



Radicado: 25000-23-36-000-2023-00267-01 (70725)
Demandante: Consorcio Construcción Vial 026

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación número: 25000-23-36-000-2023-00267-01 (70725)
Actor: Consorcio Construcción Vial 026
Demandado: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)
Medio de control: Controversias contractuales

Tema: Recurso de apelación contra auto
Subtema: Procedencia de las medidas cautelares prescritas en los numerales 2 y 5 del artículo 230 del CPACA

AUTO INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra el auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), por medio del que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó unas medidas cautelares en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y el trámite

El Consorcio Construcción Vial 026, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, presentó demanda contra el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), con las siguientes pretensiones principales¹:

- i. Que se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano incumplió el Contrato de Obra IDU 1766 de 2021 al no suministrar al Consorcio Construcción Vial 026 los estudios y diseños del proyecto con las aprobaciones y autorizaciones de las empresas de servicios públicos y/o terceros.
- ii. Que se declare que el Instituto de Desarrollo Urbano incumplió el Contrato de Obra IDU 1766 de 2021 al no definir y armonizar los cronogramas de ejecución del Contrato EAAB 1-01-25500-01269-2017 y el Contrato de Obra IDU 1766 de 2021.
- iii. Que se declare que el Consorcio Construcción Vial 026 ha cumplido integralmente el Contrato de Obra IDU 1766 de 2021, suscrito con el Instituto de Desarrollo Urbano.
- iv. Que se declare que, por el incumplimiento del Instituto de Desarrollo Urbano en la ejecución del Contrato de Obra IDU 1766 de 2021, el Consorcio

¹ El expediente se encuentra en forma digital en el índice No. 2 en el Sistema de Gestión Judicial Samai.





Construcción Vial 026 se encuentra imposibilitado para ejecutar el objeto contractual.

- v. Que se declare que, como consecuencia de la prolongación del plazo y la imposibilidad de ejecución del Contrato de Obra IDU 1766 de 2021, por circunstancias no imputables al Contratista, el Consorcio Construcción Vial 026 incurrió en sobrecostos y perjuicios por los siguientes conceptos: a) gastos de administración, b) materia prima, c) mano de obra directa, d) costos indirectos, e) gastos de representación legal y jurídicos y f) pólizas.
- vi. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare la terminación anticipada del Contrato de Obra IDU 1766 de 2021, por existir imposibilidad de ejecutar el objeto contractual, particularmente, pero sin limitarse a ello, por no contar con los estudios y diseños del proyecto con las aprobaciones y autorizaciones de las empresas de servicios públicos y/o terceros ni con una definición y armonización de los cronogramas de ejecución y procesos constructivos entre el Contrato EAAB 1-01-25500-01269-2017 y el Contrato de Obra IDU 1766 de 2021.
- vii. Que, en el evento en que el Tribunal decida no declarar la terminación anticipada, se realice la revisión del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, y en cualquier caso sin perjuicio del reconocimiento de los sobrecostos y perjuicios padecidos por el Consorcio Construcción Vial 026, durante el periodo de inejecución del Contrato de Obra IDU 1766 de 2021.
- viii. Que, como consecuencia de la declaración de terminación anticipada, se liquide el Contrato de Obra IDU 1766 de 2021 celebrado entre el Instituto de Desarrollo Urbano y el Consorcio Construcción Vial 026; en la que se incluya la totalidad de los sobrecostos, perjuicios padecidos y la utilidad esperada dejada de percibir por el contratista.

1.2. La relación contractual

- En virtud de la Licitación Pública IDU-LP-SGI-026-2021, en la que el Consorcio Construcción Vial 026 resultó adjudicatario, este y el Instituto de Desarrollo Urbano, el veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), suscribieron el Contrato de Obra IDU 1766 de 2021, con el siguiente objeto: *“El CONTRATISTA se obliga con el IDU a realizar la CONSTRUCCIÓN CORREDOR VIAL AVENIDA JORGE URIBE BOTERO DESDE LA CALLE 134 HASTA LA CALLE 151 Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN BOGOTÁ D.C.”* (cláusula 4).
- En la cláusula sexta, se pactó que *“el plazo de ejecución del Contrato de Obra es de “VEINTITRES (23) MESES, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio”*; y que este se ejecutaría en dos (2) fases, así: i) Fase de obras iniciales y gestiones preliminares y ii) fase de ejecución.
- Las partes firmaron el acta de inicio, el dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).
- El Consorcio Construcción Vial 026 y el IDU celebraron las siguientes modificaciones, adiciones o suspensiones al contrato:



	OBJETO	CAUSA
Acta 3 de suspensión del contrato del 31 de marzo de 2022.	Suspensión del contrato por 6 días calendario, esto es, desde el 31 de marzo de 2022 hasta el 5 de abril de 2022.	"atendiendo a la necesidad de disponer de un plazo prudente para realizar el trámite administrativo presupuestal requerido para adelantar la prórroga y adición solicitada por el Contratista, radicada el 1 de marzo de 2022 ² ".
Prórroga No. 1, Adición No. 1 y Modificación No. 1 del 7 de abril de 2022	<p>Prorroga el plazo del Contrato de Obra No. 1766-2021, por el término de 30 días calendario (se aplica al plazo de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares).</p> <p>Modifica la cláusula 6 plazo de ejecución, numeral 6.1. plazo de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares.</p> <p>Adiciona el valor del Contrato de Obra No. IDU-1766-2021, en la suma de ciento cincuenta y tres millones ochocientos seis mil diecisiete pesos (\$153.806.017).</p> <p>Modifica la cláusula 8 denominada valor del contrato.</p> <p>Modifica la cláusula 10 forma de pago, numeral 10.1 fase de obras iniciales y gestiones preliminares.</p>	"La adición y prórroga del Contrato de Obra IDU-1766-2021, obedece al resultado de la revisión por parte del Contratista de Obra CONSORCIO CONSTRUCCIÓN VIAL 026, a los estudios y diseños hechos por la firma GEVIAL S.A.S, en el marco del Contrato Consultoría IDU-1526-2020, encontrando que a la fecha, aún se encuentra en trámite la aprobación de algunos de los estudios y diseños por los terceros competentes".
Acta 5 de suspensión del 6 de mayo de 2022	Suspensión por un periodo de 10 días calendario, es decir, hasta el 16 de mayo de 2022.	"Atendiendo a la necesidad de disponer de un plazo prudente para realizar el trámite administrativo y presupuestal, requerido para adelantar la prórroga y adición solicitada por el Contratista de obra con la comunicación CCV026-327-2022" ³ .
Acta 6 de ampliación del 16 de mayo de 2022	Ampliación de suspensión por 3 días calendario, esto es, hasta el 19 de mayo de 2022.	"Teniendo en cuenta que se mantienen las causas descritas que ocasionaron la suspensión".
Acta 8 de suspensión del 19 de mayo de 2022	Suspensión por un término de 61 días calendario, esto es, desde el 19 de mayo de 2022 hasta el 19 de julio de 2022.	"Teniendo en cuenta lo informado por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá - EAAB ESP al IDU en reunión del 18/05/2022, respecto a su contrato EAAB No 1-01-25500-01269-2017 cuyo objeto

² Solicitud 1 de marzo de 2022: "(...) con el fin que una vez el Instituto de Desarrollo Urbano cuente con los ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS O FASE III y el contrato cuente con los permisos respectivos de las E.S.P y demás terceros., y éstos sean entregados al Contratista en debida forma".

