

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA****Magistrado: LUIS NORBERTO CERMEÑO**

Arauca, Arauca, nueve (9) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicado : 81 001 2339 000 2018 00013 00
Demandante : Unión Temporal Vía Caracol/Maquinaria Ingeniería y
Construcción Miko SAS, ZR Ingeniería S.A
Demandado : Departamento de Arauca
Acción : Contractual
Providencia : Auto que decide solicitud

Cumplidos los trámites previos, se decide la solicitud de medida cautelar.

ANTECEDENTES

1. Maquinaria Ingeniería y Construcción Miko SAS y ZR Ingeniería S.A, integrantes de la Unión Temporal Vía Caracol, presentaron en ejercicio del medio de control contractual, demanda en contra del Departamento de Arauca, en la que solicitan que se declare la nulidad de las resoluciones 1982, 3027 y 3880 de 2017, por las cuales se declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de obra del contrato 299 de 2011 y se resolvieron los recursos interpuestos (fl. 1-19, 25-94, c.02).
2. Los demandantes solicitaron que se decretara la medida cautelar de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados.
3. Como fundamento de la petición, expresan que hay violación del artículo 29 de la Constitución Nacional, por la incompetencia de quien expide los actos administrativos demandados por haber transcurrido más de dos años desde que se tuvo conocimiento de los hechos y la declaratoria del siniestro: Ausencia temporal, artículo 1081 del Código de Comercio, la incompetencia de quien expide los actos administrativos demandados por haber sido expedidos con posterioridad al acta de liquidación bilateral sin salvedad alguna y violación al debido proceso administrativo que garantiza el derecho de audiencia o de defensa.
4. Se ordenó proceder conforme lo establece el inciso segundo del artículo 233 del CPACA, con el traslado de la solicitud al demandado (fl. 20, c.02).
5. El Departamento de Arauca no se pronunció.

CONSIDERACIONES**1. Problema jurídico**

Consiste en: ¿Se accede a decretar la medida cautelar solicitada sobre las resoluciones cuya nulidad se pide en la demanda?



2. Las medidas cautelares en el CPACA

Respecto de la consagración normativa que tiene la figura jurídica de las medidas cautelares en el CPACA, el Consejo de Estado (M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 1 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-24-000-2013-00509-00, 21047) ha establecido:

"El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241. El artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

En esa misma disposición se indica que las medidas cautelares proceden: (i) en cualquier momento, (ii) a petición de parte -debidamente sustentada- y (iii) en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Solo se le permite al juez de oficio decretar medidas cautelares en procesos de tutela o en aquellos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos.

El artículo 230 ib. clasifica las medidas cautelares en preventivas [num. 4], conservativas [num. 1 primera parte], anticipativas o de suspensión [num. 1 segunda parte, 2 y 3].

Los artículos 231 a 233 ib. determinan los requisitos, la caución y el procedimiento para decretar las medidas cautelares, normas aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las enunciadas en el artículo 230.

Como requisitos para que proceda una medida cautelar se resaltan, los siguientes [art. 231]:

- Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
- Que el demandante haya demostrado, aunque sea sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
- Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
- Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

La norma en su parte inicial [art. 231] señala que cuando se pide la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado. Cuando además se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deben probarse la existencia de los mismos.

El artículo 232 le impone al solicitante de la medida cautelar que preste una caución para garantizar los perjuicios que se puedan producir con la medida cautelar. No se requiere caución cuando: (i) se solicita suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo; (ii) se trate de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos; (iii) sean procesos de tutela y (iv) la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.



El trámite que debe dársele a la solicitud de medida cautelar, según el artículo 233, es el siguiente: (...)

El artículo 234 del CPACA permite al juez omitir el trámite previsto en el artículo 233 ib. y decretar una medida cautelar, siempre que estén cumplidos los requisitos del artículo 231 y sea evidente la urgencia de ordenarla. En ese evento en particular no se notifica previamente al demandado de la solicitud de medida cautelar.

La diferencia concreta entre las medidas cautelares a las que hace referencia el artículo 230 del C.P.A.C.A. y la medida cautelar de urgencia del 234 ib. es el traslado que debe hacerse a la parte contraria de la solicitud de tales medidas [art. 233], pues en las primeras es obligatorio pero en la segunda, dada la urgencia de adoptarla no es posible agotar ese trámite".

3. El caso concreto

En el proceso se cuestiona la legalidad de actos administrativos proferidos dentro de la actividad contractual, y se pretende que se declare la nulidad de las decisiones demandadas, entre otras peticiones; se trata entonces, de un proceso declarativo que se adelanta ante esta Jurisdicción, por lo cual es procedente analizar el tema planteado (Artículo 229, CPACA).

3.1. Los demandantes piden aplicar la medida cautelar prescrita en el numeral 3 del artículo 230 del CPACA, norma jurídica que establece:

"ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. . (...)"

3.2. Cuando se solicita la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el CPACA en su artículo 231 consagra de manera expresa y taxativa los requisitos que deben concurrir para acceder a la petición, los cuales fueron relacionados en la sentencia del Consejo de Estado transcrita atrás y cuyo texto es el siguiente:

"ARTÍCULO 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".

3.3. De la revisión del expediente, se encuentra probado que el Departamento de Arauca declaró la ocurrencia del siniestro de estabilidad de obra del contrato 299 de 2011, ordenó hacer efectiva la póliza de seguros No. 27 GU004213 otorgada por la Compañía de Seguros Confianza S.A. en \$7.142.857.030, y



cuantificó los perjuicios en \$17.735.294.079, radicando a cargo de los demandantes la suma que exceda lo cubierto por la póliza (fl. 95-133, c.02).

3.3.1. El Consejo de Estado (M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 22 de octubre de 2013, rad. 1100132500020130011700, 02632013) ha precisado sobre la figura jurídica que se pide aplicar:

"La nueva norma precisa entonces a partir de que haya petición expresa al respecto que: **1º)** la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la **violación de las disposiciones invocadas, surge**, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: **i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** **2º)** Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.

Entonces, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que ahora, la norma da apertura y autoriza al juez administrativo para que, a fin de que desde este momento procesal obtenga la percepción de que hay la violación normativa alegada, pueda: **1º)** realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y **2º)** que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud.

Ahora bien, según la Real Academia de la Lengua Española el término "surgir" - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar.

En este punto esencial es donde radica la innovación de la regulación en el CPACA de esta institución de la suspensión provisional, pues la Sala recuerda que en el anterior CCA -Decreto 01 de 1984-, artículo 152, la procedencia de esta medida excepcional solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda o en escrito separado, estaba sujeta o dependía de que la oposición o la contradicción del acto con las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión provisional fuera **manifiesta**, apreciada por **confrontación directa** con el acto o con documentos públicos aducidos con la solicitud.

De las expresiones "manifiesta" y "confrontación directa" contenidas en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo anterior, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia dedujeron que la procedencia de esta figura **excluía** que el operador judicial pudiera incursionar en **análisis** o **estudio**, pues la transgresión por el acto de las normas en que debería fundarse, alegadas como sustento de la procedencia de la suspensión, debía aparecer "prima facie", esto es, sin implicar estudio ni esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (Capítulo XI Medidas Cautelares- procedencia), conforme al cual: "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba."

3.3.2. La petición de la medida cautelar se fundamenta en tres aspectos:



a. La incompetencia de quien expide los actos administrativos demandados por haber transcurrido más de dos años desde que se tuvo conocimiento de los hechos y la declaratoria del siniestro: Ausencia temporal, artículo 1081 del Código de Comercio.

b. La incompetencia de quien expide los actos administrativos demandados por haber sido expedidos con posterioridad al acta de liquidación bilateral sin salvedad alguna.

c. Violación al debido proceso administrativo que garantiza el derecho de audiencia o de defensa.

3.3.3. Respecto de la primera circunstancia con la que se respalda la solicitud, se establece que la vigencia del amparo de estabilidad de obra cubría el periodo entre el 30 de julio de 2012 y el 30 de julio de 2017 (fl. 95, c.02), mientras que la declaratoria del siniestro se profirió el 14 de julio del año pasado (fl. 107, c.02); significa que la actuación administrativa se realizó dentro del término de cobertura de la póliza No. 27 GU004213 (fl. 95, c.02).

Así mismo, se encuentra que en la Resolución 1982 de 2017 (fl. 95-107, c.02) se relacionan documentos fechados desde el 2 de mayo de ese año como los que contienen los fundamentos para la decisión que se adoptó, lo que en principio desvirtúa el hecho extintivo de dos años que concatenan los demandantes con el artículo 1081 del Código de Comercio.

De otra parte, se tiene que frente a este mismo tema, el Departamento de Arauca en la Resolución 3027 de 2017 (fl. 108-113, c.02) y en la No. 3880 de 2017 (fl. 114-133, c.02) plantea hechos con los que no acogió el cargo que con similares argumentos se impugnó el primer acto administrativo, contravirtiendo las iguales circunstancias con que se fundamenta la petición de medida cautelar, y concluyó que *"las fallas identificadas en el mes de mayo de 2017 no corresponden a las que se conocieron en el año 2012"* (fl. 111-envés, c.02); esta situación de discrepancia frontal entre los criterios de los cocontratantes acerca de la fecha que se debe tener en cuenta para analizar la posible ocurrencia de la prescripción que se aduce, en caso de ser procedente en el tema objeto de debate judicial, exige una confrontación directa y a fondo para dirimirla.

Lo anterior conduce a determinar que en este momento procesal, 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, no surge la vulneración de dichas disposiciones, de lo cual se advierte que solo podrá tenerse un criterio decisivo al final del proceso, cuando se disponga de todas las pruebas que las partes aporten al expediente y de los fundamentos fácticos y jurídicos definitivos que se expongan y acrediten.

Sobre la segunda circunstancia planteada en la solicitud, referida a la incompetencia por haberse expedido los actos administrativos con posterioridad al acta de liquidación bilateral sin salvedad alguna, se encuentra



que en efecto, el documento liquidatorio se suscribió el 13 de diciembre de 2012 (fl. 95-envés, c.02), mientras que las resoluciones demandadas se expedieron en 2017 (fl. 95-133, c.02), esto es, después de la liquidación conjunta entre las partes contractuales, hoy procesales.

Sin embargo, en la solicitud de medida cautelar, y en el concepto de violación de la demanda, no se encuentra mención alguna respecto de norma jurídica que le impida a la entidad contratante declarar la ocurrencia del siniestro de estabilidad luego de suscrita el acta de liquidación conjunta, o de expedido el acto administrativo de liquidación unilateral de un contrato estatal.

Se precisa en este aspecto, que si bien es cierto la liquidación del contrato, conjunta o unilateral, termina la relación contractual y efectúa el balance final de obligaciones y derechos entre los cocontratantes, no es menos cierto que pueden sobrevivir a dicha actuación administrativa, varias obligaciones jurídicas por las que el contratista -o en algunos casos la entidad, como pagos- debe asumir de conformidad con lo convenido; es el caso entre otros, del suministro de elementos o repuestos, vicios ocultos, atender consultas, efectuar mantenimiento, y responder por la calidad de equipos o la estabilidad de obras.

En el presente caso y al confrontar en este momento procesal las normas jurídicas que se plantean como violadas y de las pruebas anexas al expediente, no surge la restricción legal o contractual que aducen los demandantes para que el Departamento de Arauca profiriera los actos administrativos demandados; además, responder por la estabilidad de la obra fue una obligación que asumió la contratista, y se comprometió a hacerlo por las falencias que presentara la ejecución de sus trabajos en el periodo del 30 de julio de 2012 al 30 de julio de 2017, sin que la suscripción conjunta del acta de liquidación sin salvedades, la exonerara de responsabilidad pues precisamente, su deber cubría hacía el futuro cinco años después de la entrega de la vía y más de cuatro años y medio luego de la liquidación del contrato; con el criterio de los demandantes, el amparo de estabilidad de obra otorgado en la póliza 27 GU004213 hubiera perdido vigencia el 13 de diciembre de 2012, argumento del que por ahora no se observa respaldo jurídico ni fáctico.

