

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés, Isla, once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADA PONENTE: NOEMÍ CARREÑO CORPUS

REFERENCIA : EXP. No. 88-001-23-33-000-2017-00066-00
M. DE CONTROL : CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
DEMANDANTE : CONSORCIO INTERLOMAS PROVIDENCE
DEMANDADO : MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

AUTO MEDIDA CAUTELAR

Procede la Sala a resolver la solicitud de suspensión provisional presentada con la demanda de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011.

1. ANTECEDENTES

El demandante solicita se decrete la medida cautelar de suspensión provisional de las Resoluciones Nos.122 del 26 de marzo de 2015 y 452 del 6 de octubre de 2015, proferidas por la Alcaldía del Municipio de Providencia y Santa Catalina, en los siguientes términos:

“Mediante el presente escrito solicito a usted, Señor Magistrado, decretar con antelación a la admisión de la demanda, la suspensión provisional de la Resolución Núm. 122 del 26 de marzo de 2015 y de la Resolución Núm. 452 del 6 de octubre de 2015 mediante las cuales la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA ISLAS** declaró, respectivamente, el incumplimiento del contrato Núm 498 del 9 de junio 2014 y ordenó pagar al **CONSORCIO INTERLOMAS PROVIDENCIA** a pagar la suma de **QUINIENTOS DOCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$512.969.649)**, y confirmó la decisión adoptada, con fundamento en los siguientes:”

2. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

El demandante fundamenta su solicitud en los hechos que a continuación se sintetizan:

El día 2 de octubre de 2013 el Ministerio de Justicia y del Derecho suscribió con el Municipio de Providencia y Santa Catalina islas el Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 270 de 2013, cuya fecha de vencimiento era el 30 de diciembre de 2014.

El 9 de junio de 2014 el Municipio de Providencia y Santa Catalina Islas y el Consorcio Interlomas Providencia suscribieron contrato No. 498 del 9 de junio de 2014, cuyo objeto es contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de ajuste las obras de construcción del centro de convivencia, en el municipio de Providencia y Santa Catalina islas, por un valor de \$2.564.848.245, con un plazo de ejecución de 7 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio de obras y una vigencia del contrato igual al plazo de ejecución de las obras más 4 meses.

Mediante comunicación del 17 de julio de 2014, el Consorcio Interlomas Providencia solicitó al interventor del contrato la entrega de los planos, diseños arquitectónicos, eléctricos, cableado estructurado, media tensión, estructurales, hidrosanitarios y topográficos completos del proyecto, así como los demás estudios indispensables para planificar y dar inicio a las actividades por desarrollar en la ejecución del contrato No. 498 de 2013.

Señala que el día 24 de julio de 2014, dicho consorcio solicitó a la alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina Islas la entrega del estudio del suelo, planos, diseño y especificaciones técnicas, pero no se obtuvo respuesta.

Relata que el 25 de julio de 2014 se suscribió el acta de inicio de actividades del contrato No. 498 de 2014, pese a que para esta fecha ni el interventor ni la alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina, hubieren entregado los diseños y planos necesarios para el inicio de la ejecución del contrato.

Indica que en la misma fecha se suscribió el acta de suspensión No. 1 del contrato No. 498 de 2014, desde el 25 de julio hasta el 29 de septiembre de 2014, por razones de logística en el transporte de materiales y trámites necesarios para obtener los permisos del personal por parte de la OCCRE y el SENA.

Refiere que el 1° de septiembre de 2014, después de los requerimientos infructuosos efectuados por parte del consorcio a la Alcaldía así como a la interventoría, la arquitecta Ana María Rengifo, funcionaria del Ministerio de Justicia, entregó al Consorcio Interlomas Providencia los planos en original, para que se reprodujeran por el Consorcio en fotoplanos.

Indica que el 29 de septiembre de 2014 se iniciaron actividades correspondientes a la ejecución del contrato como cerramientos, campamento, excavaciones y ciclópeo.