³ Comunicación con radicado CCV026-327-2022: "a la fecha aún no se ha recibido la información. Específicamente, sigue pendiente la entrega de los diseños a fase III así como la definición sobre la ejecución del colector Callejas".



		es "Rehabilitación del alcantarillado sanitario de la sub-cuenca norte - Callejas" suscrito con el CONSORCIO REHABILITACION ALCANTARILLADO CALLEJAS; en el cual a la fecha se adelantan gestiones administrativas para la respectiva ejecución del mismo, y en virtud de que dicho contrato de la EAAB adelantará obra en el tramo objeto de intervención del contrato de obra IDU-1766-2021, se hace necesario disponer de un plazo prudente para realizar la articulación interadministrativa correspondiente entre IDU y EAAB, para definir y armonizar los cronogramas de ejecución y procesos constructivos entre el contrato de la EAAB y el contrato IDU-1766-2021".
Acta 10 de ampliación de suspensión del 18 de julio de 2022	Ampliación de suspensión por un periodo de 34 días, es decir, hasta el 22 de agosto de 2022.	"(...) en virtud de que las causales que motivaron la suspensión del pasado 19 de mayo de 2022 no han sido superadas a la fecha".
Acta 11 de ampliación de suspensión del 22 de agosto de 2022	Ampliación de suspensión por un periodo de 63 días, esto es, desde el 22 de agosto de 2022 hasta el 24 de octubre de 2022.	"(...) las causales que motivaron la suspensión inicial del pasado 19 de mayo de 2022, no han sido superadas a la fecha".
Acta 12 de ampliación de suspensión del 24 de octubre de 2022	Ampliación de suspensión por un periodo de 92 días, es decir, desde el 24 de octubre de 2022 hasta el 24 de enero de 2023.	"La ampliación de suspensión se realiza, teniendo en cuenta que las causales que motivaron la suspensión inicial del pasado 19 de mayo de 2022, no han sido superadas a la fecha".

1.3. La solicitud de la medida cautelar

El consorcio demandante, el treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023), solicitó el decreto de las siguientes medidas cautelares: i) que el Tribunal prevenga al Instituto de Desarrollo Urbano para que este se abstenga de iniciar procesos sancionatorios por las cuestiones que se suscitan en el presente proceso frente al Contrato de Obra 1766 de 2021, hasta que se profiera sentencia que ponga fin al proceso, y ii) en el evento en que, en el curso del proceso judicial, el IDU inicie algún proceso sancionatorio por el asunto objeto de controversia en el presente proceso, que el Tribunal ordene la suspensión de este, hasta que se profiera la sentencia que termine el proceso.



La parte actora, como fundamento de la procedencia de las medidas cautelares, expuso lo siguiente:

- Las medidas cautelares solicitadas tienen **relación directa con las pretensiones de la demanda** ya que la entidad contratante podría dar inicio a un procedimiento sancionatorio con la misma causa de la demanda, esto es, el cumplimiento del Contrato de obra 1766 de 2021 por parte del contratista en búsqueda de la continuidad de la ejecución del contrato toda vez que tanto aquella entidad como la interventoría han insistido en repetidas ocasiones en la suscripción de modificaciones para continuar con la ejecución de aquel. En particular, la posición de la interventoría ha sido la de reprochar la actitud del contratista, insinuando que el Consorcio es el responsable de *“la parálisis que se ha venido presentando al no concurrir con el IDU a la suscripción de un modificatorio que a la fecha se desconocen los parámetros”*.
- **La demanda presentada por el Consorcio se encuentra razonablemente fundada en derecho** al cumplir con los requisitos que establece el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y, además, porque las pretensiones están sustentadas en la normativa legal aplicable y en el contrato objeto de la controversia.
- Del contenido de las obligaciones, el alcance y los efectos del Contrato de Obra 1766 de 2021, *“resulta evidente que el titular de los derechos contractuales es el Consorcio Vial 026 en su calidad de contratista de obra”*.
- **Resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla por las siguientes razones:** i) al decretar las medidas cautelares solicitadas no solamente se protegen los derechos del Consorcio, sino también los del Estado ya que, por un lado, el decreto de estas no le causa perjuicio alguno a la entidad contratante y, por otro lado, sino se decreta la orden de abstención solicitada y el IDU inicia un proceso sancionatorio e impone una sanción al contratista y, posteriormente, la jurisdicción contenciosa administrativa declara la terminación anticipada del contrato y que el Consorcio cumplió con las obligaciones que se derivan de aquel, la responsabilidad contractual de la contratante se vería comprometida y, también se vería obligada a indemnizar los perjuicios causados al Consorcio; ii) *“el efecto inmediato de un procedimiento sancionatorio para dar ejecución a un proyecto inviable es la vulneración del derecho al debido proceso al eventualmente adelantarse dos procesos originados en las mismas causas - non bis in ídem-, igualmente al impedir al contratista acudir efectivamente a la competencia del juez natural, vulnerando el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia”*; y iii) no ordenar al IDU abstenerse de iniciar un procedimiento sancionatorio sobre las mismas causas del proceso, generaría un gran perjuicio al Consorcio demandante, que incluso podría ocasionar que la decisión del Tribunal se torne ilusoria.
- **De no decretarse las medidas cautelares podría causar un perjuicio irremediable** ya que el Consorcio no podría revertir las consecuencias de la sanción que el IDU le imponga a este, como serían la afectación al buen nombre del Consorcio, de los miembros que lo integran y la inscripción de la sanción en el Registro Único de Proponentes.



- Comoquiera que el objeto del litigio es que se declare, entre otras cosas, que el Contratista ha cumplido con las obligaciones convenidas en el Contrato de obra 1766 de 2021, en el evento que el IDU sancione al Consorcio por incumplimiento de aquel, **la sentencia que ponga fin al presente proceso sería nugatoria.**
- El inicio de un procedimiento sancionatorio que tendría como fundamentos los mismos hechos que las pretensiones de este proceso, no solo generaría el desgaste de la administración, sino que también vulneraría el derecho del Consorcio a no ser juzgado dos veces por la misma causa y, además, la administración y la jurisdicción podrían proferir decisiones contradictorias entre sí.
- La medida cautelar solicitada es necesaria puesto que el IDU cuenta con concepto de la interventoría del proyecto que le permitiría iniciar un procedimiento sancionatorio en contra del contratista para que adelante la ejecución del contrato.

1.4. Escrito de oposición de la medida cautelar

El IDU, el trece (13) de julio de dos mil veintitrés (2023), presentó escrito de oposición a la solicitud de medida cautelar que presentó la parte actora. La entidad contratante planteó las siguientes razones por las que considera que las medidas cautelares solicitadas son improcedentes:

- I. El objeto de las medidas cautelares solicitadas por el contratista es sustraer la competencia sancionatoria del IDU, conferida a toda entidad pública en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y expresamente incluida en el clausulado del Contrato de Obra No. 1766 de 2021.
- II. La parte demandante no demuestra que exista una relación intrínseca entre los objetos de un eventual procedimiento sancionatorio contra el Consorcio y el proceso de la referencia, de ahí que las decisiones que se tomen en estos *“no inciden sustancialmente en la otra”*.
- III. El Consorcio no prueba si quiera de forma sumaria la configuración de un perjuicio irremediable en el supuesto de que el IDU de inicio al trámite de un procedimiento sancionatorio o realice afirmaciones de fondo sobre incumplimiento de las obligaciones contraídas en el Contrato No. 1766 de 2021.
- IV. *“(…) no se observa, la urgencia de la medida, requisito indispensable para proceder a decretarla, es decir, con la medida cautelar solicitada no se protege ni garantiza el objeto del proceso, porque este deviene del agotamiento de sus etapas aun por adelantar, ni la efectividad de la sentencia que depende asimismo de la prueba de la causa petendi y su consonancia con las leyes que regulan el contrato”*.
- V. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la notificación de la admisión de la presente demanda, de ninguna manera genera la pérdida de competencia del IDU para iniciar, continuar y concluir (de conformidad con lo que la ley dispone) procesos administrativos sancionatorios.



- VI. En este estadio procesal, no se observa que la demanda esté razonablemente fundada en derecho ya que la obligación que el contratista alega que el IDU incumplió, no se encuentra a cargo de esta entidad sino del Consorcio, en consecuencia, la pretensión principal de la demanda no tiene vocación de prosperidad. Asimismo, tampoco tiene vocación de prosperidad la solicitud de terminar anticipadamente el contrato puesto que *“entre IDU y EAAB se definió que la EAAB no ejecutará las obras de rehabilitación de su colector”*.

1.5. El auto recurrido

La Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), resolvió la solicitud de medida cautelar que presentó el Consorcio Construcción Vial 026.

El Tribunal estudió los requisitos que establecen los artículos 230 y 231 del CPACA, frente a los que concluyó lo siguiente:

1.5.1. Relación directa y necesaria de la medida cautelar con las pretensiones de la demanda

El Tribunal afirmó que las medidas cautelares solicitadas tienen relación directa con las pretensiones ya que en el proceso sancionatorio que adelante la entidad contratante se discutiría *“exactamente lo mismo que se está discutiendo en este proceso: el cumplimiento o incumplimiento del consorcio demandante por causas atribuibles a este, al IDU o a hechos imprevisibles o irresistibles”*.

