

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Sala Primera de Oralidad

Magistrado Ponente: ÁLVARO CRUZ RIAÑO

Medellín, once (11) de julio de dos mil trece (2013)

MEDIO DE CONTROL	CONTRACTUAL
DEMANDANTE	WILMAR JOSÉ MONCADA ARCILA Y CONSTRUCCIONES MACRO S.A.S.
DEMANDADO	EMPRESA DE DESARROLLO URBANO “EDU”
RADICADO	05001 23 33 000 2013 00511-00
INSTANCIA	PRIMERA
ASUNTO	RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR – SUSPENSIÓN PROVISIONAL-
A.I.	No. 181

Solicita el apoderado judicial de la parte demandante, en escrito visible a folios 1 a 13 del cuaderno de Medidas Cautelares, la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL**, de la Resolución No. GG 0213 del 13 de mayo de 2012 *“Por medio de la cual se resuelve el procedimiento sancionatorio adelantado en contra del CONSORCIO MACRO MONCADA”* y Resolución No. GG 0445 del 24 de septiembre de 2012 *“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, interpuesto en contra de la Resolución GG0213 de 2012”*, expedidas por la Gerente Auxiliar de Contratación de la Empresa de Desarrollo Urbano EDU.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR de SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS ACUSADOS:

- Como razones manifiestas de ilegalidad, expone, que:

(i) la Resolución GG 0213 del 13 de mayo de 2012 y GG 0445 del 24 de septiembre de 2012 son abiertamente ilegales al artículo 29 de la Constitución Política y al artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, al no incorporarse al procedimiento administrativo contractual sancionatorio al CONSORCIO MACRO MONCADA S.A., quien era evidentemente el interesado, y por ende no se le dio la oportunidad de ejercer su derecho de defensa ni a estar asistido de abogado durante la investigación y juzgamiento, ni se le permitió presentar pruebas ni

controvertir las que se alleguen en su contra. El CONSORCIO MACRO MONCADA SAS, nunca fue citado para hacer parte del proceso sancionatorio, y por ende no pudo ejercer nunca los derechos que le otorga el artículo 29 CN;

(ii) la Resolución No. GG 0213 y GG 0445, contrarían la cláusula décima del contrato de obra 737 del 2010 *“Construcción del Proyecto Espacio público Centralidad Doce de Octubre y Obras Complementarias Comuna 6, Municipio de Medellín con Cargo al Convenio Interadministrativo 4600011193 de 2008”* celebrado entre la EDU y el CONSORCIO MACRO MONCADA, por no haberse requerido al contratista para que explicará las razones del retardo o supuesto incumplimiento y ejerciera su derecho de defensa, y se da inicio al procedimiento sancionatorio con un informe técnico del interventor y una solicitud de inicio del procedimiento sancionatorio, sin requerir al contratista;

(iii) las resoluciones contrarían el artículo 29 de la CN, el artículo 79 de la Ley 1427 de 2011 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por negarse por parte del EDU a las pruebas solicitadas por la contratista, necesarias para garantizar el derecho de defensa y contradicción, siendo derechos del investigado presentar descargos, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad. Igualmente, la prueba solicitada en la sustentación del recurso de reposición fue negada, siendo un derecho de toda persona que haga parte de un proceso a aportar y solicitar pruebas.

(iv) las resoluciones contrarían abiertamente el artículo 17 de la ley 1150 de 2007: las multas y clausulas penales se *imponen “(...) con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...) y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista”*. En el caso bajo estudio, la cláusula penal se impuso el 24 de septiembre de 2012 cuando ya se había recibido la obra a satisfacción 3 días antes, el 21 de septiembre de 2012, como se constata del Acta de Recibo de obra que reposa en el expediente. De manera que no se impuso con el objeto de conminar al contratista al cumplimiento porque simplemente el contratista siempre estuvo allanado a cumplir con el contrato y ya había cumplido con la ejecución de la obra antes de la declaratoria de incumplimiento e imposición de clausula penal.

v) las resoluciones GG 0213 del 13 de mayo de 2012 y GG 0445 del 24 de septiembre de 2012, contrarían abiertamente el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 *“la entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún motivo tienen conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento”*, en este caso la cláusula penal se impuso el 24 de septiembre de 2012 pese a que

3 días antes se recibió a satisfacción la obra, cesando con ello la situación de incumplimiento.

- **Como prueba sumaria de los perjuicios que se generarían con la aplicación de los actos demandados, se dice por el actor, lo siguiente:**

Los actos atacados declaran el incumplimiento del contrato de obra 737 de 2010, e imponen la cláusula penal por valor de \$132.924.294, valor el cual no se ha pagado pero debe que pagar hasta el momento, dado que estas resoluciones se encuentran ejecutoriadas y gozan de los atributos de ejecutoriedad, ejecutividad y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Además existen de existir otros perjuicios que no se han materializado de manera total y que se pretenden sean evitados con la solicitud de suspensión provisional, que consisten en el lucro cesante futuro de los demandantes por no poder ser adjudicatarios de ningún procedimiento de selección ante las entidades estatales, toda vez que la cláusula penal fue inscrita en el RUP, configurándose causales de rechazo y disminución de puntaje drástico que imposibilita ganarse cualquier licitación, selección abreviada, concurso. Perjuicio que consiste en dinero que ha dejado y dejará de entrar al patrimonio de Wilmar Moncada y Construcciones Macro hasta el 24 de septiembre de 2014, entre otros casos, ninguno de los dos será admitido en ningún procedimiento de selección por incurrir en las causales de rechazo que las entidades estatales ponen en sus pliegos de condiciones. Durante esos dos años dejará de entrar las utilidades de los contratos que normalmente se ganan ambas personas consorciadas, para lo cual se hacen las proyecciones tanto del perjuicio material por lucro cesante futuro y consolidado, de cada uno de ellos.

Adicionalmente, uno de los efectos de las resoluciones, es la inscripción en el RUP, lo que produce un daño a la vida de relación de los demandantes, toda vez que se está afectando su relación externa con el ámbito de la ingeniería, su relación con entidades estatales diferente a la EDU, que al constatar la cláusula penal en el RUP les reduce drásticamente el puntaje conforme a las reglas existentes en todos los Pliegos de Condiciones. De esta forma, los demandantes han sufrido y se encuentran sufriendo una afectación clara en las relaciones que tenían con el mundo exterior, lo cual se puede acabar con la suspensión de la inscripción de la declaratoria de incumplimiento y de la cláusula penal en el Registro Único de Proponentes. Finalmente, el buen nombre y reputación de los demandantes se ha afectado y se sigue afectando por la inscripción de la declaratoria de incumplimiento y cláusula penal en el RUP, quienes tienen el

calificativo de “*incumplidos*” y “*sancionados*” ante las entidades públicas y ante sus demás colegas del mundo ingenieril.

TRÁMITE IMPARTIDO A LA MEDIDA CAUTELAR:

Mediante auto del diez (10) de mayo de la presente anualidad, visible a folio 14 del presente cuaderno, se corrió traslado por el término de cinco (5) días de la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional, a fin que la parte demandada se pronunciara sobre la misma.

Una vez surtida la notificación¹ a la parte demandada y dentro del término oportuno², se obtiene un pronunciamiento por parte del “*EDU*” sobre la solicitud de medida cautelar, visible a folio 15 a 26 de este cuaderno.

Vencido como se encuentra el término con que disponía la entidad demandada para pronunciarse, se procederá a decidir sobre la solicitud de medida cautelar, (Inciso 3º del artículo 233 de C.P.A.C.A.).

PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA

Dentro del término legal oportuno, la parte demandante se pronunció en escrito visible a folio 15 a 26 y expuso:

- Que toda la actuación administrativa sancionatoria se adelantó con sujeción a los presupuestos del debido proceso, notificando para el efecto a la sociedad CONSORCIO MONCADA, a través de su representante legal Wilmar Moncada Arcila, dando inicio formal al procedimiento administrativo sancionatorio contractual el cual se surtió conforme a la norma especial que regula la materia contenida en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011. Representante legal que para todos los efectos de la instancia contractual, es quien representa a la forma asociativa del consorcio. La notificación tanto del pliego de cargos como de los actos administrativos emanados del mismo, fue hecha a todos y cada uno de los miembros del consorcio a través de quien fue señalado en el acto de constitución como representante legal, para todos los efectos legales contractuales, sin que ello implique violación alguna al derecho fundamental del debido proceso y menos una notificación indebida de los actos administrativos que se expidieron en virtud de la actuación sancionatoria.

Termina anotando que en acción de tutela incoada en contra de la entidad por el representante legal de la Sociedad Construcciones Macro SAS, con radicado 2012-01294 adelantada en el Juzgado Primero Laboral del Circuito se pretendió la nulidad del proceso; el despacho no tuteló los derechos invocados. Resulta claro que la sociedad demandante facultó al señor Wilmar Moncada para representar al Consorcio en todas las actuaciones referentes al contrato de obra pública No. 737 de 2010.

¹ Surtida el 20 de junio de 2013.

² junio 27 de 2013.

- Frente a que no se permitió ejercer el derecho de defensa puesto que no se practicaron las pruebas solicitadas, carece de veracidad, toda vez que en el Acta de Audiencia del 22 de marzo de 2012, se incorporan al proceso las pruebas documentales allegadas al proceso por parte del representante legal del Consorcio, en igual sentido se ordenó de oficio la práctica de la prueba testimonial al ingeniero Hugo Grajales Roldan y trasladar los descargos a la Interventoría y a la Gerencia de la EDU para proceder al pronunciamiento.

