2. CONTESTACIÓN

El Distrito de Cartagena se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que a la parte accionante no le asiste razón jurídica o fáctica para pedirlas.

Al respecto, sostuvo que aunque es cierto que la Resolución 9217 del 16 de diciembre de 2019 resolvió adjudicar el contrato de asociación público privada de iniciativa privada, para la ejecución del proyecto Concesión Vial Corredor Portuario de Cartagena; también lo es que, mediante Resolución 1749 del 11 de marzo de 2020 el Distrito de Cartagena ordenó iniciar trámite de reconstrucción del expediente del proceso contractual y se dispuso la suspensión del mismo, hasta tanto se haya realizado la reconstrucción.

Que la anterior decisión derivó del informe de gestión y entrega por parte de la Secretaría General de la anterior administración, en la que se omitió relacionar el proceso adelantado, situación que condujo a inventariar físicamente la documentación, determinándose que esta no conformaba la totalidad de los documentos publicados en la página de SECOP.

Lo anterior, sumado a la existencia de varias solicitudes de revocatoria directa del acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende, conllevaron a determinar que al no contar el Distrito con la información que conforma el expediente del proceso de la APP Corredor Portuario de Cartagena y al no poder realizarse el estudio obligado, debía surtirse la reconstrucción del expediente y la necesaria suspensión de la suscripción del contrato.

Sostuvo que, el señalado trámite de reconstrucción del expediente aún no ha finalizado, por lo que considera no puede determinarse un incumplimiento en cabeza de esa entidad territorial.

Adicionalmente, advirtió que aun cuando se finalice el trámite de reconstrucción, debe ser evaluada la facultad que tendría el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena para suscribir el contrato, toda vez que, el Acuerdo No. 0018 del 23 de diciembre de 2019 "*por el cual se aprueba el presupuesto de rentas, recursos de capital y recursos de fondos especiales; las apropiaciones de funcionamiento y de servicio de la deuda, así como el plan de inversiones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2020 en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias*" contiene una prohibición expresa para que el alcalde celebre contratos de asociación público privadas que se presenten con iniciativas privadas.

Finalmente, señaló que la acción de cumplimiento no es procedente en este caso, por cuanto, el cumplimiento del acto administrativo involucra para la administración un gasto, en virtud de las condiciones generales pactadas en el contrato de APP.

3.3. ACTUACION PROCESAL

3.3.1. Admisión y notificación

La acción de cumplimiento fue admitida mediante auto de fecha dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020), en el que se dispuso notificar en calidad de demandado al representante legal del Distrito de Cartagena. En la misma providencia, se le informó a la entidad accionada que tenía un término de 3 días, contados desde la notificación del auto admisorio, para constituirse en parte del proceso y aportar las pruebas que considerara pertinentes.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 22 de octubre de 2020, el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena declaró improcedente la acción de cumplimiento.

Como sustento de su decisión, sostuvo en síntesis que no se trata del incumplimiento de unas normas en forma objetiva, pura y simple, sino que se trata de una controversia que tiene origen en el incumplimiento por parte del Distrito de Cartagena en una obligación contractual contraída en el procedimiento adelantado, en los términos de la Ley 1508 de 2012, dentro del cual, la entidad accionada a pesar de haber adjudicado el contrato mediante Resolución 9217 de 2019, no lo ha suscrito. Es decir, se trata de una controversia contractual, frente a la cual la ley ha establecido el mecanismo procesal en el que debe debatirse, como es el medio de control de controversias contractuales.

En ese sentido, consideró que para dirimir la controversia planteada se debe acudir al medio de control de controversias contractuales, sin que sea la acción constitucional de cumplimiento la procedente para resolver este tipo

de controversias, atendiendo a su carácter residual y especial, al no advertirse que se le esté causando perjuicio irremediable alguno al actor.

Resaltó que, la obligatoriedad de suscribir el contrato ya adjudicado, declarar su existencia, la competencia y/o facultad del alcalde para ello, con o sin autorización del Concejo Municipal, y otras declaraciones o condenas, deben ser conocidas por el juez de lo contencioso administrativo.

Finalmente, advirtió que el juez de la acción de cumplimiento, pese a la existencia de un instrumento judicial, podría pronunciarse de fondo en relación con la solicitud, siempre y cuando, se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio, que son circunstancias muy calificadas para configurar la excepción prevista. Sin embargo, en el caso concreto la parte interesada no alegó ni probó tales extremos, motivo por el cual, declaró la improcedencia de la acción.

