

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil ocho (2008).

No. de Radicación: 25000232600020070053301

No. interno: 35.827

Actor: M.S. Ingeniería Ltda.

Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Proceso: Acción contractual

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 29 de mayo de 2008, por medio del cual la Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la medida de suspensión provisional de las Resoluciones Nos. SSPD – 20065270030855 del 18 de agosto de 2006, y SSPD – 20065270041945 del 1º de noviembre de 2006, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y la solicitud de suspensión provisional

1.1. El 24 de septiembre de 2007, la sociedad MS Ingeniería Ltda., por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda contractual contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a efectos de que se declare la ilegalidad de las Resoluciones Nos. SSPD – 20065270030855 del 18 de agosto de 2006, y SSPD – 20065270041945 del 1º de noviembre de 2006; se decrete el incumplimiento del contrato de consultoría No. 336 suscrito entre las partes y, por

último, se condene a la indemnización de perjuicios correspondiente (fls. 2 a 20 cdno. ppal.).

Mediante los actos administrativos demandados, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios declaró y, consecuencialmente, confirmó previa interposición del recurso de reposición, la caducidad del contrato, siniestró la garantía única de cumplimiento y ordenó hacer efectiva la misma.

1.2. En el escrito de la demanda, se solicitó la suspensión provisional de los actos demandados con fundamento en la manifiesta infracción de normas superiores, al haber transgredido el contenido del derecho al debido proceso (art. 29 C.P.), y lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 (fls. 15 y 16 cdno. ppal.).

Como argumentos de la solicitud, expuso, en síntesis, los siguientes:

1.2.1. El artículo 14 de la ley 80 de 1993, es claro y contundente al señalar que la cláusula de caducidad, en cuanto potestad excepcional al derecho común, sólo puede incluirse de manera obligatoria en los contratos de obra pública, en los que tengan por objeto la explotación de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, o la explotación y concesión de bienes del Estado. De otro lado, es posible pactar la mencionada cláusula, de forma facultativa, en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

1.2.2. Los contratos de consultoría no están mencionados dentro de la enumeración que trae el numeral 2 del mencionado artículo 14; así mismo, vale la pena destacar que, el objeto, naturaleza y regulación del contrato No. 336 de 2005, son las propias de un contrato de consultoría. En consecuencia, no puede discutirse que la ley prohíbe que en esta clase de contratos se pacte y, eventualmente, se aplique el mecanismo de la caducidad, lo que deja a la Superintendencia sin fundamentos legales para decretarla en este caso concreto.

1.2.3. Dado que MS Ingeniería Ltda., tiene por objeto actividades de contratación y desarrollo de obras, proyectos, servicios y consultorías con las entidades estatales, y que el efecto propio de la caducidad es la inhabilidad para el contratista en relación con la posibilidad de participar en procesos de contratación pública –así como la obligación de ceder los contratos que estén en ejecución–, es claro que de mantenerse la aplicación de los actos administrativos demandados, se causaría un grave perjuicio a la sociedad demandante.

1.2.4. Finalmente, haber tramitado una solicitud de aclaración y adición formulada en contra de la Resolución No. SSPD – 20065270030855 del 18 de agosto de 2006, como si fuera un recurso de reposición, y luego negarse a tramitar el que después sí fue interpuesto efectivamente en contra del referido pronunciamiento, constituye una flagrante violación al debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Carta Política.

2. Providencia impugnada

Por auto de 29 de mayo de 2008, la Sección Tercera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda de la referencia y, de otra parte, denegó la medida de suspensión provisional formulada en contra de los actos administrativos censurados (fls. 63 a 68 cdno. ppal. 2ª instancia).

En apoyo de lo anterior, el *a quo*, precisó:

“(…) No existe duda entonces que el contrato examinado es un contrato de consultoría y que dentro del mismo se pactó cláusula de caducidad. Igualmente, al confrontar el texto legal transcrito con el acto administrativo demandado no se vislumbra, prima facie, ningún atentado contra la legalidad, salvo que para hallarla sea necesario ahondar por la Sala en el contenido del contrato mismo, porque el acto acusado no hace otra cosa que dar aplicación a una de las cláusulas del acuerdo contractual.

“El acto administrativo que declara la caducidad del contrato de consultoría, desde el punto de vista formal está motivado y se funda en los motivos que la entidad encontró ocurridos para aplicar la cláusula excepcional pactada. Por tanto, es forzoso concluir que si no se hubiera estipulado en el contenido del pacto contractual difícilmente podríamos mantener su legalidad. Quiere decir la Sala que ya no podríamos hablar de confrontación directa entre el acto administrativo y la ley sino de enfrentar

en parangón indirecto una de las estipulaciones contractuales con la ley. Es decir habría que realizar un juicio conceptual adicional al cotejo del acto y la norma y trasladarlo a un universo distinto al previsto en el art. 152 del C.C.A. para dar aplicación a la medida de suspensión provisional, al plano de las facultades de la administración, la legalidad y el principio de la autonomía de la voluntad de los contratos.

“En el evento de que por vía del entendimiento expuesto pueda darse válidamente aplicación a la norma que regula el instrumento jurídico de la suspensión provisional de los actos administrativos, es preciso advertir por la Sala que el texto literal del numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993, en ninguno de sus apartes prohíbe expresamente su pacto o se hace referencia a que dentro del contrato de consultoría esté vedado como tampoco autorizado el acuerdo que la administración pueda imponer la estipulación excepcional de que pueda dar por terminado de manera unilateral y anticipadamente al plazo convenido, un contrato por alguna de las razones allí establecidas. Es decir que el legislador omitió esa referencia y dejó al juez natural del contrato resolver los problemas que se susciten en torno a ella.

“Recuerda la Sala que en vista de que la prohibición o autorización de pactar la aludida estipulación excepcional al derecho común en un contrato estatal de consultoría no prevista en la ley, la jurisprudencia en cada caso concreto es la que ha tratado de solucionar el dilema, acudiendo a diferentes medios de interpretación judicial. Aspecto sobre el cual el asunto no es pacífico, como se deduce de por ejemplo de la decisión de la Sección Tercera del Consejo de estado de 30 de noviembre de 2006, ya referenciada, que presenta la aclaración de uno de los integrantes de la Sala sobre este tema específico.

“Entonces, si en el caso concreto del tenor literal de la normatividad pertinente consagrada en la ley 80 de 1993, no se desprende con claridad meridiana que esté prohibido dicho acuerdo, menos cuando un contrato así lo consignó puede concluirse, sin examen de fondo, que el acto que la declara sea ilegal y desconozca la ley.

“Tratándose de un cargo que se desprende de una interpretación normativa, el estudio de si la entidad contratante incumplió la ley al decretar la caducidad no radica en su posible ilegalidad sino en la ausencia de motivos o falsos motivos para decretarla...

“(...) Aclara la Sala, que si bien es cierto que mediante providencia de 16 de mayo de 2007, la Subsección B, de la Sección Tercera de esta Corporación, concedió el amparo como mecanismo transitorio al derecho fundamental al debido proceso administrativo, ordenando la suspensión temporal de los efectos jurídicos de las Resoluciones (...) lo hizo por un término de cuatro meses, indicando expresamente que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos demandados estaba en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de la acción correspondiente que estaba obligada a promover la tutelante, acompañada de solicitud de suspensión provisional.

“(...)” (fls. 64 a 68 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión anterior, la parte demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la determinación del Tribunal y, en su lugar, sea decretada la medida provisional deprecada (fls. 69 y 77 a 78 cdno. ppal. 2ª instancia).

El fundamento de la impugnación fue desarrollado en los términos que se exponen a continuación:

3.1. La providencia impugnada contiene una antinomia insuperable. Por una parte reconoce que la suspensión provisional procede frente a los actos administrativos expedidos en desarrollo de la actividad contractual, pero al propio tiempo la niega porque para establecer la legalidad del acto que declara la caducidad se debe acudir a revisar la legalidad de la estipulación contractual que lo consagra.

3.2. En síntesis, el tribunal negó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, porque una de las cláusulas del contrato contempló su aplicación. De prohibirse interpretación semejante, nunca sería viable decretar la suspensión provisional de actos administrativos contractuales, puesto que al hallar fundamento en el contrato, no sería viable su confrontación con normas superiores, sin previamente analizar y revisar la legalidad del negocio jurídico.

3.3. En la argumentación del tribunal, subyace la adhesión incondicional a la tesis que desconoce el carácter de *potestad pública* a la figura de la caducidad, para ubicarla en el ámbito de la autonomía de la voluntad, en franca contradicción de la ley y la jurisprudencia decantada por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo.

3.4. Tanto la ley 80 de 1993, como la ley 1150 de 2007, atribuyen a la caducidad el carácter de una potestad pública, la cual no pierde en modo alguno

porque sea objeto de pacto contractual como tampoco porque se le pretermita. Y, en cuanto tal, debe sujetarse a la más estricta y rigurosa legalidad. Una potestad pública no puede utilizarse sino en las hipótesis explícitamente previstas por la ley, y menos aún puede ejercerse contra expresa prohibición legal.

4. Trámite de segunda instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de proveído de 24 de julio de 2008, concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl. 72 cdno. ppal. 2ª instancia).

II. CONSIDERACIONES

1. Contenido y alcance de los actos cuya suspensión se solicita

La parte decisoria de las Resoluciones Nos. SSPD – 20065270030855 del 18 de agosto de 2006, y SSPD – 20065270041945 del 1º de noviembre de 2006, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, son del siguiente tenor literal, respectivamente:

“Artículo 1º. Declarar la caducidad del contrato número 336 de 2005 celebrado con la firma MS Ingeniería Ltda., identificada con NIT 830.059.695-4.

“Artículo 2º. Ordenar la liquidación del contrato número 336 de 2005 en su estado actual.

“Artículo 3º. Declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento y hacer efectiva la garantía otorgada por el contratista...

“Artículo 4º. Contra la presente resolución procede el recurso de reposición el cual podrá presentarse ante este despacho dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta resolución.

“Artículo 5º. Notifíquese el contenido de esta resolución...

“

“Artículo 1º. No reponer en la forma solicitada por el CONTRATISTA MS INGENIERÍA LTDA. Y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la Resolución SSPD – 20065270030855 de 2006.

“Artículo 2º. Notificar personalmente el contenido de esta resolución...

“Artículo 3º. La presente resolución rige a partir de su expedición y contra ella no procede ningún recurso, quedando así agotada la vía gubernativa. (fls. 13 a 33 y 44 a 57 cdno. anexos – mayúsculas del original).

2. La suspensión provisional de los actos administrativos como medida cautelar en el proceso contencioso

El artículo 152 del C.C.A. establece como requisitos para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos los siguientes:

“1º) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida;

2º) Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud;

3º) Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquella, se suspenden los atributos de fuerza ejecutiva¹ y ejecutoria² del acto administrativo, con la finalidad de proteger los

¹ “Es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento del acto administrativo. La obligatoriedad es una característica insoslayable del acto administrativo, que asegura a la autoridad la disposición exclusiva sobre la eficacia del acto como garantía de los intereses que tutela la Administración. Todo acto administrativo regular tiene la propiedad de ser especialmente ejecutivo; es una cualidad genérica inseparable del acto, con independencia de que se ejecute o no, lo cual puede depender ya de la decisión adoptada por la misma Administración, ya de la suspensión dispuesta por órgano jurisdiccional.

“(…) Ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto. Es la regla general de los actos administrativos y consiste en el principio de que una vez perfeccionados producen todos sus efectos, sin que se difiera su cumplimiento...” DROMI, Roberto “Derecho Administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 10 ed., pág. 384 y 385.

derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona.

Para su procedencia deben tenerse en cuenta los siguientes parámetros de índole formal y sustancial:

a) La medida cautelar debe ser solicitada y sustentada en la demanda o en escrito separado a ella; no es posible su formulación genérica, sino que, como requisito de procedibilidad, debe ser sustentada expresamente; así mismo, debe ser planteada en un capítulo de la demanda o en escrito separado.

b) Si la acción es la de simple nulidad (art. 84 C.C.A.), basta con que se acredite la infracción manifiesta del acto o actos acusados con preceptos normativos de rango superior. Esta discrepancia, a efectos de que proceda efectivamente la medida, debe ser fácilmente apreciable, directa, es decir, perceptible por el juez sin necesidad de recurrir a instrumentos hermenéuticos o análisis probatorios.

c) Si la acción es distinta a la de nulidad, además de señalar o indicar la violación de la ley en sentido material, debe probarse, al menos sumariamente, el posible perjuicio o detrimento que generaría la aplicación del acto o actos demandados, y cuya suspensión se pretende³.

En relación con este requisito, la Sala ha puntualizado:

"El legislador ha establecido ciertos requisitos para la prosperidad de la medida cautelar de la suspensión provisional por cuanto ante todo se presume la legalidad de los actos administrativos y por ello es indispensable que quien pretenda desvirtuarla asuma su carga de prueba (art. 177 C. de P. C.) y demuestre en forma sumaria el perjuicio grave que la ejecución de los actos demandados le causa o le pudiera causar en el futuro, exigencia contenida en

² "Partiendo de la concepción de que el poder del Estado es uno y único, no podemos negar a la Administración la capacidad para obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y la habilite a ejecutarlos." *Ibidem*.

³ Si la acción es la contractual, debe precisarse que no es posible solicitar la suspensión provisional del contrato estatal objeto de la controversia, mas si la de los actos administrativos proferidos por la entidad contratante que se produzcan con ocasión de aquél. En ese sentido ver sentencia de 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

el ordinal 3º. del artículo 152 del C.C.A. y sobre la cual no es suficiente la simple conjetura de un perjuicio o que éste pueda suponerse en forma más o menos razonada por el juzgador, omisión que sería suficiente para denegar la suspensión provisional solicitada.”⁴

d) Los efectos del acto no han debido materializarse de manera total, de lo contrario, la procedencia de la medida cautelar queda obstaculizada, puesto que el acto se ha cumplido y, por lo tanto, ella se tornaría inocua, ya que los efectos del mismo se habrían generado, circunstancia por la cual carecería de objeto y sentido.⁵

La Sala verificará si, en este caso, se cumplen los presupuestos indicados teniendo en cuenta los argumentos de la solicitud de suspensión provisional y del recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, decidirá sobre la procedibilidad de la medida solicitada.

3. El caso concreto

Realizadas las anteriores precisiones, la Sala revocará el proveído objeto de apelación con apoyo en el razonamiento que se expone a continuación:

3.1. A diferencia de lo señalado por el *a quo*, en el caso concreto no reviste importancia el hecho de que exista una cláusula contractual en la cual las partes, presuntamente, pactaron la caducidad; lo anterior, toda vez que el principio de autonomía de la voluntad no puede invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, máxime si la discusión gira en torno a una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común, que permite a la administración contratante ejercer determinaciones que modifican el contrato, y pueden llegar, inclusive, a imponer sanciones en cabeza del contratista.

4 Consejo de Estado, auto de 21 de enero de 1999, exp. 15111, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

5 En ese sentido, ver sentencia de 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alíer E. Hernández Enriquez.

En ese sentido, la autonomía de la voluntad no puede suplir la habilitación legal necesaria para estos efectos, toda vez que, como se precisó, la existencia y el ejercicio de la cláusula de caducidad depende de forma ineluctable de la previa y expresa consagración en la ley, en los términos fijados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

3.2. Desde esa perspectiva, el principio de legalidad se erige como baluarte orientador, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones que explícitamente están contenidas en la ley y, por lo tanto, son responsables por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De otro lado, el principio de legalidad de la actuación administrativa, parte del hecho de que toda potestad o facultad pública debe estar previamente consignada o habilitada por la ley. Por consiguiente, en el caso concreto, es evidente que el principio de la autonomía de la voluntad, es entendido como la posibilidad con que cuentan las partes de un negocio jurídico de emitir, expresar y fijar libre y voluntariamente los actos jurídicos privados⁶.

3.3. En consecuencia, es el principio de legalidad el que, en el caso concreto, debe marcar la pauta a efectos de determinar si los actos administrativos demandados controvierten, *prima facie*, el ordenamiento superior, concretamente los postulados normativos contenidos en los artículos 29 superior, y 14 de la ley 80 de 1993⁷.

⁶ "La teoría de la autonomía de la voluntad no se contenta con esta exaltación de la voluntad soberana creando las relaciones jurídicas. Ella enseña que esta voluntad sólo debe limitarse por motivos imperiosos de orden público (art. 6 Cod. Civ.), que estas restricciones deben reducirse al mínimo, que los intereses privados libremente discutidos concuerdan con el bien público y que ninguna injusticia puede nacer del contrato, puesto que las obligaciones se asumen libremente." PLANIOL y RIPERT "Droit Civil Français", Tomo VI, pág. 21. Ob. Cit. BERCAITZ, Miguel Ángel "Teoría General de los Contratos Administrativos", Ed. Depalma, 1980, 2ª edición, pág. 27 y 28.

⁷ "El principio de legalidad de las prerrogativas de poder público es por consiguiente una constante en nuestro derecho... una vez establecida la necesidad de un texto legal que autorice el ejercicio de la prerrogativa de la administración contratante hemos de abordar el análisis del fundamento y de la naturaleza de las cláusulas excepcionales." BENAVIDES, José Luis "El Contrato Estatal", Ed. Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, pág. 334.

3.4. Como se aprecia, en el asunto *sub examine*, de la simple comparación de los actos demandados frente a las disposiciones contenidas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, se evidencia una trasgresión del ordenamiento jurídico, por cuanto, el contrato de consultoría no es de aquellos en los cuales la norma haga referencia en relación con la obligatoriedad o facultad de pactar la potestad exorbitante de la caducidad.

En efecto, el artículo 14 del Estatuto de Contratación Pública, dispone:

“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

“1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

“En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

“Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

“2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

“En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

“Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

“Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por

objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

3.3. Es por ello que de la lectura del texto anterior, se tiene que el contrato de consultoría no está contenido en ninguno de los grupos identificables a partir de la citada regulación normativa, esto es: i) en los que se entienden pactadas las cláusulas exorbitantes; ii) en los que las partes pueden estipularlas expresamente, y iii) en los que no resulta o deviene procedente su estipulación, por expresa prohibición legal.

En consecuencia, frente a un número plural de contratos estatales de diversa índole, no existe regulación expresa por cuanto no se encuentran mencionados en el citado artículo 14 *ibídem*.

Así las cosas, frente a esos precisos negocios jurídicos, la jurisprudencia de la Sala ha puntualizado:

“En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales. Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones: De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios.”⁸

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 30832, M.P. Alíer E. Hernández Enriquez.

En esa perspectiva, la autonomía de la voluntad, entendida esta última como uno de los principios básicos del liberalismo moderno, no puede transgredir los postulados legales; *a contrario sensu*, *"cada vez aparecen más limitaciones como consecuencia de la mayor intervención estatal en el tráfico privado imponiendo relaciones jurídicas, regulando imperativamente ciertos contratos, protegiendo determinados sectores, etc., por razones de estrategia política, económica, de conveniencia o por las propias necesidades que la transformación de la sociedad impone, todo ello en el marco político derivado del nuevo concepto de la función del poder público en el Estado Social."*⁹

3.4. Por lo tanto, la confrontación normativa entre los actos demandados y el artículo 14 de la ley 80 de 1993, no debe hacerse bajo el prisma de la estipulación contractual, en los términos descritos por el *a quo*, puesto que la caducidad del negocio jurídico es un poder exorbitante que si bien puede estar pactado en un contrato estatal, halla su fundamento directo en la ley, sin que las partes puedan apartarse de la regulación expresamente establecida en la mencionada disposición legal.

3.5. En consecuencia, si bien los actos administrativos demandados pueden tener origen y fundamento en el contrato y, por consiguiente, es posible confrontar su legalidad en relación con el propio texto contractual por ser el negocio jurídico el documento en el cual se detallan, establecen y desarrollan el contenido y alcance de las obligaciones, así como de los poderes exorbitantes y cláusulas excepcionales pactadas, lo cierto es que, en el asunto *sub examine*, la medida cautelar se dirige a cuestionar un aspecto de pura legalidad concerniente a la existencia y alcance de la competencia de la entidad demandada frente al ejercicio y consecuenal declaratoria de la caducidad del contrato.

En ese orden, el parangón normativo se establece entre los actos administrativos cuya legalidad se cuestiona, y el artículo 14 de la ley 80 de 1993,

⁹ Cf. BALLESTEROS Garrido, José Antonio "Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad", Ed. J.M. Bosch, 1999, Pág. 28.

que expresamente regula en qué oportunidades y eventos es posible pactar la cláusula de caducidad del contrato.

Definido lo anterior, la Sala decretará la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, toda vez que un análisis normativo preliminar (*prima facie*) conduce a precisar que la imposición de la caducidad, en los términos contenidos en las Resoluciones Nos. SSPD – 20065270030855 del 18 de agosto de 2006, y SSPD – 20065270041945 del 1º de noviembre de 2006, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios evidencia una manifiesta infracción del artículo 14 de la ley 80 de 1993, puesto que se trata de una norma de orden público, en desarrollo del principio de legalidad de las funciones y atribuciones de la administración pública, que regula una potestad sancionatoria (inhabilidad del contratista) y que, por consiguiente, su interpretación debe hacerse desde la panorámica de una hermenéutica restrictiva, so pena de vulnerar el derecho constitucional al debido proceso.

3.6. En efecto, la sola comparación (confrontación directa) de los actos demandados con el mencionado texto legal, conduce a afirmar que, en el caso concreto se estaría ante una falta de competencia por razón de la materia (*ratione materiae*), por parte de la entidad pública contratante, ya que de la simple lectura del artículo 14 de la ley 80 de 1993, se desprende una manifiesta o palmaria infracción con el referido precepto legal, puesto que en relación con el contrato de consultoría no existe habilitación legal expresa que permita ejercer la potestad excepcional de la caducidad del contrato¹⁰.

3.7. De otro lado, en lo que concierne al requisito a que hace referencia el numeral 3 del artículo 152 del C.C.A., esto es, la prueba al menos sumaria del perjuicio que se ocasionaría con la ejecución del acto administrativo cuya suspensión se solicita, la Sala infiere que la sola inhabilidad para contratar que se desprende de la declaratoria de caducidad, que consagra el numeral 1 del artículo

¹⁰ “De todos modos, tratándose de un enunciado de evidente carácter general, la libertad contractual debe considerarse la regla, y el límite, la excepción; y, por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor debe ser reclamado expresamente.” MESSINEO, Francesco “Doctrina General del Contrato”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, pág. 15.

8 de la ley 80 de 1993, constituye ese elemento formal, puesto que esa específica circunstancia acreditaría por sí sola, el eventual perjuicio patrimonial y jurídico que se acarrearía a la sociedad demandante con la ejecución de los actos demandados.

3.8. Definido lo anterior, como se precisó la Sala accederá a la medida cautelar deprecada, por cuanto se cumple a cabalidad con los requisitos legales para ordenar la suspensión de los efectos de los actos demandados; lo anterior, en razón que del cotejo normativo realizado se puede establecer que los actos censurados podrían lesionar el ordenamiento jurídico contractual vigente, así como irrogar un perjuicio antijurídico a la sociedad demandante, circunstancia por la cual resulta viable y oportuno decretar la medida previa reclamada en el escrito de la demanda, con miras a evitar la generación de un perjuicio de mayor envergadura o magnitud y, correlativamente, una reparación en las mismas proporciones con las respectivas consecuencias patrimoniales para la entidad demandada.

Por lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Primero. Revócase el auto del 29 de mayo de 2008, proferido por la Subsección A, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó la solicitud de suspensión provisional elevada en contra de las las Resoluciones Nos. SSPD – 20065270030855 del 18 de agosto de 2006, y SSPD – 20065270041945 del 1º de noviembre de 2006, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Segundo. En consecuencia, **decrétase** la suspensión provisional de los actos demandados dentro del proceso de la referencia, esto es, de las Resoluciones Nos. SSPD – 20065270030855 del 18 de agosto de 2006, y SSPD – 20065270041945 del 1º de noviembre de 2006, proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidenta de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA