



Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca

Arauca, martes, seis (06) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

REF: RADICADO No : 81-001-2339-000-2016-00055-00
ACCIÓN : ACCIÓN POPULAR
DEMANDANTE : CARLOS ALBERTO GUERRERO
DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE MINAS Y
ENERGIA-COMISIÓN DE
REGULACIÓN DE ENERGIA Y GAS-
SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS
PÚBLICOS-DEPARTAMENTO DE
ARAUCA-EMPRESA DE ENERGIA DE
ARAUCA ENELAR ESP

ORALIDAD

i. OBJETO

Corresponde al Despacho, pronunciarse de fondo sobre las medidas cautelares solicitadas por el Actor Popular, teniendo en cuenta que se encuentra vencido el término de traslado de dicha solicitud.

ii. LA MEDIDA SOLICITADA

El Actor Popular solicitó el decreto de las siguientes medidas de tipo cautelar:¹

- *Se ordene la suspensión del pago y giro de los recursos, que los usuarios del mercado regulado de energía, vienen pagando por el llamado "cargo de confiabilidad" hasta tanto se defina de fondo esta acción popular y su decisión haga tránsito a cosa juzgada*
- *Se le ordene a ENELAR ESP, facturar los consumos de energía que hacen los usuarios regulados en el departamento de Arauca, con el costo unitario existente a octubre de 2015, hasta tanto se defina de fondo esta acción popular y esa decisión haga tránsito a cosa juzgada.*

Sobre dicha solicitud, el actor se limitó a solicitarlas y a citar un aparte de una providencia del Consejo de Estado, en donde se establecen los requisitos para la procedencia de la medida cautelar. Sin embargo, no realiza un estudio o análisis para solicitar las medidas descritas, sino que deja a consideración del Despacho el decreto de las mismas, con base en el recuento de los hechos sostenidos en el escrito demandatorio, al igual que con las pretensiones y los demás acápites incluidos en la demanda popular.

¹ Folio 38 del escrito de demanda

III. CONSIDERACIONES

Las medidas cautelares en la acción popular se encuentran reguladas por los artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998, en los cuales se prevé lo siguiente:

“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 medidas 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.

Y el art. 26 ibídem:

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."

De lo anterior, se advierte que la Ley 472 de 1998 reguló, en cuanto a las medidas cautelares, lo relacionado con la oportunidad, el tipo de medida que se podrá adoptar, la procedencia de recursos y qué fundamentos deben invocarse para oponerse a las medidas decretadas. Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estipuló las medidas cautelares, cuyas normas deben aplicarse en los procesos adelantados en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, incluyendo las acciones populares y de tutela.

Al respecto, el artículo 229 prevé lo siguiente:

"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 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." (Subrayas fuera del texto)

No quiere decir la norma del CPACA, que de modo alguno deroga o limita la ejecución de las medidas cautelares contenidas en los artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998, pues, al contrario, ambas se complementan y se aplican perfectamente, como quiera que ninguna afecta la competencia de la otra. Esto ha sostenido la Jurisprudencia² al respecto:

"Considera la Sala que las disposiciones contenidas en el capítulo XI del CPACA sobre medidas cautelares, deben ser interpretadas de manera armónica con la Ley 472 de 1998, pues en algunos casos aquellas normas resultan ser menos garantistas en tratándose de la protección de derechos colectivos. Tal es caso del tipo de medidas cautelares que un juez puede decretar en el curso de la acción popular: El artículo 25 de la Ley 472 de 1998, faculta al juez constitucional

² Providencia 05001-23-33-000-2012-00614-01(AP), sección Primera CP., María Elizabeth García González.

para que decrete las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado y en particular, puede decretar las siguientes

(...)

De lo anterior, se advierte que la precitada Ley le otorga amplias facultades al juez constitucional para que decrete cualquier medida cautelar que estime pertinente, en aras de salvaguardar los derechos colectivos, de suerte que el listado de medidas contenidas en el artículo 25 es meramente enunciativo y no taxativo (...)"

Finalmente y en tratándose de la procedencia de una medida cautelar, se ha establecido por la Jurisprudencia, las siguientes premisas:

a) en primer lugar, a que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó;

b) en segundo lugar, que la decisión del juez al decretar la medida cautelar este plenamente motivada; y

c) en tercer lugar, para adoptar esa decisión, el juez debe tener en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido.

En este estadio, se hace entonces necesario entrar a analizar con base en la solicitud de decreto de las medidas previas, las premisas que ha trazado la jurisprudencia para este tipo de asuntos. El primero de estos, se trata de la debida demostración en el proceso, de la inminencia de un daño a los derechos colectivos. Como ya se anotó, el Actor Popular omitió hacer referencia específica sobre la necesidad de decretar la medida para evitar un daño a los derechos colectivos que invocó, los cuales menciona, son el patrimonio público, los servicios públicos del consumidor y la moralidad administrativa.

De los hechos expuestos y las consideraciones presentadas en el escrito de demanda, el Despacho no observa una plena demostración de un inminente daño a dichos derechos, máxime cuando lo que se observa, es la descripción de circunstancias del contexto nacional y sobre todo, sobre unos recursos que se recaudan de manera legal, a través de autoridades competentes y que por lo tanto, gozan del principio de legalidad, con lo que no se podría hablar de un daño inminente a los derechos colectivos referidos.

Como segunda premisa, se encuentra que *la decisión debe estar plenamente motivada*. Quiere decir, que el decreto de una medida cautelar no es una decisión que se tome por el simple hecho de haberse

solicitado, pues ella es de tal complejidad que existe una delgada línea entre ésta y el prejuzgamiento, cuando se toma la decisión de decretarla siendo lógica la inexistencia de un daño inminente que la haga meritoria; y sobre todo, cuando no se encuentran los medios de prueba suficientes para que se pueda decretar.

Con respecto al tercer requisito, se tiene que el Juez debe tener en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, cuestión que se reitera, el demandante omitió el deber de exponer de manera específica, clara y a través de medios probatorios pertinentes, la existencia de un daño inminente que deba ordenarse la cesación del mismo.

Y es que el decreto de una medida cautelar, sobre todo el procesos de naturaleza constitucional como el que nos ocupa, debe soportarse lógicamente en elementos de prueba idóneos y válidos que demuestren las circunstancias descritas con anterioridad; pues son precisamente estos elementos de juicio lo que va a permitir motivar debidamente la decisión.

Finalmente y bajo la inexistencia de las premisas establecidas para la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por el actor popular, el Despacho las negará, de acuerdo a lo descrito letras arriba.

En consecuencia,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las medidas cautelares solicitadas por el actor, de acuerdo a lo descrito en la parte motiva del presente proveído.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
Magistrado