





### Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

contratación de un Operador Especializado (operador-constructor) para la Prestación del Servicio de Aseo en todos sus Componentes en el Municipio de Arauca, Departamento de Arauca", con un plazo de ejecución de 15 años y por un valor indeterminado..

- Que la finalidad de dicho contrato es en primer término, realizar los estudios, diseños y licenciamiento de relleno sanitario; en segundo término, la Construcción del relleno sanitario y por último la Prestación del Servicio Público Domiciliario de Aseo en el municipio de Arauca, en todos sus componentes, es decir que el contrato tiene 3 objetos contractuales.
  - Que la empresa contratista dio inicio a la ejecución del objeto el 1 de febrero de 2013, en lo que tiene que ver con la prestación del servicio público domiciliario de aseo en todos sus componentes y que solo hasta el mes de septiembre de 2014 se llevó a cabo la terminación de la construcción de la primera celda o fase del relleno sanitario, incumpliendo así con la cláusula 7ª del mencionado contrato.
  - Que debido a la falta de capacidad financiera, técnica y operativa, la empresa contratista EMAAR S.A. ESP, el servicio de aseo en todos sus componentes, se ha visto sustancialmente afectado llevando a la proliferación de basureros satélites en el municipio; y que el operador especializado, viene incrementando desmesuradamente las tarifas por concepto de servicio de aseo, lo que se refleja en la facturación mensual de los usuarios.
  - Que en la celebración de contrato, no se adoptaron medidas afirmativas a favor de los recicladores del municipio de Arauca para que participaran en el proceso de selección del contratista y así garantizar sus derechos laborales como grupo empresarial organizado que son.
  - Señala que *"la excepción de inconstitucionalidad la fundamenta, en la decisión adoptada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Rad. No A.P.250000232400020110022701, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, el cual inaplicó el aparte del inciso 1º del art. 144 del CPACA."*
3. No obstante, con posterioridad, con escrito presentado el 14 de abril de 2015 ante el Despacho al cual correspondió inicialmente el conocimiento por reparto, presentó reforma y adición de la demanda en la que se adicionaron entre otros los siguientes hechos:
- Que la Junta Directiva de la empresa de Servicios Públicos de Arauca EMSERPA EICE ESP, INTEGRADA POR EL Alcalde del municipio de Arauca, el Secretario de Hacienda municipal, el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación municipal, los secretarios municipales de Obras Pública y Agricultura; y, el Gerente de EMSERPA se reunieron el 26 de octubre de 2012, para tomar decisiones Administrativas para el buen funcionamiento de dicha empresa de servicios públicos y se allegó *"Estudios Previos de Justificación, Conveniencia, Oportunidad y Análisis de Riesgo, para contratar un OPERADOR ESPECIALIZADO (OPERADOR –CONSTRUCTOR) DEL SISTEMA DE ASEO DEL MUNICIPIO DE ARAUCA, DEPARTAMENTO DE ARAUCA.*
  - Que uno de los requisitos habilitantes es la experiencia en la construcción y operación de rellenos sanitarios, la cual acreditan dentro del proceso, pero en la realidad subcontratan los estudios diseños y construcción del relleno sanitario.
  - Que el plazo autorizado para éste tipo de contratos es de ocho (8) años, no obstante en el contrato 135 de 2012 se pactó por quince (15) años.
  - Que la empresa contratista EMAAR S.A. E.S.P. *ha venido vulnerando a las personas dedicadas a la actividad de reciclaje derechos fundamentales como el derecho al trabajo y con ello, el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, entre otros.*



### Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

- Que EMAAR S.A. ESP, no está cumpliendo con el aprovechamiento de los residuos, lo que conlleva a que se reduzca la vida útil del relleno sanitario, así como también se eleve el cobro del servicio de aseo en el municipio de Arauca.
- Que el 31 de enero de 2013 EMSERPA y EMAAR, firmaron el contrato No 018 cuyo objeto es el "arrendamiento de vehículo automotor compactador para la recolección de residuos sólidos en el municipio de Arauca" con un plazo de tres (3) meses y por valor de diez millones de pesos (\$10.000.000), los cuales deben cancelar los cinco (5) primeros días de cada mes, firmándose este contrato para dar inicio al contrato de operación especializada, ya que EMAAR no contaba con el parque automotor mínimo para prestar el servicio de recolección de residuos; y, la empresa contratista dio inicio a la ejecución del objeto contractual en lo que tiene que ver con la prestación del servicio domiciliario de aseo, el 1º de marzo de 2013, abriendo sus oficinas de reclamos dentro de las instalaciones de EMSERPA, esto es haciendo uso de bienes público en pro del lucro de empresas de capital privado pues no se observa pago alguno por el uso de dichas instalaciones.
- Con respecto a la afectación sustancial del servicio por falta de capacidad financiera, técnica y operativa agrega en su adición que esto "afloja" e primer lugar en el inventario de vehículos; que realiza la recolección de residuos en vehículos inadecuados como volquetas, e igualmente la planta de personal es insuficiente tanto para la recolección de residuos como para la ejecución de actividades contractuales, incumpliendo así con lo establecido en los estudios previos de justificación, conveniencia, oportunidad y análisis del riesgo.
- Que EMAAR ha incumplido las obligaciones adquiridas en los contratos No 135 de 2012 y 018 de 2013 al presentar mora en el pago del alquiler del vehículo compactador.
- Que hasta el 29 de julio de 2013 la contratista presentó ante Corporinoquía, el estudio de impacto ambiental con los diseños para adelantar el trámite de licencia ambiental para el proyecto de construcción y operación del relleno sanitario en el municipio de Arauca, y esta le fue otorgada mediante Resolución No 700.41.14-020 del 3 de marzo de 2014 y solo hasta el mes de septiembre de 2014 se llevó a cabo la construcción de una celda del relleno sanitario y hasta la fecha no se ha construido en totalidad.
- Que buscando ampliar el porcentaje de subsidios por concepto de servicio de aseo, con la finalidad de fortalecer financieramente a la empresa EMAAR S.A. ESP, el Alcalde del municipio de Arauca el 27 de febrero de 2015 presentó ante el Concejo Municipal proyecto de Acuerdo "POR EL CUAL SE MODIFICA EL FACTOR DE LOS SUBSIDIOS A LAOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ASEO, ESTABLECIDO EN EL ACUERDO MUNICIPAL No. 200.02.012 de 2011 EN EL MUNICIPIO DE ARAUCA", por lo que la Procuraduría Regional de Arauca advirtiendo esto, envía el 5 de marzo de 2015 a los concejales del municipio Acción Preventiva con respecto del proyecto de acuerdo antes mencionado; y, en la misma fecha la Comisión primera del Concejo Municipal de Arauca vota negativamente dicho proyecto por carecer de requisitos exigidos en materia presupuestal y porque el mismo conlleva más que una medida de carácter social, una inyección de capital a la empresa EMAAR S.A. ESP.
- Que el 11 de marzo de 2015 se publicó sobre la inmovilización por parte de la Policía del Departamento de un carro compactador de la empresa EMAAR S.A. ESP, por mal estado de los neumáticos y el 12 del mismo mes y año se informa que esa empresa viene prestando el servicio de recolección de basuras en volquetas y una de ellas no cuenta con seguro obligatorio ni con logos corporativos y demás. Que por tal irresponsabilidad hace que se presente traumatismo en la prestación del servicio y se ponga en riesgo la vida de ciudadanos.



### Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

- Que el 13 de marzo de 2015 los residente del sector Chaparrito y vereda El Rosario donde se encuentra el relleno sanitario "Las Garzas", presentan queja a Corporinoquía, para denunciar el daño ambiental y riesgo en que se ha puesto la salud pública por las malas prácticas de seguridad e higiene del relleno sanitario, lo que repercutido en proliferación de roedores que acaban con los cultivos de arroz y demás y el aumento de aves de carroña que devoran las crías de los animales en dichos sectores.
- 4. Dentro del escrito de demanda, el demandante presentó solicitud de medida cautelar la cual amplió con la adición y reforma de la demanda, solicitando que se ordene al Alcalde y/o al Gerente de EMSERPA EICE ESP, suspenda la ejecución del contrato No 135 de 2012; se ordene a EMSERPA asuma la prestación del servicio público de aseo en todos sus componentes tal como lo estaba realizando antes de la celebración del contrato y se ordene al Municipio de Arauca concluya de manera inmediata y dentro de la disponibilidad presupuestal la construcción del relleno sanitario del municipio y a éste y la empresa EMSERPA, ajuste el aforo y respectiva facturas generadas con tarifa plena.
- 5. Dentro del término de traslado de la medida cautelar las demandadas EMSERPA EICE ESP y el Municipio de Arauca presentaron respectivamente sus escritos de oposición frente a las medidas solicitadas así:

**MUNICIPIO DE ARAUCA:** Sostiene que no el accionante no aportó documentos que otorguen elementos de juicio para concluir que existe prueba sobre la inminencia de la causación de un daño, supuesto que considera necesario para decretar la medida y arguye que en todo caso de encontrarse demostrado no habría lugar al decreto de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del contrato, considerando que aparecen como imposibilitantes, los únicos hechos legales para la materialización de la medida, enlistado en el artículo 26 de la Ley 472 de 1998 esto es, *evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger; evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.*

Señala que de hacerse efectiva la medida cautelar pretendida por el accionante generaría un verdadero perjuicio al interés público toda vez que EMSERPA no está en capacidad de asumir la prestación del servicio de aseo lo que generaría un caos afectándose los derechos colectivos como la salud pública y el medio ambiente entre otros, dado que se generaría para la empresa un costo superior y una obligación que no estaría la empresa en capacidad de asumir de manera repentina dado que la decisión de no continuar con la prestación directa del servicio de aseo, atiende al resultado del diagnóstico técnico, administrativo y financiero.

**EMSERPA EICE ESP:** Por su parte la empresa de servicios públicos de Arauca señala que no está probado que con la ejecución del contrato 135 de 2012, se esté produciendo un daño inminente y que por el contrario de aceptarse tal medida conllevaría a la producción de dicho daño dado que EMSERPA EICE ESP, no cuenta con los



## Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

recursos económicos ni la logística para llevar a cabo la recolección de basuras en la ciudad. En cuanto a la solicitud de ordenar al municipio de Arauca proceda a concluir la construcción del relleno sanitario de manera inmediata y dentro de la disponibilidad presupuestal señala que dicho relleno ya fue construido y en pleno funcionamiento y en cuanto a la solicitud de ordenar al municipio y a EMSERPA, ajustar el aforo y respectivas facturas generadas con tarifa plena, arguye que no sustenta el accionante su petición; pero aclara que las tarifas por concepto de prestación del servicio de aseo en el municipio no se establecen de manera caprichosa sino conforme a resoluciones 351 y 352 de 2005 expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento básico.

### II. CONSIDERACIONES

#### 1. Cuestiones preliminares.

El Artículo 229 del CPACA prevé lo concerniente a las medidas cautelares así:

*"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 significa prejuzgamiento."*

*"Parágrafo: Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los intereses colectivos y en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se registrarán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio".*

Como se colige de lo anterior, la nueva codificación modificó lo relacionado con el juez competente para pronunciarse acerca de la medida cautelar de suspensión provisional, en tanto que en primer lugar, según las previsiones del artículo 125 del CPACA, la decisión que decreta una medida cautelar debería ser adoptada por la Sala respectiva, por cuanto dicha disposición establece que en tratándose de Corporaciones Judiciales, las decisiones a que hace referencia el artículo 243, en sus numerales 1, 2, 3 y 4, deben ser adoptadas en forma colectiva por la Sala correspondiente:

*"ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

*(..)*

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



### Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

No obstante lo anterior, también ocurre que las normas especiales que en esa misma codificación se ocupan de regular la materia relacionada con las medidas cautelares, con toda claridad determinan que la decisión por medio de la cual se tramita y decide lo concerniente a la petición de una medida cautelar debe ser adoptada por el juez o Magistrado Ponente respectivo así:

*"Art. 233.- La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.*

***El Juez o Magistrado Ponente** al admitir la demanda, **en auto separado**, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.*

***Esta decisión**, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.*

***El auto que decida las medidas cautelares** deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. **En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente** deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.*

*Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada **por el Juez o Magistrado Ponente** podrá ser decretada en la misma audiencia.*

*Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. **Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso**". (Negrillas y subrayas adicionales).*

De conformidad con la disposición legal transcrita se tiene, de un lado, que la petición de una medida cautelar y la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos lo es porque así lo dispone en forma precisa el numeral 3 del artículo 230 de la Ley 1437, la que se debe resolver mediante una decisión distinta al auto admisorio de la demanda; de otro lado se encuentra que tal determinación, según el aludido artículo 233 *ibídem*, debe ser proferida por el Magistrado Ponente, lo cual encuentra plena concordancia con lo previsto en las normas que le preceden, a saber:

*"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.*



### Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

PARÁGRAFO. *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio". (Se destaca).*

(...)

"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:*

"(...)

"3. **Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.**

(...)"

Así las cosas, en punto de la definición del juez competente para resolver una solicitud de medida cautelar, resulta evidente que a pesar de las previsiones generales contenidas en el artículo 125 de la Ley 1437, están llamadas a prevalecer las disposiciones especiales que gobiernan el trámite y la resolución de tales medidas cautelares, normas que aunque se encuentran en una misma codificación además de ser especiales por razón de la materia también resultan posteriores, todo de conformidad con los dictados de los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887.

De esta manera, se reitera entonces que con sujeción a los dictados de los artículos 230 y siguientes de la Ley 1437, normas especiales y posteriores respecto del artículo 125 de la misma codificación, la determinación acerca de la procedencia, el decreto, el levantamiento, etc., de una medida cautelar deberá ser proferida por el Magistrado Ponente.

Así las cosas resulta dable afirmar que el auto que resuelve sobre la petición de una medida cautelar debe ser dictado por el respectivo Magistrado Ponente, por lo que la presente decisión será adoptada por el respectivo Magistrado Ponente, en Sala Unitaria.

Ahora bien, del párrafo de la citada norma, podría pensarse a primera vista, que dicha normativa deroga tácitamente lo dispuesto por la Ley 472 de 1998 en relación con las medidas cautelares. Empero, ello no es así, pues en tratándose de la protección de derechos colectivos, dichas normas debe ser interpretadas de manera armónica en consecuencia por lo que siendo el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, norma especial de las acciones populares, faculta al juez constitucional para que decrete **las medidas previas que estime pertinentes** para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

#### **2. Decreto de la suspensión provisional de actuaciones administrativas.-**

Ahora en cuanto al decreto de suspensión provisional de actuaciones administrativa, vale acotar que el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 dispone que la suspensión provisional como medida cautelar estará llamada a proceder cuando la violación deprecada "... 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".



**Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca**

En materia de derechos colectivos, el decreto de las medidas cautelares depende de que estas resulten procedente para prevenir un daño inminente a esta clase de derecho o hacer cesar el que se hubiere causado a aquellos, pero debe soportarse en elementos probatorios idóneos y válidos que sean demostrativos de tales circunstancias; no obstante, dichas medidas solo deben acogerse cuando se considere que no existe 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 pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

En el presente asunto considera el Despacho no se dan los presupuestos para decretar las medidas cautelares solicitadas, pues en tratándose de los derechos colectivos que se arguyen vulnerados y/o amenazados esto es la Moralidad Administrativa, el patrimonio público, libertad de competencia económica, resulta imprescindible el análisis exhaustivo de todo el material probatorio que se disponga recaudar en el proceso para determinar la existencia o no de vulneración. Ahora en cuanto a los derechos de los consumidores y acceso a los servicios públicos de manera eficiente y oportuna, se precisa que se echa de menos la prueba con la que se constate la efectiva afectación de estos derechos pues de las pruebas obrantes en el expediente no se logra demostrar la falta de la infraestructura para la prestación del servicio y menos aún que haya existido deficiencia del mismo.

Considera el Despacho que con la pruebas hasta el momento allegadas, no puede en esta etapa procesal, concluirse la existencia o no de la transgresión de las normas invocadas. En consecuencia, se amerita la continuación del trámite del proceso, para que del análisis en conjunto de todas las pruebas que se logren recaudar se determine la existencia de las causales alegadas como fundamento de las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, se reitera, para el Despacho no resulta procedente la medida cautelar solicitada y en consecuencia se

**RESUELVE**

**PRIMERO: NEGAR** las medidas cautelares solicitadas por las razones expuestas.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS**  
Magistrado