

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Sala Primera de Oralidad

Magistrado Ponente: **ÁLVARO CRUZ RIAÑO**

Medellín, veintiuno (21) de octubre de dos mil trece (2013)

MEDIO DE CONTROL	CONTRACTUAL
DEMANDANTE	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.
DEMANDADO	AGUAS DE URABA S.A. E.S.P.
RADICADO	05001 23 33 000 2013 01137 00
INSTANCIA	PRIMERA
ASUNTO	RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR – SUSPENSIÓN PROVISIONAL-
A.I.	No. 261

La apoderada judicial de la parte demandante, en escrito de demanda eleva **“SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS”** (folio 102 y 103), Resolución No. 11 del 7 de mayo de 2010 que liquidó unilateralmente el contrato e impuso la cláusula penal pecuniaria, Resolución No. 140 de abril 15 de 2001 que confirmó la No 11, y la Resolución No. 143 del 25 de abril de 2011 que declaró la realización de los riesgos e hizo efectiva la garantía.

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

- **Por la evidente incompetencia material que comportan:**
 - (i) Sobre la incompetencia material en que los actos acusados de nulidad se hallan incurso, a la luz de los artículos 121 de la Constitución, artículo 5 de la Ley 489 de 1998, artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y 1.3.3.1, 1.3.3.2 y 1.3.3.3 de la Resolución de la CRA No. 151 de 2001;
 - (ii) Al ser AGUAS DE URABÁ una empresa de Servicios Públicos domiciliarios (ESPD) que presta los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, su régimen de actos y contratos es, por regla general, el derecho privado (artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994), y

éste no consagra las facultades exorbitantes de liquidar unilateralmente el contrato y declarar el incumplimiento e imponer unilateralmente la cláusula penal pecuniaria, y de declarar la realización de los riesgos cubiertos por la póliza y hacer efectiva la garantía; y en todo caso, la comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico –CRA no dispuso la inclusión obligatoria o facultativa de estas cláusulas exorbitantes para este caso (artículos 1.3.3.1., 1.3.3.2, y 1.3.3.3 de la resolución de la CRA No 151 de 2001).

- (iii) Es claro que AGUAS DE URABÁ no tenía competencia material para liquidar unilateralmente el contrato e imponer la cláusula penal pecuniaria, y para declarar la realización de los riesgos y hacer efectiva la garantía, y, por ende, que al hacerlo a través de los actos demandados violó flagrantemente la disposiciones constitucionales, legales y regulatorias indicadas, resultando procedente la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados, para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

TRÁMITE IMPARTIDO A LA MEDIDA CAUTELAR:

Mediante auto del dos (02) de septiembre la presente anualidad, visible a folio 01 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 de AGUAS DE URABA S.A. E.S.P sobre la solicitud de medida cautelar, visible a folio 2 a 19 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 2 a 19 y expuso:

- Que los artículos 31 de la ley 142 de 1994, 14 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1.3.3.1 de la Resolución de la

¹ Surtida el 08 de octubre de 2013 (folio 266 y 267).

² Octubre 15 de 2013 (folios 2 de medidas cautelares).

CRA No. 151 de 2001 modificado por el artículo 1° de la Resolución CRA 293 de 2004, constituyen el fundamento que justifica la inclusión de las cláusulas exorbitantes en el contrato de obra pública SPO-EAU-004-2007 celebrado entre AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P., y la COOPERATIVA NACIONAL DE DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES (CONALDE).

El contratista desde la suscripción del contrato era conocedor de que el contrato de obra pública se regía por la ley 80 de 1993 en lo que tiene que ver con las inhabilidades e incompatibilidades y cláusulas exorbitantes u así fue aceptado.

- La fuente económica del contrato fueron recursos públicos provenientes del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el cual suscribió Convenio No. 143 del 27 de junio de 2007 con la Gobernación de Antioquia, con el objeto de apoyar financieramente con recursos de la nación la construcción de los planes maestro de acueducto Fase II de la Región de Urabá, hecho éste que no sólo fue conocido por el contratista sino también por la aseguradora quien al momento de suscribir la póliza lo hace de conformidad con las estipulaciones propias del contrato y las coberturas de los amparos se sujetan a lo dispuesto en éste.
- En lo que tiene que ver con el artículo 132 de la ley 142 de 1994, es la misma normatividad que consagra excepciones a la regla general del derecho privado para los actos y contratos que celebren las empresas de servicios públicos, cuando la misma ley disponga expresamente lo contrario, y ello ocurre en los casos contemplados en los artículos 1.3.3.1 de la resolución de la CRA No. 151 de 2001 por facultad del artículo 31 de la misma ley 142 de 1994.

En ejercicio de sus facultades la Comisión de Regulación de Agua potable, Alcantarillado y Aseo (CRA) mediante Resolución No. 01 de 1995, dispone que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, deben incluir cláusulas exorbitantes en los contratos de obra (aquellos definidos en la ley 80 de 1993), entendiéndose como entidades prestadoras todas aquellas definidas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1995.

- Que a pesar que la inclusión de las cláusulas exorbitantes en el contrato SPO-EAU-004-2007 no fue producto de una decisión y posterior solicitud de la empresa a la Comisión Reguladora de Agua Potable para que autorizara su inclusión, si se debió al cumplimiento de una obligación legal de imperativo cumplimiento. Que los antecedentes si se incluyeron y que en el evento de no haberse incluido, no traería implicaciones en la relación contractual y mucho menos en la validez de los actos administrativos de liquidación unilateral.

En razón de todo lo anterior, la entidad demandada solicita que no se acceda a la solicitud presentada, por no cumplirse con los requisitos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, al no evidenciarse infracción a las normas de orden constitucional y legal invocadas. Ni del estudio de la demanda ni del examen preliminar que se haga del material probatorio aportado es posible establecer provisionalmente la confrontación normativa denunciada materialmente se estaría presentando.

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”. (Negrillas 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 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:

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

“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, por incompetencia material en que los actos acusados de nulidad se hallan incursos, según las normas violadas y los conceptos de violación de la demanda y 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 las normas superiores y legales invocadas, 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. A primera vista no se evidencia la infracción a las normas invocadas de orden constitucional y legal invocadas, es decir, de entrada no se evidencia infracción a normas superiores citadas como infringidas, que surjan del análisis de los actos acusados y su confrontación con éstas o del estudio de las pruebas allegadas.

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 solamente 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

pude 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 y 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.

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: Se le reconoce personería a la Doctora **CATALINA MONTOYA TORO**, Tarjeta Profesional N° 161.851 del C.S.J., abogada titulada y en ejercicio, para representar a la parte demandada, en los términos del poder conferido visible a folio 21 del presente cuaderno de medidas cautelares.

NOTIFÍQUESE

**ÁLVARO CRUZ RIAÑO
MAGISTRADO**