El tercer fundamento de la solicitud, que se refiere a la violación al debido proceso por no convocarse al contratista, al garante y al interventor a una audiencia y no tener en cuenta la actuación administrativa que se inició en 2015, tampoco tiene respaldo para declarar la medida cautelar pedida.

De la normativa invocada por los demandantes, se encuentra que el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 no contiene el procedimiento administrativo sobre el tema, y al contrario, prescribe que *"El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare"*, que fue cumplido por la demandada, por lo cual no aparece por ahora, como violado por el Departamento de Arauca al expedir las resoluciones que se demandan.



Y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 determina el procedimiento para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, que se aplicaría para adoptar ese tipo de decisiones solo dentro del lapso de vigencia del contrato, que no es el caso, y no se encuentra tampoco viable en tratándose de la declaratoria de siniestro del amparo de estabilidad de obra, por cuanto no tiene la naturaleza de una sanción, ni del ejercicio de una facultad excepcional, como lo ha precisado el Consejo de Estado (M. P. Ramiro Pazos Guerrero, 5 de diciembre de 2016, rad. 73001-23-31-000-2001-02407-01, 35057) al indicar que *"Esta Corporación ha considerado que la declaratoria de siniestro para hacer efectivas las garantías del contrato estatal, en estricto sentido no se enmarca dentro de un procedimiento sancionatorio sino comporta el trámite de reclamación a seguir ante la aseguradora para obtener la indemnización, por lo que no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo, en la medida en que el contenido y la motivación del acto es el que permite a la aseguradora o al contratista ejercer su derecho de defensa y la impugnación posterior ante la jurisdicción"* y también estableció (M. P. Danilo Rojas Betancourth, marzo 27 de 2014, rad. 25000-23-26-000-2001-02301-01, 29857) que *"no puede ser identificada con el uso de la facultad de declaratoria de incumplimiento contractual"*.

Lo anterior es aplicable también a las otras disposiciones que menciona la solicitud de medida cautelar, esto es, las cláusulas décima sexta y trigésima segunda del contrato 299 de 2011, la Resolución 2379 de 2011 y el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012, pues estas hacen referencia a sanciones y declaratoria de incumplimiento, que no es el caso, dentro de la ejecución del contrato, que tampoco es el caso que en este momento se decide.

Y en cuanto a que en las resoluciones demandadas no se tuvo en cuenta la actuación administrativa que se inició en 2015, la verificación que ello demanda amerita un detenido análisis de confrontación no solo entre los textos de los actos administrativos, sino también de los aspectos técnicos que los mismos invocan y de los datos que contienen sus documentos de respaldo.

De manera que al no surgir en este momento la violación por parte de las resoluciones demandadas, de las normas que se invocan como violadas, se destaca la necesidad de verificar al final del proceso, cuando se emita la sentencia que lo decida, con el respaldo fáctico y jurídico que se allegue al expediente contencioso administrativo, si como lo plantean los demandantes, los actos administrativos acusados se expidieron con las causales de ilegalidad que se le endilgan.

Por lo tanto, el requisito que exige el artículo 231 del CPACA consistente en que procede la suspensión provisional *"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"*, no aparece, ni concurre en este caso, para acceder a la medida cautelar solicitada; y por sustracción de materia, no se requiere el análisis del requisito referido a posibles perjuicios, pues deben estar presentes las dos exigencias.

05:45PM
09 FEB 2018
P.D.M.
4



8
Proceso: 81 001 2339 000 2018 00013 00
Demandante: Unión Temporal Vía Caracol

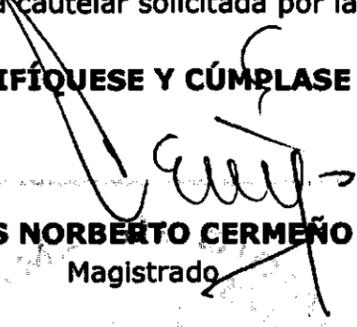
3.4. Conforme con lo expuesto y ante el problema jurídico planteado, se responde que no se accede a decretar la medida cautelar pedida sobre los actos administrativos demandados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar solicitada por la demandante.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