3.5. IMPUGNACIÓN

La parte accionante impugnó la decisión de primera instancia, reiterando los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda de acción de cumplimiento, relacionados con la presunta renuencia del Distrito de Cartagena para suscribir el contrato de concesión. En cuanto a los motivos de inconformidad con la sentencia, expuso, en síntesis:

Que está demostrado en el plenario que: (i) KMA adelantó durante casi seis años un proceso de APP para la creación del proyecto del Corredor Portuario de Cartagena, en el marco de lo cual adelantó estudios técnicos, ambientales, de redes, prediales, financieros, económicos, administrativos y operativos; (ii) en este proceso, la Alcaldía emitió los conceptos de pre factibilidad y factibilidad establecidos legalmente y además, emitió una orden mediante la cual le propuso a la accionante unos términos para firmar un contrato; (iii) la Alcaldía adelantó proceso de selección, en virtud del cual invitó a terceros interesados a participar en la ejecución del proyecto, y (iv) KMA fue adjudicatario del proceso de selección, en virtud de lo cual el Distrito de Cartagena expidió la Resolución 9217 de 2019.

Reiteró que, luego de expedido el acto administrativo la Alcaldía de Cartagena se ha rehusado a firmar el contrato de concesión correspondiente, siendo esa su obligación legal y los argumentos para

justificar su proceder son absolutamente improcedentes y perjudiciales para toda la comunidad.

Sostuvo que, no proceder con la firma del contrato supone un gravísimo perjuicio para toda la comunidad y para los accionantes, teniendo en cuenta que se priva a la comunidad de un proyecto debidamente estructurado, que genera crecimiento y productividad, que además, es beneficioso para el Puerto de Cartagena. De igual manera, se priva al concesionario a ejecutar el proyecto y de obtener una utilidad con el mismo.

Que los otros mecanismos judiciales que existen no son expeditos para reclamar la firma inmediata del contrato de concesión, por ende, considera que es inviable el medio de control de controversias contractuales, dada la congestión judicial, por lo tanto, ese sería propicio para reclamar los daños y perjuicios, pero no para obtener la firma del contrato.

Adicionalmente, advirtió que el proyecto pretende reemplazar al concesionario actual del Corredor Portuario, que tiene presupuestado entregarlo en el año 2021. A partir de ese momento, el corredor quedaría sin operación y mantenimiento, circunstancia que amenaza su ruina y destrucción, en perjuicio de las miles de personas que utilizan la vía diariamente.

Concluyó entonces, que la acción de cumplimiento sí es el mecanismo idóneo para obtener un pronto cumplimiento de un acto administrativo debidamente ejecutoriado, como es la Resolución 9217 de 2019, porque en caso contrario se causaría un perjuicio irremediable, en la medida que se impediría la ejecución del proyecto.

3.5.1. Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena concedió la impugnación interpuesta oportunamente por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 22 de octubre de 2020.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos, 3º de la Ley 393 de 1997 y el 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer de las impugnaciones interpuestas contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena, dentro del trámite de las acciones de cumplimiento.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a los argumentos incoados en el escrito de impugnación y lo decidido por la A quo, la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Resulta procedente la acción de cumplimiento en este caso para ordenar al Distrito de Cartagena suscribir contrato de concesión con la accionante?

En caso afirmativo, habrá de determinarse si en el presente caso está acreditado el incumplimiento por parte del Distrito de Cartagena respecto de la Resolución 9217 de 2019 que adjudicó un contrato de concesión a la parte accionante y si debe ordenarse su cumplimiento inmediato.

5.3. TESIS

La Sala sostendrá como tesis que, resultó acertada la decisión de la A quo de declarar improcedente la acción de cumplimiento en este caso, toda vez que, la parte accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para que se declare el incumplimiento del acto administrativo por el cual le fue adjudicado un contrato de concesión por parte del Distrito de Cartagena, como es el medio de control de controversias contractuales. Además, no demostró que, de rechazarse la acción, acaecería un perjuicio irremediable.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Generalidades de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento fue instituida por el Constituyente en el artículo 87 de la Carta Política y su desarrollo legal se materializó en la ley 393 de 1997, cuya finalidad es hacer efectivo el derecho del que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de intereses jurídicos, de exigir tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad que se muestra renuente a cumplirlos, a fin de hacer efectiva la observancia del ordenamiento jurídico[1].

De conformidad con el artículo 8° de Ley 393 de 1997, la acción procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir el inminente incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos y contra los particulares de conformidad con lo consagrado en la misma ley.

El Consejo de Estado[2] respecto de las acciones de cumplimiento ha señalado que, cuando se demande el cumplimiento de actos administrativos de contenido particular y concreto, el deber omitido debe ser tan preciso, que se pueda asimilar a un título ejecutivo a favor del solicitante, es decir, que el acto contenga una obligación expresa, clara y exigible que haga posible el mandamiento de su cumplimiento pero que, cuando se refiera al cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos de contenido general que otorgan competencias a la autoridad, el título para el mandamiento es diferente, porque es la ley o el acto administrativo el que impone la obligación de ejercerlas. Sin embargo, cuando del ejercicio de éstas se trata, debe distinguirse si el cumplimiento del deber que se reclama cabe dentro de la facultad discrecional del funcionario, o si su cumplimiento es obligatorio, y puede concretarse en una

[1] Consejo De Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de septiembre de 2015, radicado: 25000-23-41-000-2015-00974-01(ACU).
[2] Consejo de Estado, Sección Segunda, octubre, sentencia del 9 de octubre de 1997, radicación número: ACU-017 CP. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

acción determinada que pueda ser susceptible de cumplirse en el término previsto por la ley y en la forma ordenada por el juez.

5.4.2. Procedencia de la acción de cumplimiento

La norma constitucional antes citada fue desarrollada por la Ley 393 de 1997, de la cual, siguiendo la Jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado[3], se extraen los requisitos de procedencia de la acción de cumplimiento, así:

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 (art. 1°).

b. Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (arts. 5° y 6°).

c. Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir, o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8°).

d. 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.

Adicional a lo anterior, existen otros requisitos para que proceda la acción, como son:

e. Que la norma cuyo cumplimiento se persigue no sea de aquéllas que establezcan gastos (Artículo 9 parágrafo Ley 393 de 1997);

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, Sentencia del 6 de mayo de 2004, radicación: 63001-23-31-000-2004-0073-01(ACU).

f. Si se persigue el cumplimiento de un acto administrativo de contenido particular, es preciso que quien acciona esté legitimado[4].

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

5.5.1.1. Mediante Resolución No. 9217 del 16 de diciembre de 2019, el entonces Alcalde encargado del Distrito de Cartagena -Pedrito Pereira Caballero- adjudicó el contrato de Asociación Público Privada de iniciativa privada, sin recursos públicos, para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto de Concesión Vial Corredor Portuario de Cartagena, al originador denominado "Estructura Plural KMA Construcciones S.A.S. y KMA CONCESIONES S.A.S.". En el mismo acto administrativo dispuso suscribir el contrato de concesión y se estableció que el valor del contrato era de UN BILLÓN NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO NOVENTA Y CUATRO PESOS ($1.992.840.799.194)[5].

5.5.1.2. Por Resolución 1749 del 11 de marzo de 2020, el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias dispuso (i) iniciar el trámite de reconstrucción total del expediente del proceso contractual de Contrato de Concesión -Asociación Público Privada Corredor Portuario de Cartagena-, dentro del cual se profirió la Resolución 9217 del 16 de diciembre de 2019; (ii) suspender la suscripción del contrato de concesión hasta tanto se haya reconstruido el expediente; (iii) suspender el término de respuesta o decisión de la solicitud de revocatoria directa y (iv) citar a la audiencia de reconstrucción total del expediente[6].

5.5.1.3. Mediante Resolución 2324 del 23 de abril de 2020, el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena dispuso suspender el término para el trámite de reconstrucción total del expediente del proceso contractual del contrato

---

[4] En sentencia de 5 de febrero de 1999, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con Ponencia de Julio Correa Restrepo dijo: "De lo anterior se deduce que cualquier persona, sin acreditar interés para demandar puede reclamar que se haga efectivo el cumplimiento de una norma de carácter general, pero cuando lo que se pretende hacer efectivo es el cumplimiento de una ley en sentido formal o un acto administrativo de carácter particular ante la Administración, se hace necesario que sea el titular del derecho lesionado".
[5] https://app.cartagena.gov.co/ActosAdministrativos/Documentos/51910.pdf
[6] Folio 31 a 41, archivo 27 del expediente digital.

de concesión -Asociación Público Privada Corredor Portuario de Cartagena[7].

5.5.1.4. La suspensión de términos fue levantada mediante Resolución No. 3000 del 24 de junio de 2020, en la que se dispuso continuar con el trámite de reconstrucción total del expediente contractual[8].

5.5.1.5. El 1° de julio de 2020, se llevó a cabo la audiencia del inicio del trámite de reconstrucción de expediente en el proceso Asociación Público Privada - Corredor Portuario de Cartagena, en la que la Secretaria General del Distrito de Cartagena manifestó que la documentación recibida por la firma KMA Construcciones y KMA Concesiones sería constatada con los registros que se tienen en la Alcaldía, para lo cual se oficiaría a la oficina de informática, en aras de completar el proceso de verificación de la totalidad de los documentos que fueron aportados en su oportunidad y que debían conformar el expediente para su efectiva reconstrucción[9].

