



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 85001-2333-000-2020-00040-01(66334)

Demandante: EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUAZUL SA ESP

Demandado: ELECOFASA INTERNACIONAL SAS Y OTRO

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

APELACIÓN DE AUTOS EN CPACA-EI Consejo de Estado conoce en segunda instancia del auto que decreta una medida cautelar. RÉGIMEN PRIVADO EN CONTRATOS DE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS-Las empresas que prestan servicios públicos se rigen por el derecho privado. MEDIDAS CAUTELARES-En los procesos declarativos el juez podrá decretar medidas cautelares, a petición de parte, cuando consideren que son necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN LA LEY 1437 DE 2011-Implica un prejuzgamiento del proceso que contraviene la Constitución Nacional. SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN LA LEY 1437 DE 2011-Cuando se soporta en principios desborda la regulación legal y amplía indebidamente los poderes del juez administrativo. SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE CONTRATOS-Improcedencia porque el contrato surge de la voluntad de las partes y no de la decisión unilateral de ellas. REQUISITOS PARA DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES-Los requisitos para decretarlas están en el artículo 231 CPACA.

La Empresa de Servicios Públicos de Aguazul SA ESP formuló **demanda de controversias contractuales** contra Elecofasa Internacional SA y otro, para que se declarara la nulidad absoluta del contrato de alianza estratégica celebrado el 24 de diciembre de 2019, para diseñar e implementar un parque tecnológico y ambiental para el tratamiento y transformación de los residuos sólidos urbanos en el municipio de Aguazul, Casanare, pues no se cumplieron los requisitos mínimos legales en su



celebración. La parte demandante solicitó **medida cautelar de suspensión del contrato**, pues la sociedad encargada de manejar la planta no tiene experiencia, recursos, ni pólizas para la ejecución del contrato. Agregó que en la celebración del contrato no se cumplieron los requisitos legales y que se causarían graves perjuicios económicos, porque la demandada haría efectiva la cláusula penal. El 1 de octubre de 2020, el Tribunal Administrativo de Casanare **decretó la medida cautelar y suspendió los efectos del contrato**. Sostuvo que la cláusula penal se redactó únicamente en favor de los demandados, que su ejecución representaría un perjuicio patrimonial para la demandante y que el contrato no incluye el procedimiento para revertir la entrega del predio en caso de presentarse una situación que perjudique la prestación del servicio público de aseo. Determinó que la demandante retomaría el manejo y administración de la planta y asumiría las obligaciones de la licencia ambiental. La parte demandada esgrimió, en el recurso de **apelación**, que la suspensión del contrato podría generar graves perjuicios, pues el contrato dejaría de generar utilidades y se podría ejecutar la cláusula penal. Agregó que la demandante no acreditó que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar y que la demandante nunca ha dejado de manejar la planta, pues la ejecución del contrato no implica la cesión o el traslado de las competencias de Empresa de Servicios Públicos de Aguazul a los demandados.

1. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 150 CPACA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra los autos dictados en primera instancia por los Tribunales Administrativos. En consonancia, el artículo 243.2 prevé que el auto que decreta una medida cautelar es susceptible del recurso de apelación y será decidido por el Consejero Ponente, conforme al artículo 125. Esta Corporación es competente en razón a la cuantía, pues el valor de la pretensión mayor asciende a \$66'112.500.000 suma que supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 152.6, esto es, \$438.901.500¹.

2. Según los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 los contratos que celebren las entidades estatales que prestan servicios públicos no estarán sujetos a las

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2020, \$877.803, por 500.



disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por ello, el régimen de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, así como la fase de formación del negocio jurídico, se rigen por el derecho privado. La Sala Plena de la Sección Tercera aclaró la aplicación de ese régimen y consideró que los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos, salvo aquellos casos en los cuales la ley disponga expresamente lo contrario².

Como la actividad contractual se rige por el derecho privado, no solo durante la ejecución del contrato, sino que abarca todas sus fases, es decir, desde la formación del negocio jurídico hasta la etapa postcontractual, la regla predominante será que el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y su fuerza obligatoria solo desaparece por mutuo disenso o por causas legales (artículo 1602 CC). De ahí que, la ejecución del contrato de alianza estratégica, en principio, está determinada por el acuerdo que hayan alcanzado las partes.

3. El artículo 229 CPACA prevé que en los procesos declarativos el juez podrá decretar medidas cautelares, a petición de parte, cuando considere que son necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En concordancia, el artículo 230 señala que se podrán decretar una o varias de las siguientes medidas: (i) ordenar que se mantenga la situación o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, (ii) suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, cuando no exista otra posibilidad de superar la situación que dé lugar a su adopción, (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo, (iv) 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 o (v) impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Aunque los jueces pueden suspender provisionalmente un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual, no están facultados para suspender un contrato, ni sus cláusulas o eventuales modificaciones, pues estas

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 3 de septiembre de 2020, Rad. 42003 [fundamento jurídico 61].



surgen de la voluntad de ambas partes y no corresponden a una declaración unilateral de la administración³. Para suspender el contrato o sus obligaciones se requiere un acuerdo de voluntades de ambas partes y no es suficiente la voluntad unilateral de una de ellas. Los contratos a menos que se anulen, luego de un proceso judicial, se celebran para ejecutarse. Los jueces no tienen competencia constitucional alguna para coadministrar. Por ello, el juez no tiene competencia alguna para “suspender provisionalmente” los efectos de un contrato.

4. Según el artículo 231 CPACA, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos: (i) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho, (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados, (iii) 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 y (iv) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o existan serios motivos para considerar que los efectos de la sentencia serían nugatorios.

5. La parte demandante solicitó la suspensión del contrato de alianza estratégica celebrado el 24 de diciembre de 2019, para diseñar e implementar un parque tecnológico y ambiental para el tratamiento y transformación de los residuos sólidos urbanos en el municipio de Aguazul, Casanare. Como el contrato deviene de la voluntad de las partes y no de un acto administrativo de carácter unilateral, la suspensión de sus efectos, en principio, requiere un acuerdo de voluntades de ambas partes. Además, la demandante no acreditó que no exista otra posibilidad de superar la situación que justifique la suspensión de los efectos del contrato. Además, la solicitud de medida cautelar se fundamentó en hechos que sólo podrán estudiarse en el fallo en el que se revise la alegada nulidad del contrato, como el cumplimiento del manual de contratación, la experiencia del contratista y el

³ La Sala concluyó que no procede la suspensión provisional de los contratos, aun en aquellos que se rigen por la Ley 80 de 1993. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 19 de julio de 2007, Rad. 34059 [fundamento jurídico 2, párrafos 10-11], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo A*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 834-835, disponible en: <https://cutt.ly/Akgynhf>



5

Expediente n°. 66.334

Demandante: Empresa de Servicios Públicos de Aguazul SA ESP
Revoca medida cautelar

cumplimiento de los requisitos legales para su celebración. El demandante tampoco sustentó con suficiencia los requisitos previstos en el artículo 231 CPACA, pues no acreditó, entre otras, que resultara más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que suspender los efectos de un contrato cuya existencia y validez son objeto de estudio en el presente proceso y que al no otorgarse la medida se causa un perjuicio irremediable, por ello, se revocará la decisión apelada.

RESUELVE

PRIMERO. REVÓCASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 1 de octubre de 2020.

SEGUNDO. En firme esta decisión **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HDN/LMM/Expediente digital