El tribunal de primera instancia añadió que las medidas solicitadas además son necesarias ya que con ellas se evitaría que surjan dos decisiones contradictorias respecto de un mismo asunto.

1.5.2. La demanda debe estar razonablemente fundada en derecho

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca estimó que la demanda se encuentra razonablemente fundada en derecho dado que expone de manera clara las razones por las que considera que el contrato objeto de litigio no puede ejecutarse y soporta sus argumentos en varias cláusulas contractuales.

1.5.3. Acreditación de la titularidad del derecho o derechos invocados

Comoquiera que el consorcio demandante fue el que suscribió el contrato objeto de litigio con el IDU, para el Tribunal no hay duda sobre su titularidad del derecho invocado.

1.5.4. Argumentos y justificaciones que permitan concluir que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla

El referido Tribunal consideró que no solo deben decretarse las medidas cautelares que el Consorcio solicitó, sino que también debe ordenarse la suspensión del contrato objeto de controversia y la restitución de las sumas de dinero que obren en poder del contratista y que se le hayan entregado en virtud de aquel. Por un lado, el



Tribunal explicó que sería más gravoso para el interés público decretar únicamente las medidas cautelares solicitadas por cuanto el IDU “*quedaría ante el panorama de un contrato vigente con un contratista que asegura que es imposible ejecutarlo, pero sin herramientas y facultades para garantizar el cumplimiento del mismo*”; y ese escenario generaría una grave afectación a la población que se iba a ver beneficiada con la construcción del corredor vial objeto del Contrato No. 1766 de 2021.

En criterio del tribunal de primera instancia, “*no pueden quitársele las facultades que tiene la entidad para garantizar el cumplimiento del objeto contractual (art. 14 Ley 80 de 1993), sin suspender el referido contrato estatal. Solo con la suspensión del contrato objeto de litigio, a la entidad se le abre la posibilidad de adelantar nuevas gestiones tendientes a lograr el objeto que se perseguía inicialmente con la celebración del negocio jurídico en litigio*”.

Por otro lado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que, con el fin de salvaguardar el erario y el interés general, se debe decretar la medida cautelar consistente en la orden al contratista de restituir las sumas de dinero que se encuentren en su poder puesto que aquellos recursos no se van a ejecutar hasta que el presente proceso finalice.

1.5.5. Existencia de serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios

El Tribunal expuso que los efectos de la sentencia podrían ser nugatorios ya que, por una parte, los intereses del contratista podrían resultar afectados negativamente con una decisión sancionatoria, lo que repercutiría en los perjuicios y su reconocimiento, en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda; y por otra parte, también existe “*el riesgo*” de que el IDU declare que el contratista incumplió el contrato objeto de litigio o incluso la caducidad de aquel, mientras que la administración de justicia puede declarar que el Consorcio no incumplió o, que si lo hizo, fue por causas no imputables a este.

Así las cosas, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo Cundinamarca, concluyó que se cumplen con la totalidad de los requisitos que exigen los artículos 230 y 231 del CPACA y, por consiguiente, resolvió decretar las siguientes medidas cautelares:

- i. La suspensión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021, hasta que obre sentencia ejecutoriada en este proceso.
- ii. Ordenar al contratista la restitución al IDU de cualquier suma de dinero que se encuentre en su poder en virtud del Contrato de Obra No. 1766 de 2021.
- iii. Ordenar al IDU suspender cualquier proceso sancionatorio que se encuentre en curso en contra del Consorcio contratista o, en su defecto, abstenerse de iniciar proceso sancionatorio alguno relacionado con el Contrato de Obra No. 1766 de 2021.

De conformidad con el artículo 232 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal dispuso que el consorcio demandante deberá prestar caución mediante póliza o depósito judicial por el valor de dieciocho mil millones ochocientos veintiocho mil novecientos dos mil trescientos cincuenta y seis pesos (\$18.828.902.356), para garantizar el pago de los perjuicios que se pudieren ocasionar con el decreto de estas medidas cautelares.



1.6. El recurso de reposición y en subsidio de apelación

El IDU, el seis (6) de octubre de dos mil veintitrés (2023), interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto que decretó las referidas medidas cautelares. En primer lugar, la contratante expuso que el Tribunal no está facultado para decretar medidas cautelares distintas a las que la parte actora solicitó. El IDU afirmó que, conforme al artículo 229 del CPACA y a la jurisprudencia del Consejo de Estado, las medidas cautelares proceden únicamente a petición de parte y solo se le permite al juez decretar medidas cautelares de oficio en los procesos que busquen la defensa de los derechos e intereses colectivos.

En segundo lugar, la entidad demandada alegó que la medida cautelar consistente en ordenar que el contratista restituya al IDU las sumas de dinero que obre en su poder en virtud del Contrato de Obra No. 1766 de 2021 es inocua ya que los recursos que la contratante entregó al Consorcio corresponden al anticipo de obra, de conformidad con lo establecido en la cláusula 16 del referido contrato y lo prescrito en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y estos tienen una destinación específica, esto es, la ejecución de la obra, son manejados por una fiducia, y su inversión debe ser autorizada y vigilada por la interventoría del contrato. Adicionalmente, el IDU sostuvo que no existe ninguna circunstancia imprevisible que afecte la ejecución del contrato que haga necesaria la restitución de recursos por parte del contratista hacia la entidad puesto que el IDU espera que, una vez superadas las causales que dieron origen al actual estado de suspensión, el contrato IDU-1766- 2021 continúe su curso.

En tercer lugar, la demandada manifestó que las medidas cautelares que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó son improcedentes por cuanto no cumplen con los requisitos legales. Al respecto, expuso lo siguiente:

- El decreto de las medidas cautelares solicitadas por el Consorcio implican prejuzgamiento *“que corta toda posibilidad con que cuenta la entidad de cumplir con los fines estatales materializados en la imposibilidad jurídica de ejecutar la obra y terminarla, presumiendo implícitamente que cualquier actuación contractual y pos contractual (...) puede estar viciada de ilegalidad, afectando el debido proceso y el principio constitucional que cubre a las autoridades públicas de presunción de la buena fe”*.
- La suspensión indeterminada de los procedimientos administrativos sancionatorios que pudiere adelantar el IDU contra la accionante no cumple con el objetivo de garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, *“es decir, garantizar la pretensión”*.
- Las medidas cautelares decretadas sustraen de forma arbitraria la competencia sancionatoria del IDU e impide cualquier ejecución, otrosí, modificación aún en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.
- El decreto de la medida resulta excesivamente gravoso para el interés público por las siguientes razones:
 - La suspensión del contrato *“hasta tanto obre sentencia ejecutoriada en este proceso”*, no tiene en cuenta los perjuicios ocasionados con esa medida a la ciudad, puesto que, en el marco del Acuerdo de Valorización No. 724 del 6 de diciembre de 2018, con el proyecto objeto del Contrato de Obra No. 1766 de 2021 se espera beneficiar a una población



aproximada de 194.888 habitantes. Por lo tanto, lo más favorable a la comunidad y el interés general, es que una vez se superen las causas que motivan la actual suspensión del contrato, se reinicie la ejecución del mismo en su fase de obras iniciales y gestiones preliminares⁴.

- La decisión recurrida implica que la obra quede detenida de forma indeterminada en el tiempo y la entidad contratante no tendría la posibilidad de celebrar otro contrato para cumplir con el objeto del que versa la presente controversia.
- No existe prueba siquiera sumaria de la configuración de un perjuicio irremediable en el supuesto de que el IDU inicie el trámite de un proceso sancionatorio o realice afirmaciones de fondo sobre el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el Contrato de Obra No. 1766 de 2021. Además, a la fecha, en el marco del referido contrato, *“no se han presentado presuntos incumplimientos contractuales del contratista, que emanen la necesidad de iniciar procesos administrativos sancionatorios”*.
- No se percibe la urgencia de las medidas solicitadas, con estas no se protege o garantiza el objeto del proceso ni la efectividad de la sentencia ya que esta depende *“de la prueba de la causa petendí y su consonancia con las leyes que regulan el contrato”*.
- La demanda no se encuentra razonablemente fundada en derecho ya que *“la obligación que se imputa incumplida no es una obligación de la Entidad sino de su contratista de obra y por tanto no existe el endilgado incumplimiento por lo cual no tiene vocación de prosperidad esta pretensión principal de la demanda”*. Tampoco tiene vocación de prosperidad la solicitud de terminación anticipada del contrato dado que, el 9 de febrero de 2023, entre IDU y EAAB, se definió que la EAAB no ejecutará las obras de rehabilitación de su colector, por lo que la obra del proyecto IDU (redes de alcantarillado) deberá conectarse al colector callejas existente y, en consecuencia, es posible continuar con la ejecución del contrato.

En virtud de lo anterior, la parte demandante solicitó que el Tribunal revocara el auto recurrido y, en su lugar, se abstuviera de decretar las medidas cautelares solicitadas o cualquier otra de oficio.

1.7. El auto que resuelve el recurso de reposición

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del veinte (20) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), afirmó que no es aceptable el argumento del IDU sobre que la medida cautelar consistente en la orden al contratista para que reintegre cualquier suma de dinero que tenga en su poder es inocua ya que este se basa en un supuesto carente de certeza, esto es, que una vez se superen las causales que dieron origen al estado de suspensión, el contrato IDU-1766-2021 continúe su curso. El Tribunal sostiene que lo único cierto en este proceso es que el contrato objeto de

⁴ Frente a reiniciar el contrato en la etapa de fase obras iniciales y gestiones preliminares, el IDU aclaró que *“tiene previsto suscribir una prórroga de aproximadamente 2 meses, a la mencionada fase de obras iniciales y gestiones preliminares del proyecto, con el fin de que el Contratista y su Interventoría den cumplimiento a la totalidad de las obligaciones contempladas para la fase, contando con todos los estudios y diseños del proyecto debidamente aprobados por los terceros competentes”*.



litigio se encuentra suspendido y que el Consorcio contratista no tiene interés de ejecutarlo; y que precisamente, decretó la medida cautelar de suspensión del contrato, con el fin de dar certeza acerca de la suspensión de este, y de esa forma el IDU puede iniciar un nuevo proceso de contratación para cumplir con el objeto contractual que no se pudo ejecutar. Incluso, aquella Corporación expresó que, en vista de ese panorama, resulta necesario decretar, de manera conjunta, las tres medidas cautelares recurridas ya que, de lo contrario, se sacrificaría el interés general que pretendía satisfacerse con la celebración del contrato objeto de litigio.

En cuanto a la posibilidad de decretar medidas cautelares que las partes no han solicitado, el tribunal de primera instancia expuso que el artículo 229 del CPACA le otorga esa facultad puesto que esa norma dispone “*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*”. A juicio del Tribunal, las medidas cautelares que decretó en el auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) cumplen con el requisito de ser necesarias para proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia puesto que, a través de este proceso, el consorcio contratista persigue, entre otras cosas, que se declare el cumplimiento de las obligaciones a cargo él, por lo tanto, no tendría sentido adelantar un proceso judicial en el que se analice esa pretensión si de manera concomitante la administración está adelantando un proceso administrativo sancionatorio en el que estudie y resuelva el mismo asunto.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que las medidas cautelares decretadas cumplen con el requisito de no ser excesivamente gravosas para el interés público; explicó que estas garantizan que el presente litigio se reduzca a un tema netamente pecuniario, dejando por fuera del conflicto el interés general, es decir, que las medidas cautelares decretadas persiguen dotar de herramientas a la entidad demandada para que pueda adelantar un nuevo proceso de contratación con el fin de garantizar que el objeto contractual se pueda ejecutar y que el interés general que se iba a satisfacer con aquel no se vea sacrificado durante el término de duración del presente proceso judicial.

Así las cosas, la Sección Tercera, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resolvió no reponer el auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) y, por consiguiente, concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del IDU contra esa providencia.

El expediente, el dieciocho (18) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), ingresó a este Despacho para resolver la alzada⁵.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Normativa rectora del trámite del presente recurso

El trámite del presente recurso de apelación se rige por la Ley 2080 de 2021, que modificó el CPACA. Esto, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 2080 de 2021⁶ y

⁵ Índice No. 3 en Samai.

⁶ “Artículo 86. Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de: los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.



en vista de que la parte demandada interpuso el recurso luego de la entrada en vigencia de la referida normativa.

2.2. Competencia

La Sala es competente para conocer este recurso, en virtud de lo dispuesto en los artículos 150 y 125, numeral 2, literal h⁷ del CPACA, que respectivamente establecen que el Consejo de Estado conocerá las apelaciones de los autos proferidos por los tribunales administrativos susceptibles de este medio de impugnación y la Sala dictará la providencia que resuelva el recurso de apelación contra el auto que decrete una medida cautelar.

2.3. Procedencia del recurso

El recurso de apelación que el IDU interpuso contra el auto por medio del que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó tres medidas cautelares es procedente de conformidad con el numeral 5⁸ del artículo 243 del CPACA⁹.

Por otro lado, comoquiera que la providencia recurrida se notificó por estado del tres (3) de octubre de dos mil veintitrés (2023), de acuerdo con el numeral 2 del artículo 244 *ibidem*¹⁰, las partes podían interponer y sustentar el recurso de apelación hasta el seis (6) de octubre siguiente, fecha en la que la entidad accionada lo radicó, de ahí que la impugnación se presentó oportunamente.

2.4. Hechos

Las nuevas reglas del dictamen pericial contenidas en la reforma a los artículos 218 a 222 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, e aplicarán a partir de la publicación de la presente ley para los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en los cuales no se hayan decretado pruebas.

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones”.

⁷ “Artículo 125. De la expedición de providencias. Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021: La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

1. Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias.

2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

(...)

h) El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.

(...)

3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja”.

⁸ “Artículo 243. Apelación. Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

(...)

5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar”.

⁹ Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021.

¹⁰ “Artículo 244. Trámite del recurso de apelación contra autos. Artículo modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021. La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

3. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito ante quien lo profirió, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación o a la del auto que niega total o parcialmente la reposición. En el medio de control electoral, este término será de dos (2) días.

(...)”.



El Consorcio demandante solicitó el decreto de dos medidas cautelares: i) ordenar al IDU suspender cualquier proceso sancionatorio que se encuentre en curso en contra del consorcio contratista, con ocasión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021, y ii) ordenar al IDU abstenerse de iniciar un proceso sancionatorio en contra del Consorcio, en el marco del Contrato de Obra No. 1766 de 2021.

El tribunal de primera instancia decretó ambas medidas solicitadas y, adicionalmente, por considerarlas necesarias, decretó las siguientes: i) la suspensión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021 y ii) ordenó al contratista la restitución al IDU de las sumas de dinero que este tenga en su poder, en virtud del referido contrato.

La entidad demandada se encuentra inconforme con esta decisión, por un lado, porque, con sustento en el artículo 229 del CPACA y la jurisprudencia de esta Corporación, el magistrado no podía decretar medidas cautelares de oficio y, por otro lado, puesto que estima que aquellas no cumplen con los requisitos legales como garantizar el objeto del proceso o la efectividad de la sentencia, la acreditación del perjuicio irremediable, que la demanda esté razonablemente fundada en derecho y, sobre todo, porque considera que su decreto resultará más gravoso para el interés público.

2.5. Asignación de normas sustantivas al asunto

El capítulo XI de la Ley 1437 de 2011 regula las medidas cautelares en esta jurisdicción, el artículo 229 establece su procedencia 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.

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”.

Por su parte, el artículo 230 del CPACA determina las clases de medidas cautelares que el juez o magistrado ponente pueden decretar y, además exige que estas tengan relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda:

“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”.

Los requisitos para que las medidas cautelares sean procedentes se encuentran en el artículo 231 ibídem:

“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.

Finalmente, el artículo 235 de la Ley 1437 de 2011 regula el levantamiento, revocatoria o modificación de las medidas cautelares decretadas, así:

“Artículo 235. Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar. El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el



levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior”.

Asimismo, en virtud de los reproches de la parte recurrente, conviene destacar las siguientes normas de la Ley 80 de 1993, normativa que regula los contratos estatales:

“ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”.

“ARTÍCULO 40. Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

(...)

PARÁGRAFO. - En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”.

Por otro lado, el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011¹¹, en el capítulo VII relativo a las disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública dispuso lo siguiente:

“Artículo 91. Anticipos. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

PARÁGRAFO. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal”.

Sobre el manejo de los anticipos, el Decreto 1082 de 2015¹² prescribe lo siguiente:

¹¹ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

¹² “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”.



“Artículo 2.2.1.1.2.4.1. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.

Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil. En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el Interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo”.

2.6. Hermenéutica de las normas asignadas

2.6.1. Facultad del juez para decretar medidas cautelares distintas a las solicitadas

En cuanto a la facultad oficiosa del juez para decretar medidas cautelares distintas a las solicitadas, la Sala estima que esta es otorgada por el artículo 229 del CPACA al prescribir que *“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”*, es decir, que esta norma no hace alusión a que el juez únicamente podrá decretar las medidas cautelares solicitadas que considere necesarias, sino que, una vez presentada la solicitud debidamente sustentada, el juez también podrá decretar otras medidas que no se hayan pedido, pero que de acuerdo al caso resultan necesarias. Esto, por cuanto puede suceder que la parte, a pesar de observar la necesidad de proteger el objeto del proceso o la efectividad de la sentencia, no haya pedido la medida cautelar adecuada y, es el juez quien puede decretarla para cumplir con la finalidad de este instituto procesal, esto es, proteger de manera provisional, mientras dura el proceso, la integridad del derecho sustancial que se encuentre en discusión y que puede resultar transgredido mientras este se tramita¹³.

Realizar una interpretación contraria de esta norma, implicaría que habría que esperar a que las partes soliciten la medida cautelar idónea para el caso concreto y al margen de otras que hayan pedido y sustentado, y que, entre tanto pueda estar en riesgo o amenaza el derecho a la tutela efectiva o al acceso a la administración de justicia ya que, en el momento en que se profiera la decisión de fondo sobre el objeto de litigio, esta puede ser un simple formalismo sin posibilidad de materializarse o de tener real incidencia en los derechos de quien acude a la Jurisdicción para solucionar una controversia¹⁴.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021), Radicado No. 11001-03-15-000-2020-04591-00(A).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017), Radicado No. 11001-03-26-000-2017-00083-00(59493); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicado No. 11001-03-25-000-2017-00089-00(0410-17).



Además, el artículo 235 del CPACA dispone que la medida cautelar también podrá ser modificada en cualquier estado del proceso, de oficio, cuando el magistrado o juez considere que es necesario variarla para que se cumpla. De manera que, la anterior interpretación se encuentra en armonía con esta norma, ya que, si el juez o magistrado puede modificar la medida de oficio, de acuerdo a la necesidad que se observe en el caso, resulta coherente que, desde que se presenta la solicitud, el juez o magistrado pueda decretar la medida que considere idónea para el asunto bajo su conocimiento.

Esta Subsección, en anterior oportunidad, frente a la posibilidad de decretar una medida distinta a la solicitada, explicó lo siguiente:

“(…) una vez demostrado que una situación es digna de protección por vía cautelar en el proceso contencioso administrativo el Juez cuenta con un claro marco de libertad ponderada y razonada para seleccionar el instrumento - nominado o innominado - que en la mayor medida de las posibilidades tácticas y jurídicas proteja el derecho o interés legítimo de la parte interesada, pues en este caso el principio dispositivo se satisface - y agota - con que la parte a) solicite la aplicación de una medida cautelar y b) exponga los supuestos tácticos principales y las razones en las que apoya este pedimento, mientras que la oficiosidad del Juez Administrativo implica la valoración de la situación puesta en su conocimiento y la aplicación del remedio cautelar idóneo, necesidad y proporcional respecto de la situación problemática a la que se enfrenta. No hay lugar, pues a extremar lecturas formalistas o procedimentales que rompan la ratio de los procesos judiciales: la garantía del derecho sustancial sobre las formas procesales”¹⁵.

Así las cosas, en aras de cumplir con la finalidad de las medidas cautelares, la Sala considera que no hay lugar a esperar a que las partes soliciten la medida cautelar adecuada, es decir, que basta con que realicen la solicitud debidamente sustentada, para que el juez decrete la que considere necesaria para el asunto objeto de estudio.

2.6.2. Prejuzgamiento en la decisión que resuelve las solicitudes de medidas cautelares

Esta Corporación, en varias ocasiones ha prevenido que, de acuerdo con el artículo 229 del CPACA, en ningún caso, la decisión de las medidas cautelares implica prejuzgamiento, es decir, que no es determinante para la sentencia ya que el juez, en aquella, tiene la oportunidad de ratificar, ajustar, corregir e incluso contradecir lo consignado en la decisión de la medida cautelar¹⁶.

Frente a la referida norma, la Corporación explicó lo siguiente:

“De lo que se trata, entonces, con esta norma, es brindar a los jueces “la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite”¹⁷. Una suerte de presunción iure et de iure sobre cómo acceder a la medida no afecta la

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del quince (15) de marzo de dos mil dieciséis (2016), Radicado No. 11001-03-26-000-2013-00073-00 (47316).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicado No. 11001-03-25-000-2017-00089-00(0410-17).

¹⁷ GONZALEZ REY, Sergio. “Comentario a los artículos 229-241 CPACA”, en Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 492.



imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión”¹⁸.

2.6.3. Requisito del numeral 1 del artículo 231 del CPACA - la demanda debe estar razonablemente fundada en derecho:

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, *“ha de entenderse que la demanda razonablemente fundada en derecho implica que, por lo menos lo judicializado, conforme al planteamiento de la parte cautelante, tenga probabilidad de prosperar. Ello para dar esencia a la medida cautelar a adoptar y, no proceder a su decreto, cuando la estructura del asunto se advierta llena de elucubraciones o de disertaciones sin razón”*¹⁹. Esto es lo que se ha planteado como la figura de la apariencia de buen derecho o el denominado *“fumus bonis iuris”*.

La apariencia de buen derecho *“tiene por objeto verificar que quien solicita una medida cautelar, goce de la probabilidad razonable de que prospere su causa, esto con el objetivo, de que no sean decretadas medidas cautelares propuestas por la parte que sostiene una posición manifiestamente injusta o sin fundamento legal suficiente, de conformidad al principio general de derecho según el cual, ‘la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón’. Para determinar si la solicitud de cautela tiene apariencia de buen derecho, el juez de lo contencioso administrativo debe realizar un análisis anticipado de los argumentos expuestos por las partes al momento de decidir sobre la procedencia de esta. Dicha valoración no constituye prejuzgamiento, esto en atención a que, es posible que el proceso se encuentre en una etapa inicial, y que por tanto, no se haya hecho efectivo el derecho de defensa del demandado, o no se haya surtido la etapa probatoria o de alegaciones”*²⁰.

2.6.4. Requisito del numeral 4 del artículo 231 del CPACA: serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios – efectividad de la sentencia

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación que explica la finalidad de las medidas cautelares, cuando se habla de que con su decreto se busca garantizar la efectividad de la sentencia o que los efectos de esta sean nugatorios, se refiere a que estas *“están concebidas para que la prolongación en el tiempo del trámite procesal no separe las posibilidades reales de hacer efectivo el derecho sustancial en debate”*²¹, es decir, que se pueda materializar la decisión final que resuelva el litigio o que tengan una aplicación real y efectiva las órdenes que en ella se impartan y no se torne ilusorio el ejercicio del derecho que esta reconozca²².

2.6.5. Suspensión de los contratos estatales

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del once (11) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicado No. 11001-03-24-000-2013-00503-00.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del siete (7) de diciembre de dos mil veintidós (2022), Radicado No. 11001-03-28-000-2022-00279-00.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sección B, Auto del dieciocho (18) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Expediente: 110010325000201601031-00.

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021), Radicado No. 11001-03-15-000-2020-04591-00(A).

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017), Radicado No. 11001-03-26-000-2017-00083-00(59493); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicado No. 11001-03-25-000-2017-00089-00(0410-17); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto del quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicado No. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15).



Actualmente, la ley no regula expresamente la suspensión de los contratos estatales como en vigencia del anterior Estatuto de Contratación Estatal, en el artículo 57 (Decreto Ley 222 de 1983, derogado por la Ley 80 de 1993). No obstante, sobre esta medida, el Consejo de Estado ha sostenido que *“tal suspensión alude específicamente a la ejecución, total o parcial del objeto contractual y formalmente incide en el plazo pactado para su cumplimiento, sin perjuicio de destacar que, pese a la suspensión, en todo caso la relación jurídico - comercial subsiste”*²³.

2.6.6. Coexistencia de dos contratos estatales

La Sección tercera de esta Corporación ha indicado que la coexistencia de dos contratos con el mismo objeto, celebrados por la misma entidad pública contratante con distintos contratistas *“podría afectar su legalidad y lesionar el interés público, puesto que bastaría la ejecución de uno solo de ellos para satisfacer las necesidades de la Administración, de manera que el otro, entonces, carecería de la finalidad que se busca con la contratación pública, a la vez que ocasionaría una erogación ilegítima para el presupuesto departamental y un enriquecimiento sin causa para el contratista indebidamente contratado”*²⁴.

2.7. Aplicación al caso

La Sala procede a pronunciarse sobre cada una de las razones por las que el IDU considera que no proceden las medidas cautelares que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó, en el auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

2.7.1. Prohibición de decretar medidas cautelares adicionales a las solicitadas por la parte demandante:

Conforme a la interpretación anteriormente expuesta, que ha realizado esta Subsección sobre el artículo 229 del CPACA, siempre que una de las partes presente una solicitud de cautela debidamente sustentada, el juez o magistrado podrá decretar la medida que considere necesaria para proteger el objeto del proceso o la efectividad de la sentencia, aunque no sea la que haya sido solicitada. Por consiguiente, la Sala considera que no le asiste razón a la parte recurrente en cuanto a que el magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no estaba facultado para decretar las medidas cautelares que el consorcio demandante no solicitó.

Ahora bien, aunque el magistrado de primera instancia podía decretar las medidas cautelares adicionales a las que fueron objeto de la solicitud, de igual manera corresponde estudiar si estas cumplen con los requisitos que la ley exige para su procedencia, con base en los reproches que la parte recurrente formuló en el recurso de apelación.

2.7.2. Necesidad de la medida cautelar de restitución de las sumas de dinero entregadas al contratista en virtud del Contrato de Obra 1766-2021:

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del doce (12) de mayo de dos mil once (2011), Radicado No. 52001-23-31-000-1999-00127-01 (18446); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dieciséis (16) de julio de dos mil ocho (2008), Radicado No. 66001-23-31-000-1995-03079-01(16344).

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del dos (2) de mayo de dos mil siete (2007), Radicado No. 85001-23-31-000-1997-00339-01(15599).



El IDU, la entidad contratante, en el recurso de apelación, afirmó que las sumas de dinero que entregó con ocasión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021 corresponden a: i) el anticipo, conforme a lo pactado en la cláusula 16 del contrato y a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y ii) el pago No. 1 de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 10 del referido contrato y la modificación No. 1 de este.

En las citadas cláusulas, las partes pactaron lo siguiente:

Contrato de Obra No. 1766 de 2021

“CLÁUSULA 10 FORMA DE PAGO. El IDU pagará al CONTRATISTA las sumas a que se refiere el valor de este contrato, de la siguiente manera:

10.1 FASE DE OBRAS INICIALES Y GESTIONES PRELIMINARES Los componentes de las intervenciones ejecutadas por el CONTRATISTA en Fase de Obras Iniciales y Gestiones Preliminares, serán remunerados de la siguiente forma:

PAGO A VALOR GLOBAL

CONCEPTO	NÚMERO PAGOS	DESCRIPCIÓN Y REQUISITOS
Actividades en fase obras iniciales y gestiones preliminares	Un (1) pago global por el valor de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares.	Este pago remunera las actividades del CONTRATISTA derivadas de las obligaciones de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, salvo aquellas que se remuneran a monto agotable de acuerdo con lo establecido en la cláusula FORMA DE PAGO de la minuta del contrato. El pago será realizado cuando se haya verificado por el INTERVENTOR el cumplimiento de las condiciones precedentes establecidas en el contrato, requeridas para iniciar la fase de ejecución de obras.

CLÁUSULA 16 ANTICIPO

(...)

El IDU, previa constitución de la garantía de buen manejo y correcta inversión del anticipo, del cumplimiento de los requisitos señalados para la entrega del mismo y de la aprobación del Plan Detallado de Inversión del Anticipo, debidamente aprobado por la interventoría, hará entrega, a título de anticipo de la suma equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las obras civiles y redes incluido AIU.

(...)



“PARÁGRAFO TERCERO. El CONTRATISTA debe constituir una fiducia de administración y pagos, para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, de conformidad con lo señalado en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato en los términos establecidos en el Plan Detallado de Inversión de Anticipo. Deberá hacer parte integral del contrato de fiducia, el plan detallado de inversión del anticipo aprobado por el INTERVENTOR. El IDU girará el valor del anticipo a la cuenta bancaria exclusiva de la fiducia que se contrate luego de haberse suscrito el acta de inicio de CONTRATISTA y dentro del término establecido por la Entidad, el cual será posterior a la radicación de la factura correctamente elaborada. El giro de este valor no constituye condición previa para la iniciación del plazo de ejecución del contrato”.

Modificación No. 1

SEXTA- MODIFICACIÓN: Modificar la CLÁUSULA 10 FORMA DE PAGO, numeral 10.1 FASE DE OBRAS INICIALES Y GESTIONES PRELIMINARES del Contrato de Obra No. IDU-1766-2021, quedando establecida de la siguiente manera:

CONCEPTO	NÚMERO PAGOS	DESCRIPCIÓN Y REQUISITOS
Actividades en fase obras iniciales y gestiones preliminares	Un (1) primer pago parcial por el 91% de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares sin incluir el valor de adición No. 1 al mismo	<p>Este pago remunera las actividades del CONTRATISTA derivadas de las obligaciones de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, durante la ejecución de los cuatro primeros meses de la fase, salvo aquellas que se remuneran a monto agotable de acuerdo con lo establecido en la cláusula FORMA DE PAGO de la minuta del contrato.</p> <p>El pago será realizado cuando se haya verificado por el INTERVENTOR el cumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en el contrato IDU-1766-2021, por parte del contratista, referentes a la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, que le permitan certificar el porcentaje de avance definido en el informe semanal No. 16 e igualmente a la aprobación por parte de la Interventoría y radicación en el IDU, de un informe parcial de ejecución de los cuatro primeros meses de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, que será elaborado y entregado por el Contratista a la Interventoría dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la fecha de corte del cuarto mes de</p>



		ejecución del contrato.
--	--	-------------------------

Así las cosas, de conformidad con lo que las partes convinieron en la cláusula 16 del Contrato de Obra No. 1766 de 2021, en cumplimiento del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, la suma que la contratante entregó por concepto de anticipo se encuentra en una fiducia para su manejo. De ahí que, conforme al artículo 2.2.1.1.2.4.1 del Decreto 1082 de 2015, que regula cómo se administran los anticipos, por un lado, una vez la entidad estatal giró la suma del anticipo directamente a la sociedad fiduciaria para integrar el patrimonio autónomo, estos recursos dejaron de ser propiedad de la entidad contratante, así como del contratista puesto que son autónomos; y por otro lado, la fiduciaria únicamente puede girar los recursos del anticipo, con base en las instrucciones que reciba del contratista, que deben ser previamente autorizadas por el interventor, si aquellos pagos corresponden a los rubros previstos en el plan de inversión del anticipo.

En consecuencia, la Sala coincide con la contratante en cuanto a que resulta innecesaria la restitución de la suma del anticipo ya que el Consorcio no puede hacer uso de ese dinero indiscriminadamente, esto es, para otra finalidad diferente a la ejecución del Contrato de Obra No. 1766 de 2021 y además necesita autorización de la interventoría y, por esa razón, no hay riesgo de pérdida de los recursos que lo constituyen.

Frente a la suma que el IDU giró correspondiente al pago No. 1, la Sala observa que, conforme a los requisitos que se plantearon para realizar aquel pago en la cláusula sexta de la prórroga No. 1, adición No. 1 y modificación No. 1 del contrato objeto del presente medio de control, la entidad contratante lo debía efectuar cuando el interventor aprobara y certificara que el contratista cumplió con las obligaciones referentes a la fase de obras iniciales y gestiones preliminares durante los primeros cuatro meses de esta. Por lo tanto, la restitución del dinero que el Consorcio accionante recibió por el pago No. 1 de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, resulta improcedente, ya que lo recibió como remuneración de unas obligaciones ejecutadas y, bajo ese entendido, no habría lugar a un detrimento patrimonial para la entidad estatal. Además, es pertinente destacar que el IDU, en el recurso de apelación, manifestó que consideraba innecesaria la medida cautelar de restitución de esa suma y en ningún momento alegó que el contratista incumplió con las obligaciones que debía satisfacer para recibir aquel pago.

En virtud de lo expuesto, la Sala revocará la medida cautelar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó en el proceso de la referencia, consistente en *“ordenar al contratista la restitución al IDU de cualquier suma de dinero que obre en su poder en virtud del contrato de obra 1766 de 2021”*.

2.7.3. Prejuzgamiento en el decreto de las medidas cautelares:

Esta Sala considera que la decisión que tomó el tribunal de primera instancia de decretar las medidas cautelares impugnadas no implica prejuzgamiento, como tampoco la resolución del presente recurso de apelación, puesto que se trata de un examen preliminar del asunto sometido a la administración de justicia y, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación en varias ocasiones, la decisión de las medidas cautelares no es final, ni determinante de lo que se resuelva en la sentencia, de manera que, si el juez o magistrado, posteriormente, encuentra razones para apartarse de lo que manifestó en la providencia que decretó o negó una medida cautelar, podrá hacerlo, sobre todo porque al momento de fallar, se habrán surtido todas las etapas procesales y, por lo tanto, tendrá los elementos de



juicio suficientes para decidir el asunto.

En ese orden de ideas, el alegado prejuzgamiento no es una razón válida para considerar improcedentes las medidas cautelares que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó en el presente proceso.

2.7.4. Cumplimiento de la finalidad de garantizar el objeto del proceso o la efectividad de la sentencia:

De acuerdo con la argumentación que expone el IDU en cuanto protesta que las medidas decretadas no cumplen con la finalidad de garantizar el objeto del proceso ni la efectividad de la sentencia, se puede deducir que este confunde estos términos con la prosperidad de las pretensiones. Al respecto, se aclara que la finalidad de las medidas cautelares se refiere a que la decisión final que resuelva la controversia se pueda materializar, es decir, que las ordenes que se impongan en el fallo se puedan cumplir. Bajo ese entendido, la Sala considera que, en el caso de la medida cautelar de suspensión de los procesos sancionatorios que estén en curso con ocasión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021 o la orden de abstención dirigida al IDU para que no inicie uno, aquella contribuye a este fin puesto que:

- i. De conformidad con lo que el Consorcio contratista expuso en la demanda, este no quiere continuar con la ejecución del referido contrato toda vez que considera que no es posible hacerlo ya que no cuenta con los estudios y diseños del proyecto con las aprobaciones y autorizaciones de las empresas de servicios públicos y/o terceros ni con una definición y armonización de los cronogramas de ejecución entre aquel y el Contrato EAAB 1-01-25500-01269-2017; y además, dado que los precios de las actividades no fueron determinados a partir de la realidad en que deben ser ejecutadas sino con la realidad del mercado del año 2021. También se puede observar la voluntad de terminar el contrato, en las últimas comunicaciones dirigidas al IDU:

Comunicación con radicado CCV026-486-2022 del 22 de septiembre de 2022:

“(…) concluimos que no resulta jurídica, técnica ni económicamente viable ejecutar de manera paralela o simultánea las obras contratadas y la reposición del colector callejas y lo que corresponde en este caso, es proceder con la terminación del contrato de obra de común acuerdo, trámite en el cual deberán reconocerse al Consorcio los perjuicios causados toda vez que la inviabilidad del contrato no es responsabilidad de este Consorcio”.

Comunicación con radicado CCV026-505-2023 del 20 de enero de 2023:

“Esta situación nos ha permitido llegar a la conclusión que no es posible en las condiciones pactadas en el contrato, acometer las obras que serían necesarias para satisfacer en debida forma el interés del Proyecto. Los ajustes en los elementos de la naturaleza y esencia del negocio jurídico (objeto, plazo y valor) van mucho más allá de lo razonable y, en nuestro criterio, de lo permitido por la normatividad. Es precisamente en razón a lo anterior, que en reunión sostenida en las instalaciones del IDU el pasado 12 de enero este Consorcio se reafirmó en su solicitud de terminación inmediata del contrato contenida en el oficio ya reseñado.

(…)



sea esta la ocasión para señalar que este Consorcio no suscribirá una ampliación de la suspensión. Esta decisión, teniendo en cuenta que las causales que en su momento dieron lugar a ella, se consideran imposibles de superar en el marco de este contrato, por lo que no podrían justificar válidamente una nueva prórroga. Lo contrario, sin duda, resultaría en un abierto desconocimiento de la posición sostenida por la jurisprudencia en esta materia”.

- ii. La entidad contratante tiene intención de continuar con la ejecución del contrato, tal y como lo manifestó expresamente el IDU en el recurso de apelación objeto de estudio:

“(…) el IDU espera que una vez superadas las causales que dieron origen al actual estado de suspensión, el contrato IDU-1766- 2021 continúe su curso, a efecto de cumplir con las finalidades del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, y por ende con la función administrativa que le asiste a la Entidad.

(…)

Aclarando que el Instituto de Desarrollo Urbano tiene previsto suscribir una prórroga de aproximadamente 2 meses, a la mencionada fase de obras iniciales y gestiones preliminares del proyecto, con el fin de que el Contratista y su Interventoría den cumplimiento a la totalidad de las obligaciones contempladas para la fase, contando con todos los estudios y diseños del proyecto debidamente aprobados por los terceros competentes, y finalizada la ejecución de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, se dará inicio a la fase de ejecución de obra”.

- iii. El IDU, en el escrito de oposición a las medidas cautelares que solicitó el contratista y en el recurso de apelación contra la decisión del Tribunal, admite que las causales que motivaron la suspensión contractual, convenida el 19 de mayo de 2022, no se encuentran superadas. Así lo manifestó la entidad contratante:

“(…) a la fecha es posible ejecutar de manera parcial el contrato de obra IDU-1766-2021 el cual cuenta con el 90% de los estudios y diseños debidamente aprobados”.

“(…) No obstante las respectivas aprobaciones de terceros competentes si se han venido dando en paralelo a la ejecución del contrato de obra IDU-1766-2021”.

“Subráyese que conforme se encuentra probado con relación al contrato IDU-1766- 2021 que el 23/01/2023 el contratista de obra CONSORCIO CONSTRUCCIÓN VIAL 026, se negó a suscribir el acta de ampliación de suspensión No. 13 por el término de dos (2) meses, habiendo radicado solicitud de terminación del contrato IDU 1766-2021 ante la Entidad, mediante comunicado CCV026-505-2023 del 20/01/2023, sin embargo para esa fecha, en incluso hasta la actualidad, las causales que motivaron la suspensión contractual convenida de mutuo acuerdo el 19/05/2022 no se encuentran superadas”.

“Aclarando que el Instituto de Desarrollo Urbano tiene previsto suscribir una prórroga de aproximadamente 2 meses, a la



mencionada fase de obras iniciales y gestiones preliminares del proyecto, con el fin de que el Contratista y su Interventoría den cumplimiento a la totalidad de las obligaciones contempladas para la fase, contando con todos los estudios y diseños del proyecto debidamente aprobados por los terceros competentes, y finalizada la ejecución de la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, se dará inicio a la fase de ejecución de obra”.

- iv. Ante la renuencia del contratista en ejecutar el mencionado contrato la entidad se vería en la obligación de hacer uso de sus facultades sancionatorias.
- v. En el procedimiento sancionatorio se discutiría el mismo asunto que se está debatiendo en el presente proceso, esto es, el cumplimiento o incumplimiento del Consorcio demandante por causas atribuibles a este, al IDU o a hechos imprevisibles e irresistibles, por lo tanto, se presentarían dos decisiones respecto de la misma controversia contractual que podrían ser contradictorias. En sede administrativa, la entidad contratante puede declarar el incumplimiento del contratista, mientras que esta Jurisdicción puede declarar que el contratista cumplió o incumplió por causas no imputables a él.
- vi. A la parte demandante no le quedaría otro camino que iniciar un nuevo proceso judicial para controvertir las decisiones adoptadas por la administración frente al mismo asunto que es objeto de debate en este proceso y a la administración de justicia le correspondería decidir, nuevamente, sobre la controversia aquí planteada, lo que sería un desgaste del aparato judicial.

Así las cosas, si en este caso se profiere una sentencia favorable a la parte demandante, esta carecería de eficacia si existe una decisión contraria a esta, esto es, si el IDU adelanta un procedimiento sancionatorio y resuelve declarar el incumplimiento del contratista y sancionarlo; decisión que sería un acto administrativo, que presta mérito ejecutivo y que se presume legal. En ese orden de ideas, como existen serios motivos para considerar que la situación anteriormente planteada puede ocurrir, se cumple con el requisito del literal b del numeral 4 del artículo 231 del CPACA para que proceda la medida cautelar de suspensión de los procesos sancionatorios que estén en curso con ocasión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021 o la orden de abstención dirigida al IDU para que no inicie uno. Resulta necesario precisar que, esta medida hace referencia únicamente a los procesos sancionatorios que versen sobre el objeto del presente litigio.

2.7.5. La suspensión del contrato resulta gravosa para el interés público:

El tribunal de primera instancia afirmó que *“también decretó la suspensión del contrato objeto de litigio; con el fin de tener certeza acerca de la suspensión de este contrato, supuesto a partir del cual la entidad demandada podía iniciar un nuevo proceso de contratación para garantizar la efectiva ejecución del objeto contractual que no se pudo ejecutar con el negocio jurídico que ahora es objeto de estudio en esta Jurisdicción”*; mientras que, la demandada alegó, en el recurso de apelación, que, durante la suspensión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021, esta (la entidad contratante) no tendría la posibilidad de celebrar otro contrato para cumplir con el objeto del que se encuentra suspendido y, por lo tanto, la suspensión de aquel hasta que se dicte sentencia implica que la obra quedaría detenida en el tiempo, lo que



perjudicaría a la población que iba a ser beneficiaria de aquella. De manera que, corresponde determinar si la medida cautelar de la suspensión del referido contrato es procedente y si durante esta, el IDU podría realizar una contratación para cumplir con el objeto del Contrato de Obra No. 1766 de 2021.

A juicio de la Sala, le asiste razón al ente recurrente en cuanto afirma que, durante la suspensión de un contrato estatal, la entidad contratante no puede celebrar un nuevo contrato para cumplir con el mismo objeto del que permanece suspendido. Lo anterior, puesto que, como se expuso en la jurisprudencia citada en el acápite de la hermenéutica de las normas asignadas a este asunto, durante la suspensión, la relación jurídico - comercial entre las partes subsiste. Por lo tanto, la entidad estatal solo podría suscribir otro contrato con un contratista diferente para ejecutar un objeto anteriormente contratado, si extingue el vínculo obligacional del primer contrato, que de acuerdo con la ley, únicamente, la entidad estatal podría hacerlo a través de la terminación unilateral, la terminación bilateral o al declarar la caducidad del contrato (artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 y artículo 1602 del Código Civil)²⁵.

En consecuencia, tomando en consideración que las partes no podrían reanudar la ejecución del contrato que el juez suspenda, aun si se superan las causas que inicialmente dieron lugar a su suspensión, y que la entidad contratante tampoco podría realizar otra contratación con el mismo objeto de aquel, la Sala coincide con la parte recurrente en que la suspensión del contrato materia de controversia implicaría que la obra que se debía ejecutar quedaría detenida hasta que se profiera sentencia en el presente proceso, lo que implica una afectación por un largo periodo a los habitantes que se iban a beneficiar con aquel proyecto (construcción corredor vial avenida Jorge Uribe Botero desde la calle 134 hasta la calle 151 y obras complementarias en Bogotá D.C).

Así las cosas, al ser más gravosa para el interés público la concesión que la denegación de la medida cautelar de suspensión de la ejecución contractual, se impone concluir que esta medida no cumple con el requisito que prescribe el numeral 3 del artículo 231 del CPACA. Por lo tanto, la Sala revocará la medida cautelar de suspensión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021.

2.7.6. Cumplimiento del requisito del numeral 1 del artículo 231 del CPACA- la demanda debe estar razonablemente fundada en derecho:

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, para revisar el cumplimiento del requisito que prescribe el numeral 1 del artículo 231 del CPACA, esto es, que la demanda esté razonablemente fundada en derecho, se debe analizar que los fundamentos expuestos por la parte demandante no sean inventos o fantasías y que

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006), Radicado No. 76001-23-31-000-1994-00507-01(15239): “Los modos anormales de terminación de los contratos de la Administración se configuran, a su turno, por: a).- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b).- terminación unilateral propiamente dicha; c).- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d).- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; e).- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; f).- declaratoria judicial de terminación del contrato; y h).- declaratoria judicial de nulidad del contrato.

Además se encuentra, como causal de terminación de los contratos de la Administración, el mutuo consentimiento de las partes, la cual se ubica en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato -puesto que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa forma de finalización anticipada-, como tampoco corresponde en su totalidad a los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del nacimiento y del transcurrir normal de todo contrato (artículo 1602 C.C.)”.



estos guarden coherencia y sentido, por ejemplo, que tenga respaldo normativo y jurisprudencial realmente aplicable al asunto objeto de controversia.

Bajo ese entendido, la Sala considera que la demandante expuso razones válidas que guardan relación con las pretensiones propuestas, indicó las normas que las fundamentan (artículos 4, 27, 28, 32, 50 y 68 de la Ley 80 de 1993, artículos 1602 al 1609 y 1618 a 1628 del Código Civil), basó sus argumentos en las cláusulas contractuales en las que se pactaron las obligaciones a cargo de cada una de las partes (cláusulas 5, 6.1, 17, 19) y aportó suficientes pruebas con el fin de respaldar lo afirmado en la demanda (el pliego de condiciones de la Licitación Pública No. IDU-LP-SGI-026-2021, los estudios previos de esa licitación, el Contrato de Obra No. 1766 de 2021, su prórroga, adición y modificación, las actas de suspensión de este, las comunicaciones que se enviaron entre las partes, el Contrato de Consultoría IDU 1526 de 2020, las prórrogas y modificaciones de este, así como las actas de suspensión, entre otros).

De manera que, de encontrarse acreditados los hechos que fundamentan la demanda, podría dar lugar a que prospere alguna de las pretensiones de esta, por ejemplo, la de declarar el incumplimiento del IDU por no entregar los estudios y diseños del proyecto al contratista en la fase de obras iniciales y gestiones preliminares, ya que la cláusula 5 del contrato objeto de estudio establece lo siguiente:

“NOTA: El CONTRATISTA no tendrá a su cargo la elaboración de los Estudios y Diseños del Proyecto ni en su totalidad ni parcialmente. Los Estudios y Diseños son suministrados por el IDU en el proceso de selección; aquellos componentes cuyas autorizaciones y aprobaciones se encuentren pendientes de obtención por parte del CONSULTOR para tal efecto contratado por el IDU, serán suministrados por el IDU al CONTRATISTA durante la ejecución de la Fase de Obras Iniciales y Gestiones Preliminares”.

Asimismo, podría prosperar la revisión del contrato de obra, si se acredita que los precios que presentaron en la oferta no obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en el contrato, esto de conformidad con el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que dispone que la entidad estatal deberá solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y, así mismo, que deberá adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, si hubo licitación, o de celebrar el contrato, para lo cual, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, y acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos.

Por consiguiente, la Sala considera que la demanda se encuentra razonablemente fundada en derecho sin que tal consideración implique prejuzgamiento, conforme a lo que se explicó anteriormente en esta providencia.

En virtud de lo anterior, comoquiera que, por un lado, se encontraron razones para revocar las medidas cautelares de restitución de los dineros entregados al contratista con ocasión del Contrato de Obra No. 1766 de 2021 y de la suspensión del referido contrato y, por otro lado, se estima procedente la medida cautelar de ordenar al IDU abstenerse de iniciar un procedimiento sancionatorio en el curso de aquel o de suspender los que se encuentren en trámite, la Sala revocará parcialmente el auto recurrido.



En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), frente a la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de decretar las medidas cautelares de: i) ordenar al contratista la restitución al IDU de cualquier suma de dinero que obre en su poder en virtud del contrato de obra 1766 de 2021 y ii) de suspensión del contrato de obra 1766 de 2021 hasta tanto obre sentencia ejecutoriada en este proceso; y **CONFIRMAR** el auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), en lo que atañe a la decisión de decretar la medida cautelar consistente en ordenar al IDU suspender cualquier proceso sancionatorio que se encuentre en curso en contra del consorcio contratista o, en su defecto, abstenerse de iniciar proceso sancionatorio alguno relacionado con el contrato de obra 1766 de 2021.

SEGUNDO: Ejecutoriado este auto, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado Ponente
Firmado electrónicamente

WILLIAM BARRERA MUÑOZ
Magistrado
Firmado electrónicamente

NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala
Firmado electrónicamente

VF
AET/Expediente electrónico