5.5.1.6. Mediante oficio de fecha 31 de julio de 2020, el representante legal de KMA Construcciones S.A.S., KMA Concesiones S.A.S. y del Corredor Portuario de Cartagena S.A.S. presentó constitución en renuencia como requisito de procedibilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 393 de 1997, solicitando el cumplimiento inmediato de la Resolución 9217 del 16 de diciembre de 2019, de manera que se procediera a suscribir el contrato de concesión bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada, para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "*los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto de Concesión Vial Corredor Portuario de Cartagena, de acuerdo el Apéndice Técnico 1 y demás apéndices técnicos del contrato*[10]".

5.5.1.7. La parte accionante aportó con la demanda el borrador del contrato de concesión bajo el esquema de APP, en su parte general y especial, incluido el apéndice técnico 1.[11]

---

[7] Folios 49 - 51, archivo 27 expediente digital.
[8] Folios 52 - 54, archivo 27 del expediente digital.
[9] Archivo 12 expediente digital.
[10] Archivo 16 expediente digital.
[11] Anexos 11, 19 y 20 del expediente digital.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Procede la Sala a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, siendo el primero de ellos el relacionado con la procedencia de la acción de cumplimiento en este caso, en los términos señalados por el accionante.

Para ello, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el acto administrativo cuyo cumplimiento se pretende a través de esta acción constitucional es el contenido en la Resolución 9217 del 16 de diciembre de 2019, por la cual el Alcalde encargado del Distrito de Cartagena adjudicó el contrato de Asociación Público Privada de iniciativa privada, sin recursos públicos, para la ejecución del proyecto cuyo objeto es "*los estudios, diseños, construcción, operación, mantenimiento, gestión social, predial y ambiental del proyecto de Concesión Vial Corredor Portuario de Cartagena*", al originador denominado "Estructura Plural KMA Construcciones S.A.S. y KMA CONCESIONES S.A.S.", de la cual hacen parte las sociedades demandantes. En ese orden, pretenden que se ordene al Distrito de Cartagena suscribir el correspondiente contrato.

Como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, la acción de cumplimiento procede para hacer cumplir actos administrativos de contenido particular y concreto, cuando el deber sea tan preciso, que se pueda asimilar a un título ejecutivo a favor del solicitante, es decir, que el acto contenga una obligación expresa, clara y exigible que haga posible el mandamiento de su cumplimiento. Sin embargo, dicho supuesto encuentra su limitación cuando el tenga 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.

En ese sentido, la Sala coincide con la A quo en que si la parte actora considera que el Distrito de Cartagena ha incumplido una obligación de carácter contractual, en este caso la de suscribir el contrato de concesión, cuenta con otro instrumento judicial como es el medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, a través del cual puede pedir que se declare su incumplimiento, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y otras declaraciones y condena.

Por lo tanto, tal como se concluyó en la decisión de primera instancia, no se cumple en este caso con el requisito de subsidiariedad para que proceda la acción de cumplimiento en este caso, con el fin de ordenar el cumplimiento de un acto administrativo de carácter contractual, pues para ello cuenta la parte actora con otro mecanismo judicial, como es la acción de controversias contractuales.

Ahora bien, según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 393 de 1997, la excepción a la regla general de improcedencia de la acción de cumplimiento cuando exista otro mecanismo judicial, consiste en que, en caso de no proceder el juez a través de esta acción constitucional, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Al respecto, la parte accionante en su impugnación afirma que el perjuicio irremediable en este caso se ve representado, por un lado, en que se priva a la comunidad de un proyecto debidamente estructurado, que genera crecimiento y productividad, que además, es beneficioso para el Puerto de Cartagena; y por el otro, los accionantes no pueden ejecutar el proyecto y obtener una utilidad con el mismo.

Sobre este punto, cabe precisar que quien alegue la existencia de un perjuicio irremediable en sede de acción de cumplimiento, debe probar también los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del mismo. En el presente caso, más allá del beneficio económico que espera obtener la parte accionante con la suscripción del contrato de concesión, no se evidencia, ni se demostró, que el hecho que en estos momentos no se haya materializado la siguiente etapa contractual traiga consigo un daño de tal gravedad, que no pueda ventilarse a través del proceso ordinario. Tampoco se observa el perjuicio que se le pueda generar a la comunidad del Distrito de Cartagena, por no llevarse a cabo el proyecto propuesto a la entidad territorial.
Así las cosas, contrario a lo afirmado por la parte actora en su impugnación, no se configura en este caso la excepción a la regla general de improcedencia de la acción de cumplimiento, al no evidenciarse el acaecimiento de un perjuicio grave e inminente, por lo tanto, atendiendo a la naturaleza subsidiaria y residual de esta acción constitucional, no le es dable al juez constitucional intervenir en asuntos que tienen que ver con el cumplimiento de obligaciones de carácter contractual.

Por las anteriores razones, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, al no configurarse los requisitos de procedencia, en este caso, para estudiar de fondo la acción de cumplimiento instaurada por la sociedad KMA Construcciones.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Con salvamento de voto

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado