

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Apelación auto que decretó medida cautelar / MEDIDA CAUTELAR EN PROCESO DECLARATIVO - Inscripción de la demanda en folios de matrícula inmobiliaria de bien, propiedad del demandado / MEDIDA CAUTELAR – No decretar la inscripción de la demanda conllevaría a tener inocua una eventual condena

En lo alusivo a la exigencia de presentar los fundamentos que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que decretarla, se advierte que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios como acueducto, alcantarillado, aseo, entre otros, la cual está constituida como sociedad por acciones de orden departamental, en los términos del artículo 17 de la Ley 142 de 1994; y que las demandadas integrantes del consorcio privado - Consorcio Acueducto Regional se encuentran tres en liquidación judicial y la restante en reorganización empresarial. En ese sentido, se concluye que sería más gravoso para el interés general negar las medidas cautelares que decretarlas, habida cuenta de que éstas van encaminadas a prevenir una eventual insolvencia de las demandadas, y en consecuencia tutelar el erario público. (...) frente al requisito de que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o los efectos de la sentencia serían nugatorios, también se comparte lo estimado por el a quo, ya que al no decretarse la inscripción de la demanda solicitada, se podría tener inocua una eventual condena, ya que no se llevaría a cabo el pretendido resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato por la insolvencia de la parte demandada.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 17

MEDIDAS CAUTELARES – Contenido y alcance / MEDIDAS CAUTELARES – Requisitos / MEDIDAS CAUTELARES - Garantía legal de protección temporal e instantánea de la posición jurídica del actor en el proceso contencioso administrativo / MEDIDAS CAUTELARES - Pueden ser decretadas con antelación a la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier etapa procesal en procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción contenciosa / DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES - Requisitos para su procedencia / MEDIDAS CAUTELARES - Su decreto no puede generar una afectación de los derechos fundamentales mínimos del ciudadano

La ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) dispuso en su artículo 129 que las medidas cautelares podrán ser decretadas previo a la notificación del auto admisorio o en cualquier etapa procesal en los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción contenciosa. Así mismo, en el artículo 230 de la citada codificación se estableció el contenido y alcance de las mismas. (...) El artículo 231 ibídem, por su parte, reguló los requisitos necesarios para el decreto de las medidas cautelares, estableciendo principalmente los siguientes: que la demanda esté fundada razonadamente en derecho; que el actor haya demostrado la titularidad del derecho o de los derechos invocados así sea sumariamente; que el demandante haya presentado documentos, justificaciones, etc., que permitan concluir mediante ponderación de intereses que resultaría más dañino para el interés general no conceder la medida cautelar que decretarla; y que además al no otorgarse la misma se irrogue un perjuicio irremediable o que hayan motivos que permitan inferir que de no otorgarse la sentencia podría tener efectos nugatorios. (...) las medidas cautelares consisten en una garantía legal para que las personas que acudan a la administración de justicia tengan una protección temporal e instantánea de su

posición jurídica en el proceso adelantado ante la jurisdicción contenciosa, y que buscan evitar que su duración ocasione una afectación a quien haya acudido a la misma. (...) De acuerdo con la posición de la Corte Constitucional, se resalta que las medidas cautelares, si bien van encaminadas a garantizar que se cancele una obligación, el decreto de las mismas no deben afectar derechos fundamentales mínimos del ciudadano. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la finalidad, procedencia y consecuencias de las medidas cautelares, consultar sentencia de 5 de agosto de 2004, Rad. 2004-0118, MP. María Elena Giraldo Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 230 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 231

CADUCIDAD DEL CONTRATO - Cláusula excepcional mediante la cual la administración termina el contrato a título de sanción contra el contratista incumplido / CADUCIDAD DEL CONTRATO - Solo puede ser declarada dentro de su término de ejecución y siempre que este se encuentre en vigencia

La jurisprudencia a que hace alusión la Sala de Consulta y de Servicio Civil de esta Corporación abordó el tema del plazo de ejecutoria y de vigencia al indicar que la caducidad del contrato solo podrá ser declarada dentro del término de ejecución del contrato y siempre que este se encuentre en vigencia, de lo que se desprende que una vez haya expirado ese término no habrá la posibilidad de decretarse la caducidad del negocio celebrado entre las partes. La caducidad del contrato la ha definido la doctrina como la cláusula excepcional mediante la cual la administración termina el contrato como título de sanción impuesta al contratista por haber incumplido sus obligaciones que alteran de forma severa la ejecución del negocio jurídico bilateral y quede en evidencia la posibilidad de conducir a su paralización.

VIGENCIA DEL CONTRATO - Fue modificada por las partes mediante cláusula que adicionó tiempo de duración / LIQUIDACION DE CONTRATO - Puede realizarse de común acuerdo dentro de los dos meses siguientes a la finalización del contrato o dentro de los cuatro meses siguientes al mismo evento cuando no se logre bilateralmente

Se colige que en los contratos objeto de liquidación y en los que esta no se haya logrado de manera bilateral o no se efectúe unilateralmente por la administración, una vez se cumpla el término de dos meses siguientes al vencimiento del plazo estipulado para hacerlo de común acuerdo, o en el decurso de los cuatro meses posteriores al vencimiento del contrato o a que se profiera el acto que lo ordene o del acuerdo que la contemple, se empezará a contar el término de dos (2) años para presentar la demanda, so pena de que opere la caducidad del medio de control. (...) discrepa la Sala del argumento señalado por el apelante quien sostuvo que la caducidad del medio de control debió contarse a partir del plazo de ejecución del contrato, sino que a contrario sensu, la oportunidad para interponer la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales debió contabilizarse a partir de su finalización, toda vez que las partes en ejercicio de su autonomía contractual habían acordado expresamente en la cláusula octava que la vigencia del negocio jurídico bilateral celebrado se extendía por cuatro (4) meses más de la culminación del término de ejecución.

CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Dos años contados a partir del vencimiento del término dispuesto por ley para liquidar el contrato de común acuerdo o unilateralmente / CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - No operó

por no haber transcurrido más de dos años desde la fecha límite dada a las partes para liquidar el contrato, y la presentación de la demanda

Al fenecer el contrato el 31 de abril de 2011, a partir del día siguiente inició el término de cuatro (4) meses que tenían las partes para liquidar el contrato de común acuerdo y caso seguido los dos (2) para que la administración realizara la liquidación unilateral, finiquitando el primero el 1 de agosto de 2011 y el segundo el 2 de octubre de la misma anualidad. Por lo tanto, a partir del 3 de octubre de 2011, comenzó a contar el término para interponer la demanda, finiquitando este el 3 de octubre de 2013. Así las cosas, al presentarse la demanda el 12 de septiembre de 2013, deduce la Sala que no operó la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

CLAUSULA PENAL - Excluye la indemnización de perjuicios por disposición legal, excepto si las partes estipulan su concurrencia de manera explícita / CLAUSULA PENAL - No excluyó indemnización de perjuicios solicitados en proceso contencioso por quedar así estipulado en cláusula contractual suscrita por las partes

El artículo 1600 del Código Civil dispuso expresamente que no habrá lugar a solicitar la indemnización de perjuicios al mismo tiempo que la pena, salvo que así se haya estipulado de manera explícita. (...) La Sala no comparte la apreciación hecha por el apelante, en virtud de que expresamente en la cláusula 15 del contrato se pactó la posibilidad de cobrar la indemnización de perjuicios con la cláusula penal, es decir, se estipuló manifiestamente la excepción a la prohibición contenida en el citado artículo 1600 del Código Civil. En ese sentido, al haberse convenido lo anterior de manera clara en el contrato, quedan atadas las partes a cumplir con lo acordado, en el caso sub judice, a la compatibilidad de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con los efectos y alcances de la cláusula penal, consultar auto de 16 de agosto de 2012, Exp. 39702, MP. Hernán Andrade Rincón.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1600

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01618-01(51999)

Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA

Demandado: CONSORCIO ACUEDUCTO REGIONAL

**Referencia: APELACION AUTO DE MEDIDA CAUTELAR LEY 1437 DE 2011 -
MEDIO DE CONTROL CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Decide la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada sociedad H & H Arquitectura S.A, contra el auto proferido el veintidós (22) de mayo de dos mil catorce (2014), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, por medio del cual se decretó una medida cautelar¹.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., a través de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda el doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013), contra H & H Arquitectura S.A. y las otras personas jurídicas integrantes del Consorcio Acueducto Regional, con el fin de que se declaren las siguientes pretensiones:

1. DECLARACIONES

“PRIMERA. *Que los integrantes del CONSORCIO ACUEDUCTO REGIONAL: (i) H & H ARQUITECTURA S.A., (ii) GAS KPITAL GR S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, (iii) MNV S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y (iv) AGUAS DEL ALTO DE MAGDALENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, en su condición de miembros del CONSORCIO contratista del Contrato de Obra Pública SOP-A E.S.P. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, en su condición de miembros del CONSORCIO contratista del Contrato de Obra Pública SOP-A No. 247 de 2007, incumplieron el precitado contrato celebrado con el Departamento de Cundinamarca como contratante, posición contractual cedida por el Departamento de Cundinamarca a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A ESP.*

¹Folios 101 a 104 del cuaderno principal.

SEGUNDA. Que el incumplimiento del contrato de Obra SOP-A No. 247 de 2007 por los integrantes del contratista CONSORCIO ACUEDUCTO REGIONAL: (i) la sociedad H & H ARQUITECTURA S.A., (ii) GAS KPITAL GR S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, (iii) MNV S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y (iv) AGUAS DEL ALTO DE MAGDALENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL causó perjuicios a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A ESP, estimados a agosto 30 de 2013, en la suma de OCHO MIL CIENTO VEINTIOCHO MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS CON VEINTIÚN CENTAVOS M/CTE (\$ 8.128.167.898,21) por concepto de: (i) MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON QUINCE CENTAVOS M/CTE (\$ 1.760.208.664,15), por los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales referentes a la ejecución de las obras del Proyecto “Acueducto REGIONAL Fruticas Fase II”, en razón a que la tubería instalada no cumplió con las normas RAS-2000 y se debe adelantar nuevamente la construcción de las obras, (ii) CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON OCHO CENTAVOS M/CTE. (\$ 5.765.872.723,08) por los perjuicios causados por la no realización por el CONSORCIO CONTRATISTA de la prueba hidráulica de la tubería instalada en el Proyecto “Acueducto Regional La Mesa – Anapoima” y por no cumplir la tubería con las especificaciones de las normas técnicas estipuladas en el Contrato de Obra, y (iii) SEISCIENTOS DOS MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS MCTE (602.086.510,98) correspondiente al valor de la contratación de una nueva interventoría para las obras pendientes de ejecutar.

TERCERA. Que los integrantes del CONSORCIO ACUEDUCTO REGIONAL, consorciados H & H ARQUITECTURA S.A., GAS KPITAL GR S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, MNV S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y AGUAS DEL ALTO DE MAGDALENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, deben pagar solidariamente a EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP los perjuicios causados por el incumplimiento del Contrato de Obra No. SOP-A 247 de 2007.

CUARTA. Que se liquide el Contrato de Obra Pública No. SOP-A 247 de 2007, de acuerdo con el dictamen pericial que para tal efecto se realice.

2. CONDENAS

PRIMERA. Que los consorciados H & H ARQUITECTURA S.A., GAS KPITAL GR S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, MNV S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y AGUAS DEL ALTO DE MAGDALENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, deben pagar solidariamente a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP, la suma de (i) MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON QUINCE CENTAVOS M/CTE (\$ 1.760.208.664,45), por los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales referentes a la ejecución de las obras del Proyecto “Acueducto Regional Fruticas Fase II”, en razón a que la tubería instalada no cumplió con las normas RAS-2000 y por lo tanto se debe adelantar nuevamente la construcción de las obras.

SEGUNDA. Que los consorciados H & H ARQUITECTURA S.A., GAS KPITAL GR S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, MNV S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y AGUAS DEL ALTO DE MAGDALENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, deben pagar solidariamente a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP, la suma de (ii) CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON OCHO CENTAVOS M/CTE. (\$ 5.765.872.723,08) por concepto de la no realización por parte del CONSORCIO CONTRATISTA de la prueba hidráulica de la tubería instalada en el frente de obra “La Mesa Anapoima” y por no cumplir la tubería con las especificaciones de las normas técnicas estipuladas en el Contrato de Obra Pública No. SOP- A 247 de 2007.

TERCERA. Que los consorciados H & H ARQUITECTURA S.A., GAS KPITAL GR S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, MNV S.A. EN EN (sic) LIQUIDACIÓN JUDICIAL, y AGUAS DEL ALTO DE MAGDALENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, deben pagar solidariamente a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP, la suma de SEISCIENTOS DOS MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS M/CTE (\$ 602.086.510,98) correspondiente al valor de la contratación de una nueva interventoría para las obras pendientes de ejecutar por el contratista del Contrato de Obra SOP-A No. 247 de 2007.

CUARTA. *Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.*

QUINTA. *Que todas las sumas objeto de condena se actualicen tomando como base el índice de precios al consumidor.*

SEXTA. *Que se ordene que los pagos se efectúen en la oportunidad prevista en el ordenamiento jurídico.”*

En el mismo escrito de presentación de la demanda, la parte actora realizó solicitud de medidas cautelares, de conformidad a lo preceptuado en el literal b) del numeral 1º del artículo 590 del Código General del Proceso² y en el inciso tercero del artículo 613 *ibídem*³. Con fundamento en las anteriores normas, solicitó la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla de los siguientes folios de matrícula inmobiliaria que son propiedad de H & H Arquitectura S.A.:

- Matrícula inmobiliaria No. 040-54831 ubicado en el municipio de Barranquilla, dirección: carrera 49B No. 76-186.
- Matrícula inmobiliaria No. 040-91344, ubicado en el municipio de Barranquilla, dirección: carrera 49 No. 76-219.
- Matrícula inmobiliaria No. 040-91427, ubicado en el municipio de Barranquilla, dirección: carrera 58 No. 79.109.

Indicó la parte actora que en el *sub lite* se dan los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en razón a que hubo un incumplimiento del Contrato de Obra No. SOP-A 247 de 2007, el cual fue declarado a través de actos administrativos proferidos por las Empresas Públicas de Cundinamarca; que a su vez le ha causado un daño demostrado por el documento de estimación de

² **ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS.** En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

(...)

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual

³ Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso.

perjuicios arrimado; y que sería más gravoso para el interés general no decretar las medidas cautelares solicitadas, en virtud de que tres (3) de las demandadas integrantes del Consorcio Acueducto Regional se encuentran en liquidación judicial, y la sociedad H & H Arquitectura S.A., está en un proceso de reorganización empresarial en los términos de la Ley 1106 de 2006, procesos en los cuales los activos son insuficientes para cancelar los pasivos de la liquidación.

El veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013)⁴, el Tribunal de origen profirió auto admisorio de la demanda, y ordenó correr traslado a los integrantes del CONSORCIO ACUEDUCTO REGIONAL, de la solicitud de medida cautelar formulada en el escrito de demanda.

El veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013)⁵, el apoderado de la sociedad H & H Arquitectura S.A., describió el traslado de la anterior solicitud y sostuvo que la misma era improcedente al no configurarse los presupuestos establecidos por los artículos 230 y 231 de la Ley 1437 de 2011, en razón a que esta no guarda relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, comoquiera que los inmuebles sobre los cuales se pretende cautelar no se relacionan con las pretensiones de la demanda, y ni siquiera el actor justificó la conexidad de las medidas cautelares con las súplicas de la misma ni explica su necesidad. A su turno, resaltó la improcedencia por no cumplirse con los requisitos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, ya que la demanda de la referencia no está fundada en derecho, en virtud de que la parte actora lo que pretende es una rotunda afrenta al artículo 1600 del Código Civil, ya que en el contrato a pesar de referirse en la Cláusula Décima Quinta a la posibilidad de acumularse la pena con la indemnización de perjuicios, la entidad ya había declarado y cobrado la indemnización de perjuicios pactada en el contrato, pretendiendo ahora cobrar dos veces la indemnización.

2. El auto impugnado.

El veintidós (22) de mayo de dos mil catorce (2014)⁶, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, procedió a decretar las medidas cautelares solicitadas por la parte demandante, habida

⁴ Folios 98 a 100 del cuaderno principal.

⁵ Folios 89 a 97 del cuaderno principal.

⁶ Folios 101 a 104 del cuaderno principal.

cuenta de que se encontró probado en el proceso los requisitos dispuestos por el ordenamiento contencioso administrativo para que se accediera a las mismas.

Coligió el *a quo* que la demanda estaba debidamente fundada, ya que la misma se había admitido teniendo en cuenta los requisitos establecidos en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, y las pretensiones habían sido debidamente sustentadas por la parte actora, sin que eso signifique prejuzgamiento.

En cuanto a que se haya demostrado sumariamente la titularidad del derecho invocado, evidenció la Sala que se aportó copia auténtica del contrato de obra pública SOP-A nro. 247 de 27 de agosto de 2007, entre otros documentos, de los cuales se permite inferir que la parte actora se encontraba legitimada para solicitar la declaración del incumplimiento del contrato por parte de las demandadas, y en consecuencia, era la titular del derecho invocado.

Frente a la exigencia de presentar documentos y argumentos que permitan inferir que resultaría más gravoso para el interés general negar la medida cautelar que decretarla, se concluyó que al ser la parte actora una sociedad de carácter oficial con participación de capital público, resultaría más dañino para el interés público negar la referida solicitud que decretarla, toda vez que tres de los demandados se encontraban en liquidación judicial y la otra sociedad se encontraba en reorganización empresarial, y en ese sentido se buscaba evitar la posible insolvencia de los mismos.

A su turno, en lo que toca a la observancia de que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que la sentencia tenga efectos nugatorios, se consideró que al no conceder la citada solicitud se tornaría inocua una eventual condena, ya que las demandadas tendrían una imposibilidad fáctica de pagar las sumas pretendidas.

Finalmente, al ser la parte actora una sociedad anónima constituida por el Departamento de Cundinamarca de conformidad al artículo 182 de la Ley 142 de 1994, se resaltó que no estaba obligada a prestar caución.

En ese sentido, se ordenó decretar como medida cautelar la inscripción de la demanda en los folios de matrícula inmobiliaria referidos y que por Secretaría de la

Sección se oficie a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla para que proceda a realizar dicha inscripción.

3. **El Recurso de apelación.**

El treinta (30) de mayo de dos mil catorce (2014),⁷ la parte demandada H & H Arquitectura S.A., interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, solicitando que el mismo sea revocado.

En el escrito de sustentación de la alzada, la recurrente destacó que el Tribunal no se pronunció respecto de los argumentos señalados en el escrito en que se describió traslado de la solicitud de medidas cautelares, y reiteró los mismos. Indicó que el *a quo* no procedió a realizar el estudio necesario para proceder a admitir la demanda, ya que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad, y señaló que tampoco se precisó el medio de control instaurado. Iteró que la parte demandante acudió a un argumento alusivo a la protección del interés público, el cual no se encuentra cobijado dentro de las exigencias de la norma.

A su turno, el cuatro (4) de junio de dos mil catorce (2014)⁸ la parte demandada presentó escrito de contestación de la demanda, en el cual se opuso a algunos hechos y a las pretensiones de la misma. Excepcionó la caducidad del medio de control, toda vez que si bien el trece (13) de abril de dos mil once (2011) se extendió el plazo de vigencia, a partir del trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010) empezó a correr el término para interponer la demanda, debido a que en esa fecha venció el plazo de ejecución del contrato. En ese sentido, adujo que en cuanto a la pretensión de liquidación judicial del contrato, al tener la fecha anteriormente señalada como aquella en la que terminó el mismo, de conformidad con el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, tendrían las partes cuatro (4) meses para realizar la liquidación bilateral, dos (2) para la liquidación unilateral y dos años para la liquidación, por lo tanto, hasta el trece (13) de junio de dos mil trece (2013) se podía presentar la demanda, y comoquiera que la misma se interpuso el doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013) la misma había caducado. De igual manera se fundamentó en la contestación de la demanda la caducidad del medio de control para las restantes pretensiones.

⁷ Folios 105 a 113 del cuaderno principal.

⁸ Folios 114 a 161 del cuaderno principal.

Por otra parte, en el escrito se señaló la improcedencia de la declaratoria de incumplimiento por violación del principio *non bis in ídem*, la acumulación indebida de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios, la improcedencia de las pretensiones por ser contrarias a la buena fe contractual del respeto al acto propio, y la inexistencia del perjuicio indemnizable.

II. CONSIDERACIONES

1. Régimen de Transición.

La Sala observa que la demanda fue presentada con posterioridad al dos (02) de julio de dos mil doce (2012) ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo tanto la norma aplicable al *sub lite* es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), normativa que derogó expresamente en su artículo 309, el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

En efecto, el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011⁹, establece:

“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.”

2. Competencia.

La Sala es competente para decidir el recurso interpuesto, por tratarse del auto que decretó unas medidas cautelares en un proceso de controversias

⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

contractuales con vocación de doble instancia, según lo dispuesto en los artículos 125¹⁰ y 243 numeral segundo¹¹ de la ley 1437 de 2011.

3. Caso concreto.

Se tiene que lo pretendido por la parte demandada, es que se revoque la medida cautelar decretada consistente en la inscripción de la demanda de la referencia en los folios de matrícula inmobiliaria Nro. 040-54831, 040-91344 y 040-91427, ubicados en la ciudad de Barranquilla y propiedad de la demandada H & H Arquitectura S.A., y se niegue la misma.

La Sala procede a determinar si en el *sub lite*, las medidas cautelares decretadas por el *a quo* en proveído del 22 de mayo de 2014 reunieron las condiciones necesarias para acceder a su decreto.

*“Las medidas cautelares tienen como fundamento asegurar la eficacia de los efectos de la sentencia, para evitar que ella resulte infructuosa para el demandante triunfador en el proceso. En efecto, si en un proceso ejecutivo el demandante logra la práctica de medidas cautelares como el embargo y secuestro de bienes, al obtener sentencia favorable podrá rematar dichos bienes, asegurando así los efectos de la sentencia y el pago de su crédito. Si esto no ocurriera su derecho y la misma sentencia se verían frustrados.”*¹²

También ha definido la doctrina contenciosa administrativa a la procedencia de las medidas cautelares así:

¹⁰**Artículo 125. De la expedición de providencias.** Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica.

¹¹**Artículo 243. Apelación.** Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos: (...)

2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

(...)

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

¹² Manual de Derecho Procesal Civil, Parte General, Conforme con el Código General del Proceso de Luis Jaime Osorio Rincón

“Para hablar de las medidas cautelares, es menester orientar sobre el concepto de las medidas cautelares y al efecto puede expresarse que son facultades legales, que tienen los jueces dentro de una jurisdicción, fundamentados en una naturaleza preventiva y provisional de decretar una orden de aseguramiento que puede ser ordenada de oficio o a solicitud de parte, para garantizar la tutela de un derecho. Así las cosas, en el caso del derecho procesal administrativo nos preguntamos ¿cuándo un juez o un magistrado ponente, puede decretar una medida cautelar? Al respecto, en todos los procesos declarativos que se adelantan 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, puede el juez o magistrado ponente, decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias en orden a proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia como acto jurisdiccional de conformidad con lo establecido en la Ley 1437 del año 2011.”¹³

La ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) dispuso en su artículo 129¹⁴ que las medidas cautelares podrán ser decretadas previo a la notificación del auto admisorio o en cualquier etapa procesal en los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción contenciosa. Así mismo, en el artículo 230 de la citada codificación se estableció el contenido y alcance de las mismas, así:

“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:

¹³ Comentarios al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Jorge Pérez Villa

¹⁴ **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.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

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.”

El artículo 231 *ibídem*¹⁵, por su parte, reguló los requisitos necesarios para el decreto de las medidas cautelares, estableciendo principalmente los siguientes: que la demanda esté fundada razonadamente en derecho; que el actor haya demostrado la titularidad del derecho o de los derechos invocados así sea sumariamente; que el demandante haya presentado documentos, justificaciones, etc., que permitan concluir mediante ponderación de intereses que resultaría más dañino para el interés general no conceder la medida cautelar que decretarla; y que además al no otorgarse la misma se irroge un perjuicio irremediable o que hayan motivos que permitan inferir que de no otorgarse la sentencia podría tener efectos nugatorios.

Así las cosas, es pertinente traer a colación los pronunciamientos que ha tenido esta Corporación respecto al tema objeto de estudio. En efecto, en el año 2004, la Sección Tercera concluyó:

*“Desde la generalidad, las medidas de cautelares (sic) se definen por su finalidad aseguradora de una futura ejecución forzada, de manera que se derivan las siguientes consecuencias: a) el proceso cautelar no es independiente, ni respecto del proceso de declaración, ni del de ejecución; b) la medida cautelar nunca pueda adelantar íntegramente el contenido de la condena, y, simultáneamente, c) las medidas cautelares serán homogéneas pero nunca idénticas a la medida ejecutiva de que se trate. Pero además las medidas cautelares pueden ser de **“justicia o tutela cautelar”**, que son un género añadido al de la tutela declarativa y ejecutiva.¹⁶*

¹⁵ **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.

¹⁶ Teresa ARMENTA Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 512.

La doctrina en cita agrega que la instrumentalidad, la idoneidad, la proporcionalidad y la variabilidad, son aspectos que definen el núcleo esencial de las medidas cautelares, que las diferencian de otras instituciones: La instrumentalidad alude a que las medidas cautelares existen por estar pendiente un proceso y dejan de tener razón de ser cuando éste finaliza; la idoneidad versa sobre la adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable, es decir que la medida ha de corresponderse con el objeto del proceso incoado o que se incoará; la proporcionalidad corresponde al mínimo sacrificio de los derechos del demandado, y por lo mismo, si son varias las medidas que se pueden acordar, debe adoptarse la menos perjudicial, e incluso, si las circunstancias varían, deberá modificarse por una menos gravosa; y la 'variabilidad' atañe con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento.”¹⁷

En pronunciamientos más recientes se sostuvo:

“El artículo 229 y siguientes del CPAyCA (sic) instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del artículo 229, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia, en la terminología acuñada por la jurisprudencia constitucional al amparo de los artículo 29 y 228 de la Constitución¹⁸, así como el derecho a un recurso judicial efectivo, de acuerdo a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación y alcance conforme a lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto del 5 de agosto de 2004, radicación Nro. 70001-23-31-000-2004-0118-01 (AP), CONSEJERA PONENTE MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

¹⁸ Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

¹⁹ “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*.

judicial produzca una afectación para quien acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtenerse una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido; pues al decir de Chiovenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”²⁰.

El anterior aserto se sustenta en el hecho según el cual a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata y de diversas formas una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública frente a ella, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar “se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.”²¹.²²

De conformidad con los anteriores preceptos jurisprudenciales, se colige que las medidas cautelares consisten en una garantía legal para que las personas que acudan a la administración de justicia tengan una protección temporal e instantánea de su posición jurídica en el proceso adelantado ante la jurisdicción contenciosa, y que buscan evitar que su duración ocasione una afectación a quien haya acudido a la misma.

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.” . Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

²¹ SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Auto del 17 de junio de 2014, Radicación Nro. 11001-03-26-000-2013-00115-00, Nro. Interno 48184, CONSEJERO PONENTE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Volviendo al caso en concreto, se encuentra que las medidas cautelares decretadas en el auto impugnado consistieron en la inscripción de la demanda de la referencia en tres folios de matrículas inmobiliarias ubicados en la ciudad de Barranquilla, cuyo propietario es H & H Arquitectura S.A., integrante del Consorcio Acueducto Regional, demandado en el *sub lite*.

“La finalidad de la medida es poner de manifiesto la existencia del gravamen, con el fin de que cualquier otro gravamen o traspaso que se realice sobre el bien, posterior al registro de la medida respetará los derechos del demandante si este obtiene decisión favorable.”²³

Esta medida cautelar está regulada en el Código General del Proceso por el inciso primero del literal b) del numeral 1º del artículo 590 *ibídem*, el cual dispuso en su tenor literal lo siguiente:

“ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. *En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:*

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares

(...)

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.”

De igual manera, como concluyó el *a quo*, la norma citada anteriormente es aplicable a esta jurisdicción y en consecuencia al caso *sub examine*, de conformidad a la remisión expresa del inciso tercero del artículo 613 de la mencionada codificación, en el que se prescribió:

“Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso.”

²³ Las Medidas Cautelares en el Nuevo Código General del Proceso de Jesús Salomón Mosquera Hinestroza

Así las cosas, respecto de la solicitud de medidas cautelares relativas a la inscripción de la demanda de la referencia en los folios de matrículas inmobiliarias, la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela ha dicho:

La Corte Constitucional ha señalado que las medidas cautelares son un instrumento procesal que tienen por objeto “garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado.”

(...)

Este Tribunal considera que si bien las medidas cautelares, como el embargo, son admisibles desde una óptica constitucional para asegurar el pago de una obligación, su decreto y ejecución por parte de las autoridades públicas debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, una orden de secuestro, embargo, caución, inscripción de la demanda o similar no puede vulnerar las prerrogativas fundamentales mínimas del ciudadano, como lo son, entre otras, la vida digna y el mínimo vital. Al respecto, la Sala encuentra que el legislador ha establecido una serie de restricciones al decreto de medidas cautelares con el objetivo de proteger los derechos fundamentales.”²⁴

De acuerdo con la posición de la Corte Constitucional, se resalta que las medidas cautelares, si bien van encaminadas a garantizar que se cancele una obligación, el decreto de las mismas no deben afectar derechos fundamentales mínimos del ciudadano.

En ese orden de ideas, la Sala procederá a confirmar el auto recurrido, por las razones que a continuación se expondrán.

La parte demandada en el escrito de apelación iteró los argumentos esbozados al momento de descorrer el traslado de la solicitud de medida cautelar de inscripción de la demanda, y señaló, entre otros, la improcedencia de las medidas por no

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, SALA TERCERA DE REVISIÓN, Sentencia del 12 de noviembre de 2013, Radicación Nro. T-3.956.130, MAGISTRADO PONENTE LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

cumplirse los requisitos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, al no efectuar el *a quo* el estudio pertinente para admitir la demanda.

Respecto de lo previamente citado, se advierte que si la parte demandada consideró que el Tribunal al momento de admitir la demanda no realizó un estudio necesario para proceder a su admisión, debió impugnar la anterior decisión, y no esperar que se le descorriera traslado de la solicitud de la medida cautelar y que se decidiera sobre la misma para alegar dichos argumentos. En otras palabras, la apelación de la providencia que decreta una medida cautelar no es el escenario para atacar el auto admisorio de la demanda.

En el escrito de sustentación de la alzada, la parte recurrente adujo que en la misma se evidencia con claridad el fenómeno de la caducidad del medio de control, como expondría en el escrito de contestación de la demanda y en ese sentido la misma no estaría razonablemente fundada en derecho.

El término de caducidad del medio de control de controversias contractuales está regulado en el literal j del numeral 2º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, el cual consagró en su tenor literal:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;"

Bajo el anterior precepto legal, se colige que en los contratos objeto de liquidación y en los que esta no se haya logrado de manera bilateral o no se efectúe unilateralmente por la administración, una vez se cumpla el término de dos meses siguientes al vencimiento del plazo estipulado para hacerlo de común acuerdo, o en el decurso de los cuatro meses posteriores al vencimiento del contrato o a que se profiera el acto que lo ordene o del acuerdo que la contemple, se empezará a contar el término de dos (2) años para presentar la demanda, so pena de que opere la caducidad del medio de control.

En el caso *sub judice*, Empresas Públicas de Cundinamarca celebró un contrato con el Consorcio Acueducto Regional. Los consorcios fueron definidos por el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“Artículo 7º.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. Consorcio: *cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”*

En el *sub lite*, afirma la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda que en el contrato se estipuló en la cláusula octava que el plazo de vigencia del contrato será por el plazo de ejecución y cuatro (4) meses más, y que el término de caducidad empezó a contar a partir del plazo de ejecución. Si bien el

plazo de ejecución y el plazo de vigencia de un contrato suelen coincidir, se precisa las posiciones jurisprudenciales que se han tomado frente a los mismos. En un conflicto de competencias que dirimió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, se señaló al respecto:

“Ciertamente, como lo evidencia el presente conflicto, la ley no define lo que debe entenderse por “vigencia del contrato” y tampoco existe unanimidad sobre lo que dicha expresión comprende. Así, la vigencia del contrato puede entenderse de diferentes formas, esto es, que un contrato estará vigente únicamente dentro del plazo de ejecución de las obligaciones contractuales (que es el entendimiento que tiene actualmente la Sección Tercera del Consejo de Estado para definir el límite temporal del ejercicio de las cláusulas excepcionales²⁵); o hasta que pueda efectuarse la liquidación del contrato dado que en dicha etapa aún hay actuaciones administrativas pendientes de realizar (como lo entiende el Ministerio del Interior); o, incluso, hasta que exista cualquier tipo de obligación contractual pendiente, como la posibilidad de hacer exigible las garantías, iniciar procesos judiciales, cobros, etc., todo lo cual requerirá algún tipo de gestión administrativa por parte de la entidad responsable. Pero además, respecto de cualquier de tales entendimientos, podrían surgir discusiones sobre, por ejemplo, cuál es la vigencia de los contratos de ejecución instantánea o que pasaría con los contratos que no requieren liquidación, etc.”²⁶

En ese sentido, la jurisprudencia a que hace alusión la Sala de Consulta y de Servicio Civil de esta Corporación abordó el tema del plazo de ejecutoria y de vigencia al indicar que la caducidad del contrato solo podrá ser declarada dentro del término de ejecución del contrato y siempre que este se encuentre en vigencia, de lo que se desprende que una vez haya expirado ese término no habrá la posibilidad de decretarse la caducidad del negocio celebrado entre las partes.²⁷

La caducidad del contrato la ha definido la doctrina como la cláusula excepcional mediante la cual la administración termina el contrato como título de sanción impuesta al contratista por haber incumplido sus obligaciones que alteran de forma

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 12 de julio de 2012, Radicación Nro. 85001-23-31-000-1995-00174-01, Nro. Interno (15.024), CONSEJERO PONENTE DANILO ROJAS BETANCOURTH.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Conflicto de Competencia del 23 de mayo de 2013, Radicación Nro. 11001-03-06-000-2013-00355-00, CONSEJERO PONENTE WILLIAM ZAMBRANO CETINA.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia del 12 de julio de 2012, Radicación Nro. 85001-23-31-000-1995-00174-01, Nro. Interno 15.024, CONSEJERO PONENTE DANILO ROJAS BETANCOURTH.

severa la ejecución del negocio jurídico bilateral y quede en evidencia la posibilidad de conducir a su paralización.²⁸

La Subsección “B” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo también ha tenido una posición similar cuando coligió que la potestad de declarar la caducidad del contrato por fuera de la vigencia contractual o cumplido el objeto del mismo, sobrepasa las facultades de la administración, al haber fenecido el mismo.²⁹

En ese sentido, se tiene que el contrato de obra pública SOP-A Nro. 247 de 2007, después de varias prórrogas, tuvo como plazo de ejecución hasta el 13 de diciembre de 2010, y el plazo de vigencia, según la cláusula octava del mismo, feneció cuatro meses después, es decir, el 13 de abril de 2011.

Visto lo anterior, discrepa la Sala del argumento señalado por el apelante quien sostuvo que la caducidad del medio de control debió contarse a partir del plazo de ejecución del contrato, sino que *a contrario sensu*, la oportunidad para interponer la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales debió contabilizarse a partir de su finalización, toda vez que las partes en ejercicio de su autonomía contractual habían acordado expresamente en la cláusula octava que la vigencia del negocio jurídico bilateral celebrado se extendía por cuatro (4) meses más de la culminación del término de ejecución.

Para argumentar lo anterior, es pertinente traer a colación lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado respecto de la interpretación de los contratos:

“Interpretar un contrato, es determinar el sentido y alcance de sus estipulaciones. Se presume que el legislador es culto, conoce el lenguaje, procurando emplear cada palabra en su sentido natural y obvio; en cambio, los contratantes usualmente no tienen un conocimiento cabal y completo del lenguaje y por tanto pueden dar a las palabras un sentido distinto al natural y obvio que les da el Diccionario de la RAE e incluso la sociedad en general. De tal forma, más importante que aquello que los contratos digan, es aquello que las partes quisieron estipular. Si la voluntad de las partes se conoce claramente, si no hay ambigüedad en ninguna de las expresiones del contrato, no hay necesidad de indagar más.

²⁸ Contratación Pública, Análisis Normativo, Descripción de Procedimientos de Carlos Pachón Lucas.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B”, Sentencia del 10 de marzo de 2011, Radicación Nro. 25000-23-26-000-1991-07182-01, Nro. Interno 16856, CONSEJERA PONENTE STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

*Bastará la simple lectura del contrato para interpretar la verdadera intención de las partes.*³⁰

Bajo el anterior precepto jurisprudencial, se considera que es suficiente para interpretar un contrato la lectura del mismo y de sus estipulaciones, siempre que no haya ambigüedad en las expresiones contenidas en el mismo, de tal manera que así se puede dilucidar la intención de las partes.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, se refirió a la autonomía de las partes para celebrar contratos de la siguiente manera:

*“Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad.*³¹

De lo anterior se puede concluir que las partes en ejercicio de su autonomía tienen la facultad de celebrar contratos, los cuales serán interpretados de conformidad con la intención que tuvieron al momento de acordar sus voluntades, la cual al no tener el negocio jurídico bilateral en sus estipulaciones expresiones imprecisas, no será menester indagar más allá de lo que las partes acordaron, a fin de que en ese sentido será conocida la voluntad de los contratantes, en ejercicio de la potestad que les da el ordenamiento jurídico a las personas como piedra angular de todo sistema normativo.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”, Sentencia del 8 de junio de 2011, Radicación Nro. 25000-23-26-000-1997-15041-01, Nro. Interno 19447, CONSEJERA PONENTE OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicación Nro. 11001-31-03-012-1999-01957-01, MAGISTRADO PONENTE WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Así las cosas, de acuerdo con el anterior planteamiento, es evidente que las partes del contrato de obra pública SOP-A Nro. 247 del 2007, al estipular en la cláusula octava que el plazo de vigencia del contrato era hasta cuatro meses más del plazo de ejecución, tenían como intención que el mismo se extendiera en el tiempo indicado anteriormente desde la fecha en que haya finiquitado la ejecución del mismo, agregándose además que las estipulaciones de un contrato se configuran en ley para las partes y dan un carácter imperativo a su incumplimiento. Por tanto, se tiene que el contrato finalizó a partir del cumplimiento del plazo de vigencia del mismo. En igual sentido coligió la Subsección “A” de la Sección Tercera de esta Corporación, al indicar en la sentencia que en el caso objeto de estudio se había pactado en una cláusula que el contrato tenía como plazo de vigencia los cuatro (4) meses posteriores a la ejecución del mismo, y a partir de esa fecha se dio por terminado el negocio contractual, y añadió que al no estipularse en ninguna cláusula la liquidación del mismo, se procedió a contar el término de los cuatro (4) meses para que las partes liquidaran de común acuerdo desde el día siguiente al plazo de vigencia del contrato, y los dos (2) para realizar la liquidación unilateral vencido el anterior.³²

En ese orden de ideas, al fenecer el contrato el 31 de abril de 2011, a partir del día siguiente inició el término de cuatro (4) meses que tenían las partes para liquidar el contrato de común acuerdo y caso seguido los dos (2) para que la administración realizara la liquidación unilateral, finiquitando el primero el 1 de agosto de 2011 y el segundo el 2 de octubre de la misma anualidad. Por lo tanto, a partir del 3 de octubre de 2011, comenzó a contar el término para interponer la demanda, finiquitando este el 3 de octubre de 2013. Así las cosas, al presentarse la demanda el 12 de septiembre de 2013, deduce la Sala que no operó la caducidad del medio de control de controversias contractuales.

No sobra indicar que la jurisprudencia traída a colación por el recurrente y los argumentos señalados por él hacen alusión a que la caducidad del contrato únicamente puede ser declarada dentro del plazo de ejecución del mismo.

Frente a ese punto aclara la Subsección la diferencia entre la caducidad contractual, entendida esta como una manifestación de la facultad sancionatoria en cabeza de la administración, siendo la más severa que una entidad pública

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “A”, Sentencia del 30 de octubre de 2013, Radicación Nro.25000-23-31-000-2000-01696-01, Nro. Interno 32.720, CONSEJERO PONENTE MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

puede imponer mientras se ejecuta el contrato; y la caducidad del medio de control de controversias contractuales, la cual es una institución de orden público que castiga el tardío acceso de las personas a la administración de justicia.

Por otra parte, la parte demandada reiteró que el actor pretendía una afrenta al artículo 1600³³ del Código Civil, ya que en el proceso de la referencia la entidad cobró la indemnización de perjuicios pactada en el contrato, buscando el pago doblemente de la mencionada indemnización, y en consecuencia, no era procedente la inscripción de la demanda al pretenderse la acumulación de manera indebida de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios.

El título XI del libro IV del Código Civil se encargó de desarrollar las obligaciones con cláusula penal. En efecto, el artículo 1592 *ibídem* consagró: “**DEFINICION DE CLAUSULA PENAL** La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

Dicha cláusula tiene eminentemente un carácter accesorio al de la obligación principal, es decir, la nulidad de esta última necesariamente acarrea *per se* la de la cláusula penal, mientras que *a contrario sensu*, la nulidad de la citada cláusula no implica que la obligación corra el mismo destino.

La doctrina ha establecido las siguientes funciones de la cláusula penal:

“a) Sirve de apremio al deudor: Constituye una presión para que el deudor cumpla la obligación pactada.

b) Sirve de garantía: Hace las veces de caución para asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Desde ese punto de vista se asimila a la fianza, la prenda o la hipoteca.

Caución: “Obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda” (art. 65 CC).

³³ **ARTICULO 1600. <PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>**. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena

c) Sirve de estimación anticipada de perjuicios: la estimación anticipada de los perjuicios que se deriven del incumplimiento, permite que éstos se ajusten más a la realidad y no se requiere probar tales perjuicios.

Merced a esta cláusula el acreedor no necesita entrar a probar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del deudor. Le basta remitirse a la cláusula.

De acuerdo con algunos doctrinantes la cláusula penal cumple también funciones indemnizatorias (indemnización de perjuicios) y de sanción por el incumplimiento.”³⁴

El mencionado título del Código Civil, conformado por sus artículos 1592 al 1601, se demandó ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia por su inconstitucionalidad, la cual declaró que las normas referidas estaban acordes con la Constitución, en sentencia del 27 de septiembre de 1974.³⁵

El artículo 1600 del Código Civil dispuso expresamente que no habrá lugar a solicitar la indemnización de perjuicios al mismo tiempo que la pena, salvo que así se haya estipulado de manera explícita.

En sentencia proferida el 18 de diciembre de 2009, con ponencia del doctor Pedro Octavio Munar Cadena, esta Corporación se pronunció respecto al tema así:

“En el mismo sentido, la parte final del artículo 1594 que faculta al acreedor cobrar la pena junto con la obligación principal, ‘a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal’; e igualmente, el artículo 1600 ejusdem, en cuanto determina que ‘no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena’. Como se ve, tales preceptos permiten a las partes acordar la cláusula con un signo particularmente punitivo al posibilitar su acumulación con la reclamación de perjuicios, a la cual, subsecuentemente, no sustituye.”

También en jurisprudencia más reciente se ha dicho:

³⁴ Introducción al Estudio de los Contratos, Contratos Civiles y Comerciales, Parte General y Parte Especial, Segunda Edición, de Jesús Ángel Linares Vesga.

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia del 27 de septiembre de 1974, Magistrado Ponente LUIS SARMIENTO BUITRAGO.

“Finalmente, en cuanto a los efectos y el alcance de la cláusula penal, cabe resaltar que cuando ésta se establece para fijar de manera anticipada el monto de los perjuicios que pueden llegar a ocasionarse por el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, tal estipulación releva al acreedor de la carga de probar tanto la causación de los daños derivados del incumplimiento como su monto, por cuanto dicho valor estará determinado previamente por el que hayan estipulado las partes en dicha cláusula.

Adicionalmente, según se desprende del contenido de los artículos 1594³⁶ y 1600³⁷ del Código Civil y se ha reconocido tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina³⁸, la cláusula penal, por lo general y salvo que exista pacto inequívoco en contrario, debe ser entendida como una tasación anticipada de perjuicios, en consecuencia, si hay dudas respecto de su apreciación éste será el sentido que deberá otorgársele.”³⁹

De conformidad con lo anterior, se observa que en el *sub lite* en el recurso de apelación la parte demandada señaló que su contraparte ya había cobrado la indemnización de perjuicios pactada en el contrato, con lo cual pretendía cobrar dos veces esta indemnización. Afirmó, a su vez, que en la cláusula décima quinta del contrato se había pactado a título de pena una suma equivalente al 10 por ciento del valor total del contrato en caso del incumplimiento definitivo en cabeza del contratista de las obligaciones contraídas o con la declaratoria de caducidad, que la aplicación de la cláusula penal no excluía la indemnización de perjuicios, y que mediante la Resolución Nro. 240 del 15 de septiembre de 2011, confirmada por la Resolución Nro. 113 del 25 de julio de 2013, en la que se declaró el incumplimiento del contrato de la referencia, se hizo efectiva la cláusula penal

³⁶ “ARTICULO 1594. <TRATAMIENTO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA>. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.” (Se destaca)

³⁷ “ARTICULO 1600. <PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.” (Se destaca).

³⁸ Al respecto, el tratadista Guillermo Ospina Fernández señala que la ley presume que la cláusula penal tiene una función compensatoria, razón por la cual la efectividad de la función de apremio, de conformidad con los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, exige pacto expreso de las partes, porque de lo contrario ésta cumplirá una función de estimación anticipada de perjuicios. OSPINA FERNANDEZ. Guillermo “REGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES” 6ª edición, Bogotá, Editorial TEMIS, pag. 142 a 145.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “A”, Auto del 16 de agosto de 2012, Radicación Nro. 25000-23-26-000-2005-00021-01, Nro. Interno 39.702, CONSEJERO PONENTE HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

pecuniaria, pero no a título de pena, sino de indemnización, esto es, como recobro anticipado de perjuicios.

La Sala no comparte la apreciación hecha por el apelante, en virtud de que expresamente en la cláusula 15 del contrato se pactó la posibilidad de cobrar la indemnización de perjuicios con la cláusula penal, es decir, se estipuló manifiestamente la excepción a la prohibición contenida en el citado artículo 1600 del Código Civil. En ese sentido, al haberse convenido lo anterior de manera clara en el contrato, quedan atadas las partes a cumplir con lo acordado, en el caso *sub judice*, a la compatibilidad de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios.

La pena será exigible en todos los casos en que se haya estipulado, sin que pueda el deudor alegar que no se le ha ocasionado al acreedor perjuicio por la inejecución de las obligaciones pactadas, a voces del artículo 1599 del Código Civil, y según el artículo 1602 *ibídem*, el contrato celebrado válidamente es una ley para las partes, por lo que tienen fuerza obligatoria las estipulaciones convenidas. De acuerdo con los anteriores conceptos se desprende que en virtud del principio *lex contractus pacta sunt servanda*, al haberse celebrado de manera válida el contrato de la referencia, sus estipulaciones se vuelven de obligatorio cumplimiento, entre esas, la posibilidad de reclamar conjuntamente la pena con la indemnización de los perjuicios, y en consecuencia, al haberse efectivizado la cláusula penal, quedó abierta al arbitrio del acreedor la facultad de pedir la indemnización.

Para reforzar la posición expuesta, en cuanto a la fuerza obligatoria de los contratos, se trae a colación lo que la doctrina ha señalado:

“El contrato legalmente celebrado se convierte en ley para los contratantes. Ello quiere decir que las cláusulas voluntariamente pactadas por quienes suscriben un contrato son de estricto cumplimiento para ellos”.⁴⁰

Además, el argumento esbozado en la apelación de que la cláusula penal había sido efectivizada como una indemnización de perjuicios no tiene cabida, por cuanto la pena implica necesariamente la estimación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, la cual posibilita que estos sean más

⁴⁰ Introducción al Estudio de los Contratos, Contratos Civiles y Comerciales, Parte General y Parte Especial, Segunda Edición, de Jesús Ángel Linares Vesga.

ajustados a la realidad, y no se necesita probar los perjuicios, ya que le basta al acreedor remitirse a la cláusula, la cual cumple también con funciones indemnizatorias y de sanción por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.⁴¹

Es más, en gracia de discusión, si se pudiese aceptar lo planteado por el apelante, se advierte que este no es el escenario pertinente para demostrar que la cláusula penal fue cobrada a título de indemnización, ya que ese argumento debe ser debidamente demostrado dentro del proceso, toda vez que el presupuesto axiológico de una apelación de auto que decreta medidas cautelares está circunscrito a estudiar los presupuestos de los artículos 229, 230 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011.

Por último, se encuentra posteriormente al recurso de apelación, el escrito de contestación de la demanda presentado por la sociedad H & H Arquitectura S.A., en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, alegó la caducidad del medio de control y otras excepciones, el cual fue presentado el 4 de junio de 2014. En lo alusivo a dicho escrito, es pertinente resaltar la oportunidad de la presentación del mismo, teniendo presente que el veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013) se profirió el auto admisorio de la demanda y se dispuso correr traslado a los integrantes del Consorcio Acueducto Regional por cinco (5) días de la solicitud de medida cautelar. Estas providencias se notificaron a las partes el veintiuno (21) de noviembre de la misma anualidad. La sociedad demandada procedió a recorrer el traslado de la solicitud de medidas cautelares el veintiocho (28) de noviembre del 2013, empero, la contestación de la demanda no fue presentada sino hasta el cuatro (4) de junio del año en curso. En los anteriores términos, y de conformidad con el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011,⁴² se concluye que la contestación de la demanda se presentó por fuera del término establecido en la ley.

Además, si bien es cierto que en el escrito de contestación la parte demandada afirmó que mediante auto del treinta y uno (31) de marzo de marzo de dos mil

⁴¹ Introducción al Estudio de los Contratos, Contratos Civiles y Comerciales, Parte General y Parte Especial, Segunda Edición, de Jesús Ángel Linares Vesga.

⁴² **Artículo 172. Traslado de la demanda.** De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvencción.

catorce (2014), se resolvió reanudar los términos para contestar la demanda al encontrarse ésta al Despacho, indicando que faltaban diecisiete (17) días para la contestación de la misma, no obra dentro del expediente copia de dicha providencia, por lo cual se tiene que el término de los treinta (30) días para contestar empezó a correr a partir de la notificación del auto admisorio, y en ese sentido, al presentarse el escrito el cuatro (4) de junio de dos mil catorce (2014), es evidente que el mismo no se allegó en la oportunidad pertinente.

Retomando el tema de las medidas cautelares decretadas consistentes en la inscripción de la demanda, se colige que las mismas cumplen con los requisitos establecidos en la Ley 1437 de 2011, especialmente en el artículo 231 *ibídem*.

La demanda de la referencia se encuentra razonablemente fundada, comoquiera que la misma fue admitida mediante proveído del veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013) por cumplir con las exigencias del artículo 171 de la Ley 1437, y además, al observarse el escrito de presentación de la demanda se tiene que el mismo contiene los requisitos del artículo 162⁴³ *ibídem*.

Así mismo, en lo referente a que se haya demostrado así sea sumariamente la titularidad del derecho invocado, el *a quo* dedujo que la parte actora es quien se encontraba legitimada para solicitar el incumplimiento del contrato por su contraparte, de conformidad con los documentos aportados por la Empresa Pública de Cundinamarca S.A. la Sala comparte lo esbozado por el Tribunal.

De igual manera, en lo alusivo a la exigencia de presentar los fundamentos que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que decretarla, se

⁴³ **Artículo 162. Contenido de la demanda.** Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.
3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.
7. El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica.

advierte que Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios como acueducto, alcantarillado, aseo, entre otros, la cual está constituida como sociedad por acciones de orden departamental, en los términos del artículo 17 de la Ley 142 de 1994⁴⁴; y que las demandadas integrantes del consorcio privado - Consorcio Acueducto Regional – se encuentran tres en liquidación judicial y la restante en reorganización empresarial. En ese sentido, se concluye que sería más gravoso para el interés general negar las medidas cautelares que decretarlas, habida cuenta de que éstas van encaminadas a prevenir una eventual insolvencia de las demandadas, y en consecuencia tutelar el erario público.

Finalmente, frente al requisito de que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o los efectos de la sentencia serían nugatorios, también se comparte lo estimado por el *a quo*, ya que al no decretarse la inscripción de la demanda solicitada, se podría tener inocua una eventual condena, ya que no se llevaría a cabo el pretendido resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato por la insolvencia de la parte demandada.

En esos términos, y teniendo de presente que la medida cautelar decretada no afecta los derechos de la parte demandada, comoquiera que la inscripción de la demanda en los folios de matrícula inmobiliaria no excluyen los bienes del comercio, a diferencia de otras medidas cautelares, se concluye que la misma debe decretarse en el *sub lite*.

De acuerdo con los anteriores asertos la Sala procederá a confirmar el auto proferido el veintidós (22) de mayo de dos mil catorce (2014), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”

RESUELVE

PRIMERO. Confirmar el auto del veintidós (22) de mayo de dos mil catorce (2014), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, por las razones expuestas en el presente proveído.

⁴⁴ **Artículo 17.** Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

SEGUNDO. Ejecutoriado este auto, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