En el Acta de Audiencia del 12 de abril de 2012, una vez advertida la solicitud de pruebas del Consorcio radicada bajo los números 201200004176 del 28 de marzo de 2012 y 201200004698 del 11 de abril de 2012, se procedió al pronunciamiento de fondo sobre dicha solicitud, advirtiéndose que de conformidad con el artículo 174 del C.P.C., fueron presentadas de manera extemporánea pues ya había pasado el tiempo para tal fin, otorgado en la audiencia del 22 de marzo de 2012. El desarrollo del proceso sancionatorio se garantizó el debido proceso a las partes y la oportunidad de propender por su defensa, sin embargo el hecho de las pruebas solicitadas se realizaran posterior a la oportunidad definida en el proceso para su solicitud, no puede advertirse por parte del convocante como una violación al derecho de defensa.

La solicitud debió ser oportuna a efectos de que se verificara la conducencia, pertinencia y utilidad de las mismas para la determinación de la veracidad de los hechos objeto de debate, pues el hecho de su extemporaneidad, no permite ni siquiera una valoración de fondo a las mismas, lo que no genera falta al debido proceso.

En la Resolución que profirió sanción al contratista, se observa un análisis detallado del material probatorio allegado al proceso, donde se volvió a ratificar la negativa de las pruebas por extemporáneas y se tuvieron en cuenta los argumentos expuestos en las audiencias que antecedieron la sanción, teniendo en cuenta las pruebas allegadas de manera oportuna al proceso.

Ahora bien, en la resolución que resolvió el recurso de reposición, se expuso que las pruebas solicitadas con el recurso, fueron consideradas inconducentes e innecesarias, por cuanto lo que se pretendía probar con ellas, ya había sido ampliamente debatido en el trámite del proceso administrativo sancionatorio, sin que se presentarán hechos o argumentaciones deferentes a los ya debatidos para proferir la sanción. Igualmente se advirtió, que las pruebas solicitadas, no llevarían al esclarecimiento real de las causas que iniciaron el trámite sancionatorio, por cuanto lo requerido se había ya demostrado en el proceso.

- Termina manifestando, el apoderado de la parte demandada, en su escrito de respuesta a la medida provisional solicitada por la parte demandante, que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos opera cuando los mismos fueron expedidos con una crasa violación de las normas en que se funda, situación que se echa de menos en la solicitud, y que requiere ende un estudio juicioso por parte del ente juzgador, y no basarse en meras manifestaciones, que tomadas a la ligera pueden generar mayores perjuicios. Mal se haría acceder a la solicitud sin adelantar un estudio pormenorizado de cada uno de los supuestos facticos y jurídicos de los actos administrativos expedidos, con un simple examen no se vislumbra la supuesta violación de las normas, por cuanto los actos se emitieron con sujeción al debido proceso, garantizando siempre el derecho de defensa

En razón de todo lo anterior, la entidad demandada solicita que no se acceda a la solicitud presentada, por no lograrse vislumbrar una vulneración ostensible al ordenamiento jurídico superior, por el contrario existe prueba fehaciente de que los actos administrativos se expidieron en debida forma.

CONSIDERACIONES

1. Medidas cautelares. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1347 de 2011) en su Título IV, Capítulo XI versa sobre las medidas cautelares en los procesos declarativos que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previendo el artículo 229 que podrán solicitarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada; solicitud a la cual, si es del caso, accederá el juez o magistrado por medio de providencia motivada a fin de proteger provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; **sin que tal decisión signifique un prejuzgamiento.**

Medida cautelar de suspensión provisional.

La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una excepción a la presunción de legalidad de los mismos, cuando tal violación surja del análisis de los actos demandados y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, debiendo entonces advertirse la violación con las normas superiores invocadas, de tal manera que la contradicción se puede percibir mediante una sencilla comparación, de conformidad con los requisitos señalados en el artículo 231 de la ley 1437 de 2011, que indica:

*“Art. 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”. (Negritas por fuera del texto).*

El doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié³ define la suspensión provisional como el mecanismo a través del cual se solicita al juez administrativo la suspensión de la aplicación de un acto administrativo hasta tanto resuelva de fondo la

³ Hincapié Palacio, Juan Ángel. *“Derecho Procesal Administrativo”*, Octava Edición 2013, Ed. Librería Jurídica Sánchez.

controversia que se le plantea sobre su legalidad. Rescata el hecho de que la medida tiene consagración constitucional en el artículo 238 Superior, facultando para adoptarla a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y sobre su regulación en la Ley 1437 de 2011, refiere:

“La suspensión provisional es una medida cautelar que en el CPACA fue innovada en su redacción para facultar su procedencia. En el C.C.A anterior la suspensión provisional requería de un trámite previo, sumario y formalista. Se caracterizaba porque el juez para decretarla no podía acudir a silogismos y análisis profundos para llegar a la conclusión de que un acto infringe una norma superior. En la nueva redacción, por el contrario (sic), el juez puede y debe hacer los estudios necesarios, si es el caso, para llegar a la conclusión de suspender. (...) Eso significa que el juez debe hacer la valoración probatoria que le permita llegar a la deducción de la contradicción de las normas, salvo que tal contradicción de las normas se aprecie directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superior invocada.”

2. Sea lo primero en advertir por este órgano judicial, que no se evidencia *prima facie* el quebrantamiento del orden jurídico que se afirma quebrantado en el acápite de “*RAZONES DE MANIFIESTA ILEGALLIDAD*”, del escrito que contiene la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional. Es decir, en el proceso de la referencia, no es tal la notoriedad del quebrantamiento de la norma superior, siendo entonces necesario el examen de otros elementos probatorios o la realización de juicios de valor respecto de la actuación administrativa, pues su estudio es complejo y la incidencia que puede tener en la legalidad de los actos administrativos sólo puede efectuarse al momento del fallo.

Para lograr la suspensión de los actos administrativos que se atacan, es requisito indispensable que el Juez, del simple cotejo de las normas, y a “simple vista”, determine que los actos violan las disposiciones invocadas en la demanda, cuando de tal violación surja del análisis de los actos atacados y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas; situaciones que en esta instancia del trámite no se advierten, de ahí que sea imprescindible un amplio debate probatorio a fin de establecer a cuál de las partes trabadas en la litis le asiste la razón, si se tiene en cuenta además la presunción de legalidad con que cuentan los actos en cuestión.

Se reitera, es necesario efectuar un amplio análisis en torno a las normas que se invocan como trasgredidas, y del material probatorio que se aporte al proceso, no solo del allegado por la parte demandante, sino del que en su momento aduzca la entidad demandada, además de las pruebas que de oficio considere el Tribunal necesarias para la verificación y certeza de los hechos; labor que sólo puede lograrse al momento de definir el conflicto vistas las posiciones de una y otra parte.

Si bien la demanda se encuentra acompañada de prueba documental, esta por sí sola no logra desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos cuestionados en la etapa que se encuentra el trámite del proceso, pues dada la complejidad del problema no se vislumbra dicha infracción por el momento.

En la nueva redacción, por el contrario (sic), el juez puede y debe hacer los estudios necesarios, si es el caso, para llegar a la conclusión de suspender. (...) Eso significa que el juez debe hacer la valoración probatoria que le permita llegar a la deducción de la contradicción de las normas, salvo que tal contradicción de las normas se aprecie directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superior invocada.”

3. Ahora bien, atendiendo la redacción del artículo 231 del C.P.A.C.A., y por no deducirse una contradicción de las normas que sea apreciada directamente de la confrontación del texto del acto con la norma superiores invocadas, se hace necesario efectuar los estudios necesarios, para establecer si es del caso, suspender los actos administrativos acusados, que permita luego de una valoración probatoria llegar a la deducción de la contradicción de las normas, llegándose a la conclusión igualmente que tampoco para este momento procesal se encuentra probada esa infracción de disposiciones superiores, máxime cuando en principio los mismos actos se apoya en ellas, y mantiene una coherencia cronológica y argumentativa en cuanto a las razones de la decisión, sin vislumbrase por ahora, violación al debido proceso por indebida notificaciones, falta de vinculaciones al proceso sancionatorio, violación al derecho de defensa, negativa abrupta del decreto y/o practica de pruebas,

5. **Decisión:** Por las razones expuestas, en esta instancia procesal, no se estima procedente decretar la medida cautelar solicitada de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, lo que conduce a este órgano judicial a negar la solicitud, sin que esta decisión signifique un prejuzgamiento.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SECCIÓN PRIMERA DE ORALIDAD,**

RESUELVE

PRIMERO: SE DENIEGA la MEDIDA CAUTELAR solicitada de de SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los actos administrativos atacados, en virtud de las motivaciones consignadas.

SEGUNDO: En firme esta providencia, continúese con el trámite correspondiente.

TERCERO: Se le reconoce personería al Doctor **W. SMITH GÓMEZ CANO**, Tarjeta Profesional N° 165.753 del C.S.J., abogado titulado y en ejercicio, para representar a la parte demandada, en los términos del poder conferido visible a folio 1242 del cuaderno principal.

NOTIFÍQUESE

ÁLVARO CRUZ RIAÑO
MAGISTRADO