Relata que en desarrollo de dichas actividades, se encontraron elementos de concreto reforzados en el terreno, cuya remoción no se encontraba dentro del objeto contractual y correspondía a la Alcaldía Municipal, labores que fueron culminadas el 22 de octubre de 2014. En esa misma fecha se replanteó la cimentación, a su vez surgen los cambios en los estudios de excavaciones, así como cambios en los estudios de suelos en los que se indicó conforme a los planos de cimentación, que después de un metro de excavación se llegaba a suelo firme, pero el Consorcio llegó a bajar más de tres metros de profundidad.

Igualmente sostiene que el día 11 de noviembre de 2014, se realizó una reunión en el despacho del señor Alcalde en la cual se decidió suspender por orden del interventor de la obra, las actividades que venía realizando el consorcio debido a que el suelo encontrado difería evidenciando en los estudios de suelo, para cimentar la zapatas y el cual debería buscarse y mejorarse con concreto ciclópeo; el interventor solicitó cambiar el concreto ciclópeo por un pedestal, razón por la cual el representante legal del consorcio solicitó, que de efectuarse ese tipo de cambios estructurales, se realizaran con el consentimiento del diseñador del proyecto, a lo que el interventor se negó. Finalmente, se decidió mejorar el suelo con material que se encontraba en la isla. Señala que este hecho imprevisto incidió en los tiempos de ejecución del contrato y repercutieron en la necesidad de adquisición de materiales no previstos para la ejecución.

Agrega que el día 13 de noviembre de 2014 el barco Clara E de la empresa Servicios Portuarios HA Ltda., reportó la novedad de que el motor se había averiado, razón por la cual el Consorcio envió a la interventoría el precio correspondiente para el relleno del material que se encontraba en la isla, proveniente de la cotización

realizada con el proveedor del material, precio al que finalmente no se llegó a ningún acuerdo, situación que - a su parecer - impidió que se ejecutara el contrato

El día 20 de noviembre de 2014, el consorcio solicitó a la interventoría la suspensión de la obra dada la situación que atravesaba la embarcación.

Mediante escrito del 22 de noviembre de 2014, la interventoría reiteró su negativa a la suspensión solicitada.

Nuevamente, el día 1° de diciembre de 2014 el consorcio insistió en la solicitud de suspensión del contrato, petición a la cual la interventoría reiteró su negativa a la misma.

Posteriormente el 15 de diciembre de 2014, el Consorcio envió oficio a la interventoría con copia a la Alcaldía sobre las novedades recibidas de la embarcación CLARA E. y en virtud de ello reiteró su solicitud de suspensión del contrato.

Posterior a ello, afirma la parte actora que elevó derecho de petición ante el Ministerio de Justicia y el Derecho, solicitando información sobre el estado del convenio suscrito con la alcaldía del Municipio de Providencia y Santa Catalina.

Refiere que el señor alcalde del Municipio de Providencia y Santa Catalina, solicitó al Ministerio de Justicia y el Derecho la liquidación por mutuo acuerdo del convenio No. 270 del 2 de octubre de 2013, debido al incumplimiento de las obligaciones por parte del Consorcio Interlomas.

Mediante oficio No. OFI-14-0029542-DMA-2100 del 20 de diciembre de 2014, el Director de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y del Derecho, dio respuesta al derecho de petición presentado por la parte actora, informando que dicho convenio terminaba el 30 de diciembre de 2014 y que aún no había sido objeto de prórroga.

Indica que el día 22 de diciembre de 2014, el Consorcio Interlomas Providencia radicó en la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina el acta Núm 1. con firma de interventoría y Factura Núm. 1.

Mediante oficio No. OP005-48 del 29 de diciembre de 2015, el Consorcio Interlomas, presentó derecho de petición a la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Islas, con el fin de tratar los temas relacionados con el contrato.

El día 21 de enero de 2015 el Ministerio de Justicia y del Derecho dio respuesta al derecho de petición elevado por el Consorcio Interlomas, informando que el convenio había terminado el 30 de diciembre de 2014 por solicitud de la Alcaldía de Providencia la cual manifestó que dicho consorcio no había cumplido con las obligaciones pactadas.

Indica que el 18 de febrero de 2015, la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Islas, inició actuación administrativa con el fin de determinar el posible incumplimiento de las obligaciones provenientes del Contrato No. 498 de 2014.

Refiere que en audiencia del 25 de marzo de 2015, la parte actora recusó al Alcalde Municipal de Providencia y Santa Catalina, diligencia en la cual el Alcalde rechazó de plano las pruebas solicitadas por las partes y negó la recusación presentada, sin surtir el trámite señalado en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011.

Señala que mediante Resolución No. 122 del 26 de 2015, la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Islas, declaró el incumplimiento de las obligaciones del Contrato No. 498 de 2014 y ordenó al Consorcio Interlomas Providencia a pagar la suma de \$512.969.649.

Ante lo anterior, el Consorcio Interlomas presentó recurso de reposición el cual fue resuelto por la administración mediante Resolución del No. 452 del 6 de octubre de 2015, confirmando en todas su partes la Resolución No. 122 del 26 de marzo de 2015.

3. NORMAS VULNERADAS.

En consideración del actor, fueron vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 29 y 209.

Ley 1437 de 2011: Inciso 1° y 3° del artículo 3, el 11, 12 y 42.

Código General del Proceso: artículos 142 y 143.

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora sostiene que las resoluciones acusadas vulneran el principio de imparcialidad y se encuentran falsamente motivadas, toda vez que no se le dio aplicación al artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, puesto que el Alcalde del Municipio de Providencia y Santa Catalina resolvió el incidente de recusación por sí mismo y no remitió el asunto a la Procuraduría Regional de San Andrés, para que resolviera la recusación.

Por lo que a su parecer, el Alcalde del Municipio de Providencia y Santa Catalina carecía de competencia para proferir las resoluciones acusadas, al estar incurso en una causal de recusación que, afirma, está debidamente demostrada.

Finalmente sostiene que, los actos enjuiciados se encuentran falsamente motivados en la medida que desconocieron en su parte resolutive tanto algunos hechos reales y ciertos que obran en el expediente, así como la prueba que acredita el incumplimiento del contrato por parte de la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina.

5. CONTESTACIÓN

El ente territorial solicita no acceder a la medida cautelar pretendida toda vez que *“a la fecha las resoluciones se encuentran ejecutoriadas y cumplieron lo que se resolvió en ellas y el hecho en que sigan vigentes no cambia en nada el derecho pretendido, máxime cuando son actos administrativos que se encuentran vigentes y en firmes, y que se adopte dicha medida no asegura el cumplimiento de la decisión que se adopte, por que el fallo en caso de ser favorable a las pretensiones del actor dejarían sin efecto las resoluciones que en estos momentos ya cumplieron todo lo contenido en ella”*.

Por lo anterior, asevera *“que en caso de que la sentencia fuera favorable a lo pretendido, la sentencia judicial no se transformaría en una ficción jurídica de complejo, ni imposible de cumplir, ya que se trata de actos administrativos que en caso de ser favorable a lo pedido, serían declarados nulos y durante el transcurso del tiempo que dure el objeto del litigio no desaparecería del mundo jurídico y no causaría ningún tipo de afectación al demandante.”*

6. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

Se pronuncia la Sala sobre la medida cautelar solicitada dentro del trámite del medio de control de controversias contractuales siendo de competencia del Tribunal Administrativo en primera instancia, en virtud de lo establecido en el numeral 3º del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011.

6.2. Problema jurídico.

Corresponde al Despacho en esta ocasión, analizar si hay lugar al decreto de la medida cautelar solicitada, respecto de la suspensión provisional de las resoluciones Nos. 122 del 26 de marzo de 2015 y 452 del 6 de octubre de 2015, con fundamento en los argumentos expuestos por el demandante que fundamentalmente señalan que se vulneró el principio de imparcialidad, se incurrió en falsa motivación y que se profirieron con carencia de competencia por haberse formulado una recusación que no fue debidamente tramitada, violándose también el debido proceso.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Sala procederá de la siguiente manera: (i) se presentarán consideraciones preliminares sobre las medidas cautelares, (ii) se hará el análisis de las disposiciones legales que establecen la procedencia de las medidas cautelares para la identificación de los requisitos necesarios para conceder la medida cautelar y, (iii) se efectuará el estudio de la suspensión provisional de actos administrativos y del caso concreto, con la finalidad de determinar si a la luz de los requisitos correspondientes, hay lugar o no a decretar la medida cautelar solicitada.

6.2.1. Consideraciones preliminares sobre las medidas cautelares

El legislador en la Ley 1437 de 2011, realizó un cambio significativo en la forma como venía concebida la medida de suspensión provisional en el antiguo Código Contencioso Administrativo-Decreto 01 de 1984, toda vez que, para la procedencia de la medida cautelar en la anterior legislación debía aparecer de manera protuberante y ostensible la infracción de la norma superior por el acto acusado.

Al respecto de los requisitos para la procedencia de la medida cautelar en una y otra fuente normativa, el Consejo de Estado enseña lo siguiente:

“En la vigencia del Decreto 01 de 1984 –Código Contencioso Administrativo-, el análisis que realizaba el Juez de la solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo, se limitaba a la fundamentación expuesta en la solicitud de decreto de la suspensión provisional –presentada bien en escrito separado o como un acápite de la demanda–, por lo que dejaba de lado los cargos o vicios esgrimidos en el libelo introductor en caso de que unos y otros fueran disímiles.

No obstante, esa situación no se mantuvo en la nueva regulación contenida en la Ley 1437 de 2011 –Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, toda vez que, de manera expresa, se dispuso que la medida sería procedente por la “violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado” (artículo 231), lo que supone la posibilidad de que el funcionario judicial acuda a lo expuesto en uno u otro documento, a efectos de establecer no sólo los vicios endilgados en los actos cuestionados, sino también las disposiciones legales o constitucionales que se aducen como desconocidas.

Todo, bajo el entendido de que la inclusión de la conjunción disyuntiva “o” indica la existencia de una alternativa entre dos o más supuestos, esto es, de una opción de elegibilidad, en este caso, respecto de la fundamentación o sustentación de la petición.

Por otra parte, uno de los criterios materiales que determinaban la procedencia de la medida cautelar en la legislación anterior correspondía a la manifiesta infracción de las normas invocadas como sustento de la respectiva petición, de modo que tal estudio no aparejaba, ni permitía, la realización de un análisis minucioso o detallado de los mandatos aducidos como vulnerados, ni del material probatorio allegado con la solicitud, puesto que el mismo se encontraba reservado para la sentencia que desatara el fondo del asunto.

De ahí que la jurisprudencia de esta Corporación haya sido enfática en afirmar que la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo estaba condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico fuera evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie, lo que se lograba mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocaban como transgredidas, en un proceso comparativo a doble columna, que no requería de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios.

La situación en la Ley 1437 de 2011 es diferente, ya que en la disposición que regula los presupuestos específicos de procedencia de la suspensión provisional no se calificó el nivel de la infracción, como sí lo hacía el Decreto 01 de 1984.

En efecto, en el artículo 231 ibídem, sólo se previó sobre el particular que “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 invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

34

Nótese, pues, que la norma carece de la calificación de la infracción. Luego, el análisis que deberá realizar el funcionario judicial no se circunscribe a la simple comparación normativa, puesto que si la norma no distinguió la entidad de la infracción, mal haría el intérprete en establecerla.

En síntesis, pese a la conservación de la medida de suspensión provisional, lo cierto es que varios de sus requisitos de procedencia fueron modificados, en lo que podría denominarse una especie de flexibilización, orientada a proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Se trata, en últimas, de dotar a las partes de mecanismos eficaces que le permitan la efectiva protección cautelar de sus derechos e intereses legítimos.”¹

6.2.2. Análisis de las disposiciones que establecen la procedencia de las medidas cautelares para la identificación de los requisitos necesarios para conceder la medida cautelar.

La suspensión provisional de los actos administrativos es de rango constitucional conforme a lo establecido en el artículo 238 de la Constitución Política, así:

“Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial.”

Tanto la doctrina como la jurisprudencia enseñan que la suspensión provisional de un acto administrativo es una medida cautelar que pretende la cesación temporal de los efectos del acto administrativo como una medida previa en el trámite del proceso contencioso administrativo, con el objeto de que el acto no surta sus efectos jurídicos hasta que se defina el litigio sobre su legalidad.

La Ley 1437 de 2011, consagra la procedencia y alcance de las medidas cautelares en los siguientes términos:

ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

¹ Consejo de Estado, sentencia del 28 de agosto de 2014 Radicado No. 11001-03-27-000-2014-00003-00(20731) Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

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:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Respecto a los requisitos para el decreto de las medidas cautelares, el artículo 231 del C.P.A.C.A., consagra lo 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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. 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.
4. 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.

De conformidad con las disposiciones ya referidas, para la procedencia de las medidas cautelares, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso declarativo, b) que sea a solicitud de parte, excepcionalmente podrá declararse oficiosamente cuando se trate de la protección de derechos fundamentales o colectivos y c) que tenga relación directa y necesaria con los hechos de la demanda.

Ahora bien, tratándose de la suspensión provisional de un acto administrativo y siguiendo lo dispuesto en el artículo 231 del C.P.A.C.A., esta procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud, 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.

6.2.3. Estudio del caso concreto.

La parte actora solicita la suspensión de las resoluciones. Nos. 122 del 26 de marzo de 2015 y 452 del 6 de octubre de 2015², proferidas por el Alcalde del Municipio de Providencia y Santa Catalina, Islas, por considerar, entre otras cosas, que dichos actos administrativos fueron expedidos sin competencia, por estar incurso el Alcalde en una causal de impedimento y haber sido recusado, y no haber dado el trámite al mismo conforme lo establecido en los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011.

Además, en consideración de la parte actora, dichos actos se encuentran falsamente motivados toda vez que desconocieron en su parte resolutive tanto algunos hechos reales y ciertos que obran en el expediente como son las pruebas

² Ver CD anexos de la demanda.

CONTROVERSIA CONTRACTUALES
DEMANDANTE: CONSORCIO INTERLOMAS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA
RAD. No. 88-001-23-33-000-2017-00066-00

que acreditan el incumplimiento del contrato por parte de la Alcaldía Municipal de Providencia y Santa Catalina.

El actor fundamenta su solicitud en las siguientes pruebas³:

1. Contrato de obra No. 498 del 9 de junio de 2014.
2. Comunicación del 17 de julio de 2014.
3. Comunicación el 23 de julio de 2014.
4. Acta de inicio de actividades del 25 de julio de 2014.
5. Acta de suspensión de No.1 del 25 de julio de 2014.
6. Acta de suspensión temporal de 14 de agosto de 2014.
7. Comunicación del 20 de agosto de 2014.
8. Comunicación del 19 de noviembre de 2014-novedades del buque Clara E.
9. Solicitud de suspensión de obras con base en comunicado OP005-025.
10. Comunicación del 21 de noviembre de 2014, en la cual se reitera la negativa de suspensión del contrato.
11. Comunicación del 26 de noviembre de 2014 en la cual se solicita la suspensión del contrato.
12. Comunicación del 1° de diciembre de 2014.
13. Comunicación del 09 de diciembre de 2014.
14. Comunicación del 12 de diciembre de 2014.
15. Oficio del 15 de diciembre de 2014 en el cual se indica las novedades de la embarcación Clara E.
16. Oficio OP 005-0045 16-12-2014.
17. Copia de derecho de petición de Ministerio de Justicia de 17 de diciembre de 2014.
18. Solicitud de liquidación mutuo acuerdo del 19 de diciembre de 2014.
19. Respuesta de derecho de petición OFI14-0029542-DMA-2100.
20. Comunicación del 22 de diciembre de 2014.
21. Derecho de petición del 02-01-2015.
22. Respuesta de derecho de petición estado de convenio 270-2013 de fecha 21 de enero de 2015.
23. Comunicación con respuesta oficio ministerio de justicia del 21 de enero de 2015.
24. Citación audiencia PAS del 18 de febrero de 2015.

³ Ver CD visible a folio 1 del cuaderno principal.

- 25. Acta de audiencia PAS contrato 498-2014 del 10 de marzo de 2015.
- 26. Acta de audiencia del 25 de marzo de 2014.
- 27. Recurso de reposición auto niega pruebas.
- 28. Resolución 452 del 06 de octubre de 2015.
- 29. Certificación de gastos de ejecución.

Una vez analizados los documentos allegados y la solicitud impetrada por el actor, observa la Sala que en el acta de audiencia de actuación administrativa por posible incumplimiento del contrato No. 498 del 9 de junio de 2014, llevada a cabo el día 10 de marzo de 2015, se consignó que el contratista presentó solicitud de recusación. Igualmente, se constata en el acta de continuación de audiencia administrativa por posible incumplimiento del contrato No. 498 del 9 de junio de 2014, realizada el 25 de marzo de 2015, que se resolvió la solicitud de recusación impetrada en los siguientes términos:

"2) Respuesta solicitud de Recusación

En cuanto a las causales, oportunidad, procedencia de la recusación, rechazo de plano y aspectos probatorios, el Código General del Proceso determina:

"ARTÍCULO 142. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DE LA RECUSACIÓN. Podrá formularse la recusación en cualquier momento del proceso, de la ejecución de la sentencia, de la complementación de la condena en concreto o de la actuación para practicar pruebas o medidas cautelares extraprocesales.

No podrá recusar quien sin formular la recusación haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido su conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano".

Para el efecto el contratista CONSORCIO INTERLOMAS, ha realizado gestiones dentro del proceso administrativo previas a la solicitud de recusación, esto se puede verificar en las reuniones que se han adelantado en la entidad, en las que ha participado funcionario de la entidad como el secretario de Infraestructura y SSPP, el ordenador del gasto, Arturo Robinson, el Interventor del Contrato Jefferson Peterson Hooker. Por lo cual no procedente (sic) la recusación alegada por haber precluido la oportunidad para formularla.

Sobre la formulación y trámite de la recusación el artículo 143 del Código General del Proceso determina:

Artículo 143. Formulación y trámite de la recusación.

“... La recusación se propondrá ante el juez del conocimiento o el magistrado ponente, con expresión de la causal alegada, de los hechos en que se fundamente y de las pruebas que se pretenda hacer valer.”

El Contratista recusa al Alcalde invocando la causal del numeral 12 del artículo 141 de la ley 1564 de 2012, que consagra: “... 12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materiales del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo...”

Al respecto vale la pena aclarar que cuando la causa se refiere a que el juez emita consejo o concepto fuera de actuación judicial, comprende que ha realizado un juicio, deducción, un razonamiento, esto es una opinión o un concepto fundado en el análisis o apreciación de elementos jurídicos que va considerar el objeto y contenido de una actuación administrativa.

En síntesis dicha opinión implica un proceso especial de análisis de los elementos y la modalidad de incumplimiento que se está estudiando en una actuación administrativa, deducidos de las pruebas allegadas y avances del proceso que conllevan a la conclusión irrevocable de una futura decisión motivada mediante un acto administrativo.

En el presente caso no fueran (sic) allegadas pruebas que conllevan a deducir que el representante legal Arturo Arnulfo Robinson Dawkins de la entidad ha efectuado una nítida opinión con las circunstancias anteriormente mencionadas sobre los hechos y las decisiones del proceso administrativo sancionatorio que aquí nos ocupa.

En consecuencia se Rechaza de Plano la solicitud de recusación efectuada por la Contratista CONSORCIO INTERLOMAS.

Contra la anterior decisión no procede recurso alguno.”

Respecto de la anterior decisión, la Sala debe realizar las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, es menester tener en consideración que el tema de impedimentos y recusaciones en el ejercicio de la función administrativa, se encuentra regulado en la parte primera título I capítulo II de la Ley 1437 de 2011, disponiendo el artículo 11 las causales de impedimentos y recusaciones, mientras que el artículo 12 establece el trámite de aquéllos, trámite especial con la finalidad de observar la garantía de imparcialidad que la que la administración está obligada a procurar.

En este orden, se tiene que la Ley 1437 de 2011, respecto al trámite de los impedimentos y recusaciones presentados contra autoridades nacionales o departamentales estableció lo siguiente:

“Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario *ad hoc*. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo”(Subrayas de la Sala)

Conforme a la disposición citada, es claro que para el trámite de la recusación que se presenta en el curso de una actuación administrativa la autoridad recusada debe: (i) manifestar si acepta o no la recusación presentada y, (ii) remitir al superior o al Procurador General Nacional o al Procurador Regional, según sea el caso, la solicitud contentiva de la recusación, que decidirá de plano la solicitud impetrada.

En este orden, la norma consagra de manera explícita un trámite que las autoridades están obligadas acatar, enfatizando que a diferencia de lo que acontecía con la normatividad anterior (Decreto 01 de 1984), la Ley 1437 de 2011 reguló lo concerniente al trámite de los impedimentos y recusaciones tanto en la actuación administrativa como en la actuación judicial, por lo cual en virtud del principio de especialidad, la administración está en la obligación de dar cumplimiento a lo consagrado en la norma especial.

Ahora bien, realizando una confrontación entre la norma acusada como vulnerada - artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 - y los actos acusados, observa la Sala prima facie que el trámite llevado a cabo por el Alcalde encargado del Municipio de Providencia, no atendió las disposiciones legales que lo sujetaban, puesto que dio aplicación a las normas del Código General del Proceso⁴, obviando las normas especiales que el legislador consagró para la actuación administrativa, las cuales estaba llamado a cumplir.

Esa omisión se concretó en que la autoridad administrativa, en este caso, el Alcalde no manifestó si aceptaba o no la recusación presentada, ni tampoco remitió dentro del término legal la solicitud al señor Gobernador del Departamento Archipiélago o en su defecto, al Procurador Regional de esta entidad territorial para que se surtiera el trámite que el legislador estableció para resolver los impedimentos y recusaciones, probándose así uno de los supuesto que señala la norma para la declaratoria de la suspensión de un acto administrativo.

Ahora bien, respecto a la manifestación de la entidad de haber precluido la oportunidad para formular la recusación presentada, considera la Sala que no es de recibo, toda vez que es precisamente en la audiencia administrativa por posible incumplimiento convocada por la entidad, la oportunidad procesal para presentar la solicitud de recusación, y no puede ser otro el momento, puesto que es en dicha diligencia donde se da el inicio del debate sancionatorio en sede administrativa, situación que aconteció en el caso en estudio, puesto que conforme con las pruebas allegadas en la respectiva acta quedó plasmada tanto la presentación de la solicitud como su posterior resolución.

⁴ **ARTÍCULO 1o. OBJETO.** Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto, no estén regulados expresamente en otras leyes.

CONTROVERSIA CONTRACTUALES
DEMANDANTE: CONSORCIO INTERLOMAS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA
RAD. No. 88-001-23-33-000-2017-00066-00

En conclusión, considera la Sala que se cumplen los elementos necesarios para acceder a la medida cautelar pretendida y en consecuencia, se decretará la suspensión de los efectos de las Resoluciones Nos.122 del 26 de marzo de 2015 y 452 del 6 de octubre de 2015, proferidas por la Alcaldía del Municipio de Providencia y Santa Catalina, conforme a las consideraciones precedentes.

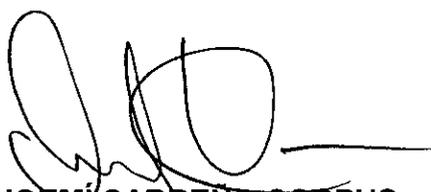
En virtud de lo establecido en el artículo 232 de la Ley 1437 de 2011, no se requiere caución por tratarse de la suspensión de los efectos de actos administrativos.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA,**

RESUELVE:

PRIMERO: DECRETÁSE la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones Nos.122 del 26 de marzo de 2015 y 452 del 6 de octubre de 2015, proferidas por la Alcaldía del Municipio de Providencia y Santa Catalina, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

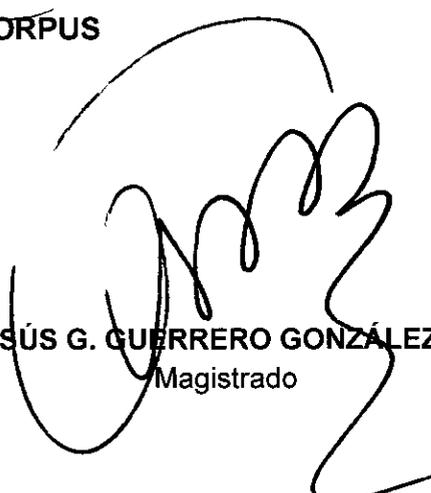
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NOEMI CARRENO CORPUS

Magistrada

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado
(Ausente con permiso)



JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado