

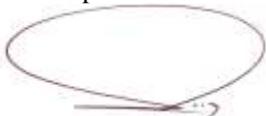
República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

Informe secretarial: Arauca (A), 08 de noviembre de 2023, en la fecha paso al Despacho del señor Juez el presente expediente, para que se resuelva sobre la medida provisional deprecada en la demanda. Sírvase proveer.



Julio Melo Vera
Secretario

Arauca, (A), 17 de noviembre de 2023.

Naturaleza : Protección de los Derechos e Intereses Colectivos. (Acción Popular)
Radicado No. : 81-001-33-33-002-2023-00026-00
Accionante : Yonnys Armando Escobar Bustamante Actuando Como Personero Municipal de Cravo Norte
Accionados : Departamento de Arauca, Municipio de Cravo Norte, Consorcio Malecón Cravo 2018 y la Unión Temporal Inter Malecón 2018
Providencia : Auto resuelve medida cautelar y cita pacto de cumplimiento
Consecutivo : 01206

Antecedentes

Junto con el escrito de demanda el personero Municipal de Cravo Norte solicita se decrete como medida cautelar la siguiente:

“Se ORDENE a las partes intervinientes, Wilinton Rodríguez Benavidez Gobernador de Arauca Contratante Interventoría, Yomar Nieves Garcés, alcalde de Cravo Norte Unidad Ejecutora, Ing. Jorge Armando Latorre Aldana Y/O Quien Haga Sus Veces R/L Consorcio Malecón Cravo 2018. (Contratista De Obra). Ing. Argemiro José Hernández R/L Unión Temporal Inter Malecón 2018 (Interventor), para que de manera inmediata se dé REINICIO la obra pública, como mínimo hasta el 50% de ejecución en obra física, toda vez, que, hace más de tres (3) años, le fueron girados un 50% de anticipo, y actualmente cuenta con un avance de obra inferior al 38%, según informe de la misma interventoría.”

Previo a resolver la solicitud deprecada en la demanda el despacho solicitó información del estado actual del Contrato de Obra 05 de 2018 suscrito entre el Municipio de Cravo Norte y el Consorcio Malecón Cravo 2018 y del Contrato de Interventoría 353 del 2018 suscrito entre el Departamento de Arauca y la Unión Temporal Inter Malecón 2018; así como los informes de avance y certificados de disponibilidad presupuestal. La documentación contentiva de esa información que fue allegada¹.

Una vez verificado el expediente, se evidenció que para el manejo del anticipo del contrato de obra se constituyó encargo fiduciario en la Fiduciaria Bogotá,

¹ Archivos 32 al 47 el expediente digital.

para lo cual, mediante auto se le requirió a esta para que allegara información sobre la constitución del mismo, así como la relación de pagos realizados y los rendimientos financieros generados. Documentación ésta que también fue remitida.

Consideraciones

Sobre la medida cautelar

Las medidas cautelares en las acciones populares se encuentran reguladas en el artículo 25 de la ley 472 de 1998, el cual señala:

“Artículo 25. Medidas Cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medias urgentes a tomar para mitigarlo.*

PARÁGRAFO 1o. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

PARÁGRAFO 2o. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

Sobre las medidas del art. 25 mencionadas, el Consejo de Estado, Sección Primera, en providencia del 31 de marzo de 2011², con ponencia del consejero Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta consideró que:

*“El decreto de una de tales medidas, o de otras distintas a éstas, pero que resulten procedentes para prevenir un daño inminente a los derechos e intereses colectivos o para hacer cesar el que se hubiere causado a aquellos, **debe soportarse lógicamente en elementos de prueba idóneos y válidos que sean demostrativos de tales circunstancias**; es precisamente la existencia de tales elementos de juicio lo que permitirá motivar debidamente la decisión del juez cuando disponga una medida cautelar para la protección de tales derechos.”³. (Destacado del Despacho).*

Conforme a lo anterior, se concluye que para el decreto de la medida cautelar es indispensable determinar la existencia de un daño o agravio o la amenaza al derecho colectivo invocado, de lo contrario la solicitud carecería de fundamento.

² Radicación No. 19001 2331 000 2010 00464 01(AP).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, providencia de 31 de marzo de 2011, rad. No. 19001 2331 000 2010 00464 01(AP).

Por su parte el artículo 26 del mismo cuerpo normativo regula la oposición a las medidas cautelares en los siguientes términos:

ARTÍCULO 26. OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES. *El auto que decreta las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:*

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;*
- b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;*
- c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.*
- d) Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas”.*

Por su parte, el párrafo del artículo 229 del C.P.A.C.A, señala que las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y la protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se regirán por lo dispuesto en ese cuerpo normativo. Sobre el particular, la Corte Constitucional declaró exequible este párrafo en sentencia C-284 de 2014, tras considerar que:

“i. no reduce las medidas que puede decretar el juez, sino que las complementa; ii. el juez puede, en virtud suya, adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; iii. sin necesidad de prestar caución, por parte de quien las solicita; iv. si bien en general se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar, dispuesto para darle traslado a la otra parte y para que esta pueda oponerse, se admite también la posibilidad de medidas de urgencia que pretermitan esa oportunidad; v. la decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso, pero de concederse sería en el efecto devolutivo; vi. estas medidas se aplicarían en tales procesos, pero cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, lo cual en esta materia responde a un principio de razón suficiente.”

Es así como resulta aplicable los requisitos previstos en el artículo 231 del C.P.A.C.A para la prosperidad de las medidas cautelares, adicional al procedimiento establecido en el art. 233.

De lo anterior se concluye que para decretar una medida cautelar es necesario que, a través de los medios probatorios correspondientes, se pueda determinar en esta etapa procesal la existencia de un daño, agravio o la amenaza al derecho colectivo, pues de lo contrario la solicitud carecería de fundamento.

Frente a lo anteriormente expuesto, se observa que si bien existe un hecho de inminente peligro de que ocurra un daño al patrimonio y eventualmente a la moralidad públicas por la no culminación de las obras contratadas por el municipio de Cravo Norte (Arauca), lo cierto es que, conforme a la documentación allegada por las partes, la suspensión de las obras obedece a circunstancias técnicas que surgieron debido al cambio de las condiciones geomorfológicas de la zona donde se llevaría a cabo las obras del Malecón en la entidad territorial. Ello requirió la realización de estudios complementarios

que permitieran corroborar que las obras a construir estuvieran diseñadas a un nivel por encima de la cota de desborde del río Cravo Norte y que las obras de protección y contención previstas garantizaran su estabilidad.

Como resultado de los estudios complementarios se requirió ajustar el estudio de suelos, geotecnia y los diseños arquitectónicos, estructural, hidráulico, hidrosanitario y pluvial, eléctrico e iluminación, además del balance económico (análisis de precios unitarios y memorias de cantidades de obra), con el objetivo de garantizar la estabilidad y calidad de las obras que permitieran cumplir con el objeto y alcance del proyecto. La demora en la obra o su suspensión están justificadas en las anteriores circunstancias. No se trató de una decisión arbitraria o incomprensible, por lo menos hasta lo aquí evidenciado.

Ahora bien, como el proyecto del cual se desprenden las obras contratadas es financiado con recursos del Sistema General de Regalías, se requiere que antes de realizar la modificación contractual, se aprueben los ajustes al proyecto planteadas por el municipio de Cravo Norte, por parte del área de regalías de la Secretaría de Planeación Departamental, situación que a la fecha no se ha surtido. Sobre el particular el Acuerdo 7 de 2022 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías prevé en el art. 4.5.1.2: *“Los ajustes a los proyectos de inversión procederán una vez hayan sido viabilizados y registrados por la instancia competente en el Banco de Proyectos de Inversión del SGR o en el aplicativo dispuesto por el Departamento Nacional de Planeación y hasta antes de la expedición del acto de cierre. En ningún caso podrán ejecutarse ajustes que no estén debidamente tramitados, registrados o aprobados, según corresponda, en los términos establecidos en el presente Acuerdo”*.

Se vislumbra también que, la aprobación de las modificaciones se encuentra supeditada a que se resuelvan los inconvenientes financieros que surgieron en el proyecto, en razón al error cometido por tesorería del Departamento al girar el 100% de los recursos comprometidos y no tener en cuenta el reintegro hecho por el municipio de Cravo Norte. Con lo cual, se permitió la ejecución de esos recursos en otros proyectos y dejó desfinanciado la construcción del malecón de Cravo Norte. Pese a ello, se advierte con el acervo probatorio arrimado, que tanto la administración municipal como departamental han venido adelantando las gestiones necesarias a fin de solventar los inconvenientes técnicos y financieros que mantienen actualmente suspendida la ejecución de las obras.

Respecto de lo manifestado por el actor sobre la diferencia que existe entre el avance de obra reportado en el informe de del 19 de abril de 2021 y el valor del anticipo entregado al contratista, es pertinente indicar en primera instancia que, conforme a lo indicado por la Fiduciaria Bogotá en su respuesta, los recursos consignados por parte del municipio de Cravo Norte en esa entidad fueron entregados en su totalidad y la cuenta fue cerrada desde el mes de diciembre de 2019; los rendimientos financieros que se generaron fueron consignados en

cuentas del municipio. Aunado a lo anterior, en el acápite correspondiente a “inversión del anticipo” del referido informe, la interventoría adujo que la firma contratista soportó la totalidad del anticipo.

En todo caso, si bien se manifiesta por parte de la interventoría que existe una ejecución de obra de 38%, también es cierto que no es posible ordenar el reinicio de las actividades hasta completar el 50% del valor del anticipo como solicita el actor. Esto es así porque son palpables los inconvenientes técnicos que se presentan en la actualidad con el proyecto, y a la fecha no se han aprobado las modificaciones necesarias para ajustar los diseños a la realidad del terreno donde se ejecutan las obras, y las que se contemplaron inicialmente al parecer no garantizan la estabilidad de las mismas, según lo que se puede revisar

De ahí que, ordenar el reinicio de la obra sin tener en cuenta los aspectos técnicos de viabilidad de la obra que se han puesto en consideración, sería desconocer ostensiblemente el principio de planeación y responsabilidad que emergen en toda actuación estatal y más aún en materia contractual de obra pública, en donde los aspectos técnicos realizados adecuadamente son los que define la continuidad, suspensión y viabilidad de la obra. Y menos cuando se ha amortizado la totalidad del anticipo y a la fecha no se cuentan con recursos provistos para su continuación.

Cosa distinta es que el valor del anticipo, que correspondió al 50% de la obra no concuerde con el porcentaje ejecutado, al ser este inferior. Pero, esta circunstancia, como se explicó, encuentra justificación en los hechos descritos, mismos que podrían dar lugar, eventualmente, a adicionar el contrato o en su defecto a un contrato adicional. Ello va a depender de la naturaleza de los cambios que deba realizarse a la obra.

Es por ello que, se negará la medida provisional en los términos deprecados en la demanda. No obstante, lo anterior, en virtud a que el actor popular esgrime un abandono y la invasión de los predios donde se va a ejecutar las obras, tal como se puede apreciar en el registro fotográfico aportado y la noticia publicada en el medio de comunicación “Arauca hoy por hoy” que también se aportó con la demanda (archivos 20 y 21 del expediente digital), estima el despacho razonable una medida cautelar con el fin de proteger las obras ya ejecutadas.

Para tal fin, se ordenará al Municipio de Cravo Norte que adelante todas las acciones necesarias a fin de desalojar a las personas que se han asentado en los predios destinados a la construcción del Malecón y realizar las actividades tendientes a evitar que se invadan estos predios o sean usados para objetos distintos a la que están destinados. Para cumplir este propósito, podrá adelantar actuaciones administrativas sancionatorias, desalojos o cualquier acción policiva con ayuda de la Policía Nacional, Inspección de Policía y cualquier autoridad que estime. Incluso implantar obstáculos físicos que impidan a

personas y animales de acceder a las obras construidas y evitar que sean dañadas.

Sobre la Citación a pacto de cumplimiento

Vencido el término de traslado de la demanda, y cumplidas las ordenes emitidas en el auto admisorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, se citará a audiencia especial de pacto de cumplimiento para el 30 de noviembre de 2023 a las 4:00 P.M., el cual se realizará de manera virtual. Para ello, de considerarlo conveniente y oportuno, las partes deberán traer propuesta para lograr a un acuerdo sobre la protección de los derechos colectivos invocados como vulnerados o amenazados.

La intervención del Ministerio Público, del Departamento de Arauca y el municipio de Cravo Norte será obligatoria. Y la no comparecencia del gobernador de Arauca y del alcalde del municipio de Cravo Norte será causal de mala conducta sancionable con destitución del cargo, en los términos del mismo precepto legal.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

Primero: Negar la medida cautelar de la forma solicitada, pero **se decreta** de la siguiente

- Ordénese al alcalde del Municipio de Cravo Norte que, a través del funcionario delegado, adelante todas las acciones necesarias a fin de desalojar a las personas que se han asentado en los predios destinados a la construcción del Malecón y realizar las actividades tendientes a evitar que se invadan estos predios o sean usados para objetos distintos a la que están destinados. Para cumplir este propósito, podrá adelantar actuaciones administrativas sancionatorias, desalojos o cualquier acción policiva con ayuda de la Policía Nacional, Inspección de Policía y cualquier autoridad que estime. Incluso implantar obstáculos físicos que impidan a personas y animales de acceder a las obras construidas y evitar que sean dañadas.

Segundo: Citar a las partes a la audiencia especial de pacto de cumplimiento el **30 de noviembre de 2023 a las 3:00 P.M.**, el cual se realizará de manera virtual. Para ello, de considerarlo conveniente y oportuno, las partes deberán traer propuesta para lograr a un acuerdo sobre la protección de los derechos colectivos invocados como vulnerados.

La intervención del Ministerio Público, del Departamento de Arauca y el municipio de Cravo Norte será obligatoria. Y la no comparecencia del gobernador de Arauca y del alcalde del municipio de Cravo Norte será causal

de mala conducta sancionable con destitución del cargo, en los términos del mismo precepto legal.

La anterior diligencia se realizará de manera virtual a través de la plataforma Lifesize. Se sugiere ver el protocolo de audiencias copiando y pegando el siguiente link en su dispositivo electrónico (celular, tablet o computador): <https://www.facebook.com/watch/?v=1153929525006935>.

En todo caso, la Secretaría comunicará a los correos electrónicos que los apoderados tienen registrados en los procesos y al Ministerio Público minutos previos a las audiencias, la plataforma que se utilizará para la celebración de la diligencia.

Los memoriales, oficios y cualquier documentación se recibirán únicamente por medio electrónico al correo j2adarau@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tercero: Reconocer personería para actuar como apoderada del Municipio de Cravo Norte a la abogada Wendy Jessenia Sosa Jiménez, identificado con Tarjeta Profesional No. 377.289 del C. S. de la J. conforme al poder aportado, por tanto, entiéndase revocado el poder conferido al abogado Deiber Gilberto Escobar Flórez.

Cuarto: Reconocer personería para actuar como apoderada del Departamento de Arauca a la abogada Diana Carolina Celis Hinojosa, identificado con Tarjeta Profesional No. 200.697 del C. S. de la J. conforme al poder aportado⁴ por tanto, entiéndase revocado el poder conferido a la abogada Sandra Yubely Melo Pimentel.

Quinto: Reconocer personería para actuar como apoderado del Consorcio Malecon Cravo 2018 al abogado Manuel Segundo Unda García, identificado con Tarjeta Profesional No. 205.388 del C. S. de la J. conforme al poder aportado⁵ con la contestación.

Sexto: Ordénese por Secretaría realizar las anotaciones pertinentes en el sistema informático SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS ANDRÉS GALLEGO GÓMEZ
Juez

⁴ Archivo 54PoderDptoArauca.pdf del expediente digital.

⁵ Folios 12 y 13 del archivo 51ContestacionDemandaConsorcioCravoNorte2018.pdf del expediente digital.