



229

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

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011).

Radicación: 25000232600020090088401 (40.632)
Actor: A&H Diseño y Construcciones Limitada
Demandado: Hospital El Tunal E.S.E.
Referencia: Acción contractual

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, a través de apoderado, contra el auto del 28 de julio de 2010 proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó la suspensión provisional de los actos demandados.

I. ANTECEDENTES

1. La acción

La sociedad A&H Diseño y Construcción Limitada y los señores Gabriel Hernán Amaya Boyacá y Angélica María Herazo Carballo –representante legal y socios-, a través de apoderado, ejercieron la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, contra el Hospital El Tunal E.S.E. para que se anulen las resoluciones n.º 141 y 156 de julio y 175 de agosto de 2007, proferidas con el fin de declarar la caducidad –las dos primeras- y liquidar el contrato n.º 202 de 2006 y en consecuencia se indemnicen los perjuicios causados.

2. La solicitud de suspensión provisional

En escrito separado, los actores pidieron la suspensión provisional de las resoluciones n.º 141 y 156 de 2007 por considerarlas violatorias del preámbulo y de los artículos 1º, 2º, 4º, 83 de la Constitución Política; 3º, 4º, 5º, 14, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y siguientes del "Estatuto de Contratación Administrativa" y 1551 del Código Civil, toda vez que se expidieron después del vencimiento del plazo de ejecución, lo que

aconteció el 25 de junio de 2007. Aseguran que para entonces la demandada ya había perdido la competencia otorgada por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

Sostienen los actores que la inhabilidad que apareja la declaratoria de caducidad resulta suficiente para demostrar la existencia del perjuicio exigido en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para que proceda la suspensión provisional de los actos que imponen ilegalmente tal medida, conforme a la jurisprudencia¹ (folios 27 a 35, cuaderno de copias).

3. La decisión recurrida

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la suspensión provisional, al encontrar que, no obstante que se observa *prima facie* que la caducidad administrativa fue declarada después del vencimiento del plazo de ejecución, se requiere analizar el material probatorio a efectos de establecer con certeza su expiración. Destacó que dadas las modificaciones, prórrogas y adiciones del contrato, no resulta posible concluir la vulneración del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 por la sola confrontación con los actos demandados, además de poner de presente la ausencia de prueba del perjuicio.

4. El recurso de apelación

Los demandantes, a través de apoderada, recurren en apelación el auto del 28 de julio de 2010 proferido por el Tribunal *a quo*, para que sea revocado, se acceda a la solicitud de suspensión provisional y se oficie al Registro Único de Proponentes informando la decisión.

Para fundar su inconformidad con el proveído, los actores reiteran las razones expuestas en su solicitud de suspensión provisional, enfatizando que la prueba documental permite concluir que el plazo de ejecución venció el 25 de junio de 2007 y que la caducidad fue declarada en el mes siguiente; cuando ya la entidad contratante no podía ampararse en la competencia otorgada por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, tal como lo señala la jurisprudencia.

En cuanto al perjuicio irrogado los demandantes adujeron que por el solo hecho de su declaratoria, la caducidad comporta una inhabilidad que afecta las oportunidades favorables para contratar con entidades estatales, durante los siguientes cinco años (folios 53 a 62).

¹ Apoya su argumentación en sentencias de esta Corporación, proferidas la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa el 20 de noviembre de 2008, expediente 17.031 y del 1º de diciembre de 2008, expediente 35.827.

II. CONSIDERACIONES

La suspensión provisional del acto administrativo es una medida prevista en la Constitución Política –art. 238-, para detener preventivamente sus efectos, mediante decisión motivada, mientras se decide de fondo el control ordinario de constitucionalidad y legalidad del mismo, con el fin de evitar la causación de perjuicios, cuando *ab initio* se advierte objetivamente que la administración profirió la decisión con manifiesto desacato del deber constitucional de sujeción a la normatividad superior.

Conforme al artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional del acto procede i) previa solicitud expresamente sustentada antes de la admisión de la demanda o su reforma; ii) cuando de su confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos se observa manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas en la solicitud y iii) si se demuestra, al menos sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor. Requisito exigido en las acciones distintas de las de nulidad.

Como lo ha reiterado esta Corporación, en orden a la procedencia de la suspensión provisional debe establecerse la evidente, ostensible o notoria infracción, a través de la confrontación directa y objetiva del acto administrativo impugnado con el ordenamiento superior o mediante el análisis de los documentos aportados con la solicitud, lo que propiamente no comporta la simple vista formal de los extremos examinados, sino que debe trascender al ámbito material de la interpretación de la ley y del deber de motivación, que rigen la actividad judicial en el Estado Social de Derecho. Sin perjuicio de que en el contexto de esta medida preventiva el juez deba abstenerse de adentrarse en los análisis propios del fallo que pone fin al proceso.²

En lo que tiene que ver con el perjuicio y tratándose de actos que declaran la caducidad administrativa del contrato, la afectación se infiere a partir de la

² Así ha dicho la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo –se destaca-: “[e]n consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación, el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de los contencioso administrativo.” Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo (...) // En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continua a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, puesto en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio para arribar a tal conclusión. // Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente ‘la boca de que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella’. // Así que, en este nuevo estadio del asunto, pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C.C.A: ‘manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma’), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de Derecho” –se omiten citas- (Auto del 22 de marzo de 2011, expediente 38.924).

inhabilidad para contratar que le sigue a la medida, por mandato legal, como también lo ha señalado la jurisprudencia de la Corporación³.

Según expresa el *a quo*, en el acto recurrido, la medida de suspensión provisional fue presentada por los actores antes de la admisión de la demanda.

Obra en el expediente copia auténtica de las resoluciones n.º 141 y 156 de julio de 2007 proferidas por el Hospital el Tunal E.S.E., la primera para i) declarar la caducidad del contrato de obra n.º 202 de 2006 que celebró con la sociedad demandante, ii) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, iii) declarar la realización del riesgo de incumplimiento amparado mediante el contrato de seguro, iv) ordenar la liquidación del contrato y v) disponer su publicación en los términos del artículo 31 de la Ley 80 de 1993 y su comunicación a la Cámara de Comercio "para efectos de inhabilidades". En tanto que el segundo de los actos enjuiciados resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión de la administración.

Señala, en la parte resolutive, la primera de estas resoluciones:

Artículo primero. Declarar la caducidad del contrato de obra Nro. 202 del año 2006, celebrado, entre el Hospital el Tunal III Nivel E.S.E. y firma (sic) A & H DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA, con vigencia entre el 24 de mayo de 2006 hasta el 25 de junio de 2007 de conformidad con la parte considerativa de la presente resolución; y, en consecuencia, dar por terminado el vínculo obligacional.

Artículo segundo. Hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, equivalente al 20 por ciento (20%), del valor total del contrato, conforme quedó estipulado en la cláusula DECIMA QUINTA numeral 2 del mismo.

Artículo tercero. Declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, amparado por la póliza de cumplimiento Nro. 063601060, expedida por SEGUROS DEL ESTADO compañía aseguradora garante.

Artículo cuarto. Notifíquese personalmente a los representantes legales de A&H DISEÑO Y CONSTRUCCIONES LTDA y a la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., manifestándoles que contra el presente acto procede el recurso de reposición, en los términos del Código Contencioso Administrativo el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la diligencia de notificación.

Artículo quinto. Una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, procédase inmediatamente a la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

Artículo sexto. Una vez en firme esta resolución, se publicará conforme lo ordena el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio correspondiente para efectos de inhabilidades.

³ Como se señaló en la citada sentencia del 1º de diciembre de 2008, expediente 35827: "(...) en lo que concierne al requisito a que hace referencia el numeral 3 del artículo 152 del C.C.A., esto es, la prueba al menos sumaria del perjuicio que se ocasionaría con la ejecución del acto administrativo cuya suspensión se solicita, la Sala infiere que la sola inhabilidad para contratar que se desprende de la declaratoria de caducidad, que consagra el numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, constituye ese elemento formal, puesto que esa específica circunstancia acreditaría por sí sola, el eventual perjuicio patrimonial y jurídico que se acarrearía a la sociedad demandante con la ejecución de los actos demandados" –se destaca–.

Artículo séptimo. La presente resolución se expide sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Artículo octavo. Remitir copia de esta resolución a las dependencias de la entidad obligadas de su cumplimiento (sic) -fls. 37 y 38, anexo-.

En tanto que la resolución n.º 156 de 2007 dispuso:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR EN TODAS SU PARTES la resolución N° 141 del 3 de julio de 2007 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR el contenido de esta resolución o a la des fijación (sic) del respectivo edicto si fuese necesario al apoderado de la Compañía de SEGUROS DEL ESTADO para lo de su competencia Doctor CARLOS ALBERTO ROBYO SÁNCHEZ identificado con la C.C. N° 80.149.818 de Bogotá, al igual que al representante legal de la firma A&H DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LTDA señor GABRIEL HERNÁN AMAYA BOJACÁ identificado con la C.C. N° 79.314.783 de Bogotá advirtiéndosele que contra la misma no procede recurso alguno, al agotarse la vía gubernativa.

ARTÍCULO TERCERO: Solicitar la liquidación del contrato N° 202 de 2006, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: Correr traslado de lo pertinente a la Oficina de Control Interno Disciplinario para lo de su competencia, respecto de lo señalado en la parte motiva de esta decisión. -fl. 50, anexo-.

Se tiene entonces, conforme a lo expresado en las resoluciones referidas, que el Hospital declaró la caducidad administrativa del contrato el 3 de julio de 2007, en razón de que el término de ejecución venció el 25 de junio anterior, sin que el contratista cumpliera el objeto contratado.

Así las cosas, para la Sala es evidente que la entidad demandada ejerció la potestad exorbitante, después de expirado el término de ejecución contractual, hecho que si bien tiene que ver con el fondo del asunto, en lo que atañe a la solicitud de suspensión provisional evidencia la razón expresa en que la administración fundó la decisión y permite su confrontación con la norma invocada como manifiestamente violada.

Esto es así, porque la solicitud de suspensión provisional se fundamenta en que el contrato venció el 25 de junio de 2007, fecha misma señalada en el acto demandado, lo que permite, *prima facie*, establecer que el acto del 3 de julio siguiente se profirió por fuera de la vigencia contractual. Sin perjuicio de las confrontaciones que proceden en el curso del proceso.

El artículo 18 de la Ley 80 de 1993, invocado por los solicitantes, faculta a la

administración para declarar la caducidad del contrato cuando sobrevenga "(...) alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización".

En cuanto a los alcances material y temporal de esta norma, reiteradamente la jurisprudencia señala que tiene como fin la protección del interés general, cuando es amenazado por hechos del contratista que evidencian inexorablemente la paralización del contrato, *telos* normativo fundamental que limita el ejercicio de la facultad de declarar la caducidad administrativa a la vigencia del plazo de ejecución contractual.

Entonces, resulta abiertamente contrario a los fines constitucionales a que debe obedecer la administración y al ordenamiento superior –arts. 121 y 209 de la Constitución Política y 18 de la Ley 80 de 1993-, el ejercicio de esa potestad exorbitante después de finiquitado este plazo, cuando ya la administración ha perdido la competencia temporal⁴.

Dado que de la simple confrontación de las resoluciones demandadas, expedidas por el Hospital El Tunal para declarar la caducidad administrativa después del vencimiento del plazo de ejecución contractual, con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se observa la infracción de esta norma, cumpliendo las exigencias del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, procede disponer la suspensión provisional de las resoluciones 142 y 156 enjuiciadas.

No desconoce la Sala el precedente jurisprudencial ya superado, según el cual, el vencimiento del plazo contractual no conlleva el fenecimiento de la facultad de declarar unilateralmente la caducidad del contrato⁵. Y, en este orden, bien podría afirmarse que la resolución n.º 141 de 2007, en cuanto expedida por el hospital para declarar la caducidad del contrato en vigencia de la interpretación jurisprudencial según la cual el plazo contractual se consideraba extendido para ejercer la facultad exorbitante de que la demandada hizo uso, no tendría que suspenderse; empero, el precedente al que se hace mención, si bien trata de la oportunidad para decretar la caducidad, no se funda en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 que otorga esa facultad, sino en las normas civiles sobre la ejecución de las obligaciones.

Amén de que tampoco puede ser óbice para acceder a la suspensión provisional de la declaratoria de caducidad, si se tiene en cuenta que ésta comporta un perjuicio y que la duda indica decidirse por la abstención, en pro del milenario principio general que ordena evitar un perjuicio, antes que amparar un

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 29 de enero de 1988, expedientes 2616 y 3615; del 6 de mayo de 1992, expediente 6.661; del 15 de febrero de 1991, expediente 5973; 25 de septiembre de 1993, expediente 6437; del 2 de abril de 1992, expediente 1.875; del 6 de junio de 1996, expediente 2240; del 18 de julio de 1997, expediente 10103 y 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, entre muchas otras.

⁵ Sección Tercera, Sentencias del 6 de junio de 1996, expediente 10.833 y del 13 de septiembre de 1999, expediente 10.264, reiterada en sentencia de 18 de marzo de 2004.

beneficio. Fin al cual sirve primordialmente la medida constitucional.

Los actores pretenden que se suspenda integralmente las resoluciones n.º 141 y 156 de 2007. Sin embargo, como lo demuestra su contenido, no todo lo resuelto por la demandada trata de la declaratoria de caducidad y la Sala solo encuentra acreditado el perjuicio en lo relativo a la inhabilidad para contratar, que le sigue a la declaratoria de caducidad y no así respecto de la exigencia de la cláusula penal, tampoco del acaecimiento del riesgo de incumplimiento, amparado con el contrato de seguro y nada se dijo sobre la orden de proceder a la liquidación del contrato.

De manera que la medida preventiva habrá de disponerse respecto del artículo 1º de la resolución n.º 141 de 2007, que declaró la caducidad administrativa, dada su relación con la inhabilidad para contratar, en la que el actor funda el perjuicio.

En suma, establecido que i) los accionantes presentaron oportunamente la solicitud de suspensión, ii) la declaratoria de caducidad, impuesta por el Hospital El Tunal mediante las resoluciones demandadas, es abiertamente contraria al artículo 18 de la Ley 80 de 1993, iii) la potestad exorbitante ejercida en esas condiciones constituye un perjuicio para el contratista, dada la inhabilidad que le sigue y iv) que la suspensión provisional fue prevista para evitarlo, se revocará el auto apelado y se accederá a suspender los efectos del artículo 1º de la resolución n.º 141 de 2007, confirmada por la resolución n.º 156 del mismo año.

Encuentra la Sala procedente, además, acceder a la solicitud afín a que se comunique esta decisión al Registro Único de Proponentes. Y comoquiera que la entidad demandada no ha sido vinculada al proceso, se la deberá poner al tanto de esta decisión para que disponga ante la Cámara de Comercio la suspensión de la inhabilidad generada por la declaratoria de caducidad que se suspende con esta decisión.

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

DECIDE:

REVOCAR el auto proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de julio de 2010 y en su lugar disponer:

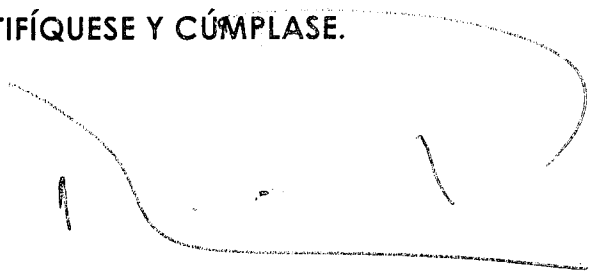
PRIMERO. SUSPENDER PROVISIONALMENTE los efectos del artículo 1º de la resolución n.º 141 de julio de 2007, confirmada por la resolución 156 de iguales mes y año, proferidas por el Gerente del Hospital El Tunal E.S.E con el objeto de declarar la caducidad del contrato de obra pública n.º 202 de 2006.

SEGUNDO. En firme esta decisión comuníquese a la demandada, para que disponga la suspensión de la inhabilidad en el correspondiente registro de la Cámara de Comercio. Y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

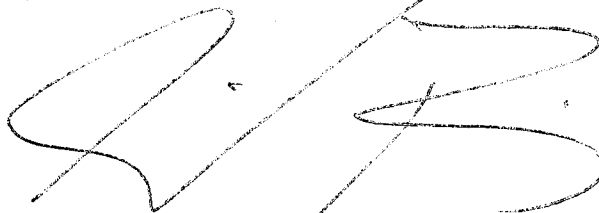
CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidente de la Subsección



RUTH STELLA CORREA PALACIO
Magistrada



DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado