



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca, ocho (8) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado : 81001-2339-000-2022-00070-00
Naturaleza : Acción popular
Accionante : Daniel Alfonso Linares González
Accionado : Asociación Regional de Municipios del Caribe y otros
Asunto : Resuelve recurso

De conformidad con el informe secretarial del 12 de agosto de 2022, la parte demandante presentó recurso de reposición en subsidio de apelación, el cual pasa a resolverse.

1. Procedencia y adecuación del recurso

Conforme lo señalado por el recurrente en su escrito, el recurso interpuesto fue el de reposición en subsidio de apelación; no obstante, de acuerdo con los artículos 36 y 37 de la Ley 472 de 1998 todos los autos dictados en el trámite de una acción popular son susceptibles de reposición, siendo el recurso de apelación procedente únicamente contra la sentencia que decida de fondo el asunto en primera instancia.

En ese orden y conforme al párrafo del artículo 318 del C.G.P. se adecúa el recurso al de reposición y pasa a ser resuelto por la Sala.

2. Fundamentos del recurso

A juicio del demandante, la Sala de Decisión erró en el análisis de los elementos concurrentes para establecer la configuración del agotamiento de jurisdicción, puntualmente la similitud de los hechos entre las dos demandas sujetas a comparación.

Así lo justificó en su argumentación:

(...) “si el Tribunal Administrativo de Arauca, hubiera realizado un análisis sobre los hechos que fundamentan las pretensiones de una u otra Acción Popular, la decisión a adoptar estaría dirigida admitir la Acción popular que concita nuestra atención, y no, a declarar el Agotamiento de Jurisdicción, en razón a que los hechos que fundamentan cada una de estas acciones son diametralmente distintas, toda vez que en la Acción popular donde funge como demandante LINA MARÍA GARRIDO MARTÍN Y OTROS,

fundamenta las pretensiones con base a las siguientes circunstancias fácticas medulares: (i) La primera crítica va dirigida a cuestionar el procedimiento previamente establecido para surtir los ciclos de los proyectos de inversión, (ii) la segunda crítica, se circunscribe, al hecho de que la Asociación de Municipios del Caribe –AREMCA-, no tiene presencia en esta región y, por tanto, los impuestos que han de pagar los contratistas irán a parar al Departamento del Atlántico, (iii) su tercer reproche, va dirigido a evidenciar que la empresa designada como ejecutor (AREMCA) no cuenta con la capacidad técnica para ejecutar los proyectos, amén de que se viola los principios de la Contratación Estatal, en especial el de libre concurrencia, (iv) como cuarta crítica señala que esta empresa (AREMCA) tiene antecedentes cuestionables, para terminar (v) con la quinta crítica, al establecer que el Decreto 864 del 24 de mayo de 2022 no se publicó debidamente.

4.-Ninguna de los anteriores fundamentos fácticos, se esgrimieron en la presente acción popular, por tanto, no se presenta un Agotamiento de Jurisdicción en el presente asunto, puesto que, los hechos que fundamentan las pretensiones se cimentaron bajo lo siguiente: (i) Se alegó el hecho de que AREMCA no puede ser designado ejecutor de los proyectos de inversión, en tanto no los formuló, ni tampoco se encuentra habilitada ante el Ministerio del Interior, por no estar inscrita, (ii) con la designación de AREMCA como ejecutor se persigue un fin ilegítimo, dado que con ello se pretende manipular a adjudicación de los contratos y, por último, (iii) se pretende evadir los impuestos o rentas del Departamento de Arauca”.

En consecuencia, a juicio del recurrente al no existir similitud en los fundamentos facticos de ambas demandas lo procedente es admitir la acción popular.

CONSIDERACIONES

Con el mencionado agotamiento de jurisdicción se garantizan los principios de economía, celeridad y eficacia de que trata el artículo 5º de la Ley 472 de 1998, pues evita que un litigio que fue puesto en consideración de la administración de Justicia vuelva a estarlo, dado que ello provocaría desgaste del aparato jurisdiccional del Estado y de las partes que en él intervienen, máxime cuando los fallos que desatan acciones populares protegen a la comunidad afectada y no solo a quien las promueve.

Se anota que la ocurrencia de la precitada figura procesal ha sido catalogada por el Consejo de Estado¹ como una causal de rechazo de la acción popular, en los siguientes términos:

¹ Sala de lo contencioso-administrativo, providencia de 11 de septiembre de 2012, M. P. Susana Buitrago Valencia, expediente 41001-33-31-004-2009-00030-00.

“La Sala concluye que la razonabilidad de la posición sobre la viabilidad del agotamiento de jurisdicción como causal de rechazo de las acciones populares que aquí se unifica, descansa en que además de que evita desgaste judicial, desgaste a los actores populares y a todos los estamentos involucrados en el tema probatorio, resultaría totalmente vano adelantar un proceso a sabiendas, de antemano, que no podrá existir pronunciamiento sobre el fondo del asunto”

En ese orden de ideas, se concluye que en el evento en que una acción popular comporte **similitud** de fundamentos fácticos y jurídicos con otra promovida con antelación, se impone declarar el agotamiento de la jurisdicción frente aquella.

Caso concreto

En ese contexto, se observa que la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Arauca analizó las dos demandas bajo la óptica de la similitud de las pretensiones, de las partes que conforman los extremos de la controversia y como es lógico de los fundamentos fácticos de las demandas instauradas a través de la acción popular.

Lo primero que se debe aclarar al demandante es que la jurisprudencia se ha referido a los requisitos del agotamiento de la jurisdicción bajo el entendido de la **similitud** en los fundamentos fácticos, en la *causa petendi* y en las partes involucradas más no en la **exactitud**, lo cual puede ser constatado de las pluricitadas posturas del Consejo de Estado frente al particular; es decir, basta con que los hechos y las pretensiones, así como las partes que intervienen sean similares más no idénticos para considerar la configuración del agotamiento de jurisdicción, pues lo contrario devendría en el absurdo de que las demandas deban coincidir completamente incluso desde el punto de vista de su argumentación y su planteamiento, lo cual solo sería posible en caso de ser presentada por la misma persona.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se referirá a los hechos de las dos demandas de acción popular (81001233900020220006200 y 81001233900020220007000), frente a los cuales el recurrente manifiesta que existe una evidente discrepancia que no fue advertida en el auto de rechazo de la demanda bajo el argumento de agotamiento de la jurisdicción.

Frente a la identidad de partes y de pretensiones no se referirá nuevamente el plenario, toda vez que los argumentos del recurso se concentraron en la discordancia de los hechos entre sí.

RESUMEN DE LOS HECHOS DEL PROCESO 81001-2339-000-2022-00062-00	RESUMEN DE LOS HECHOS DEL PROCESO 81001-2339-000-2022-00070-00
<p><i>"La Gobernación de Arauca expidió el Decreto No. 815 del 10 de mayo de 2021, "Por medio del cual se establecen los procedimientos para surtir las etapas del ciclo de los proyectos de inversión financiados con recursos del sistema general de regalías del Departamento de Arauca.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>El tercera etapa del ciclo de aprobación de los proyectos financiados con recursos de regalías, respecto de la priorización y aprobación, fue la adelantada de forma unilateral por la gobernadora del Departamento de Arauca con la <u>expedición del decreto número 864 de 2022, donde se desatendieron respecto a cada uno de los cinco (05) proyectos, todos los lineamientos establecidos por el Decreto No. 815 del 10 de mayo de 2021, "Por medio del cual se establecen los procedimientos para surtir las etapas del ciclo de los proyectos de inversión financiados con recursos del sistema general de regalías del Departamento de Arauca, especialmente lo prescrito en su artículo 1°, donde claramente se consagra que los procedimientos para surtir las etapas del ciclo de proyectos de inversión financiados con recursos del Sistema General de Regalías del Departamento de Arauca, adoptados mediante el Sistema de Gestión de Calidad.</u></i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>En suma se omitieron por la señora gobernadora todo el trámite interno debidamente reglado en la administración departamental, en detrimento del principio de legalidad y debido proceso administrativo, con el consabido desajuste institucional como se evidencia en el memorándum número 63 de la Secretaría de Infraestructura Física.</i></p>	<p><i>La señora Gobernadora (e) del DEPARTAMENTO DE ARAUCA, <u>expidió el Decreto 864 del 24 de mayo de 2022, por medio del cual se priorizan y aprueban proyectos de inversión financiados con cargo a los recursos provenientes del Sistema General de Regalías, en el marco de la ley 2056 de 2020, decreto 804 de 2021 y demás disposiciones.</u></i></p> <p><i><u>En ese mismo Decreto, se designa a Esquema Asociativo Territorial EAT2- ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE –AREMCA, como ejecutor de los siguientes proyectos con sus respectivas interventorías (...).</u></i></p> <p><i>Cabe precisar que, la ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE –AREMCA-, no formuló ni presentó los proyectos de inversión que se vienen haciendo alusión, ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión Regional -OCAD- y/o ante el DEPARTAMENTO DE ARAUCA, por tanto, conforme lo establece la ley no pueden ser designados como EJECUTORES de los mencionados proyectos –como explicará más adelante-. Lo anterior tiene sus fundamentos, debido a que la ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE –AREMCA-, no se encuentra registrada, ni tampoco su Plan Estratégico de Mediano Plazo en el Registro de Esquemas Asociativos Territoriales -REAT- del Ministerio del Interior según la misiva del 22 de julio de 2022 No. EXT_S22-00068528-PQRS-058384-PQR, donde expresamente señala: "(...) me permito informarle que una vez revisada la plataforma oficial para el registro de los Esquemas Asociativos Territoriales, la asociación regional de municipios del caribe AREMCA</i></p>

Todo el procedimiento establecido en sistema de gestión de calidad del Departamento de Arauca, para la etapa No. 3 de los proyectos del SGR, establecidos como obligatorios con el Decreto No. 815 del 10 de mayo del año 2021, por el Gobernador del Departamento de Arauca, fueron desconocidos por la Gobernadora designada al expedir el Decreto 864 de 2022.

Mediante memorando No. 63 del 5 de julio de 2022, del Secretario de Infraestructura Física, suscrito además, por todo el personal técnico encargado de los proyectos en la secretaría, dirigido a la Gobernadora de Arauca Designada y a la Secretaria de Planeación Departamental, sobre el asunto: Observaciones a Priorización y Aprobación Proyectos de Inversión Financiados con Recursos del Sistema General de Regalías para el Departamento de Arauca, donde expresan que se enteraron del Decreto 864 de 2022, a través de los medios de comunicación por lo que expresan algunos criterios y comentarios al respecto.

Con lo expresado el memorando No. 63, del secretario de Infraestructura del Departamento de Arauca, rubricado por todo el personal profesional y técnico de esa secretaría se deja en evidencia que la Gobernadora con la expedición del Decreto 864 del 2022, usurpó las funciones del personal competente e idóneo para emitir concepto técnico sobre los proyectos aprobados en este decreto. (...)

La señora Gobernadora encargada del Departamento de Arauca, según el acto administrativo cuestionado, con el que se amenazan y vulneran los derechos colectivos de la moralidad pública y el patrimonio público de los Araucanos,

identificada con NIT 801.002.960-4, no ha iniciado su proceso de registro ante el Ministerio del Interior. Por lo anterior, a la fecha no se ha emitido resolución de registro para este esquema asociativo territorial. (se anexa lo enunciado). Por lo que, de conformidad con el artículo 249 de la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022) no se encuentra habilitada, en el Sistema General de Regalías, para presentar y formular proyectos de inversión, ni menos aún, ser designado como Ejecutor de tales Proyectos en el DEPARTAMENTO DE ARAUCA, como se explicará a profundidad más adelante.

Es claro que, con la designación como ejecutora a la ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE – AREMCA-, de los proyectos de inversión antes referenciados, se persigue un fin ilegítimo en demerito del interés general, en el sentido de que, se pretende orientar la adjudicación de los contratos que tienen como objeto la ejecución de los referidos proyectos, a determinados contratista previamente escogido (adjudicación a dedo), bajo el artificio jurídico de que su Régimen de Contratación es excepcional, por no estar sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (...).

Además, con lo anterior, se pretende evadir los impuestos rentas Departamentales, por una suma que asciende a los DIECISIETE MIL MILLONES DE PESOS (\$17.000.000.000.), lo que viene en menoscabo al Patrimonio Público, dado que, la ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE –AREMCA-, se convierte en una entidad recaudadora, pero de sus propios impuestos, y no,

confunde o entiende de manera equivocada, como si la facultad de priorizar y aprobar los proyectos de inversión fuera de manera absolutamente discrecional del gobernador cuando claramente el artículo 36 de la Ley 2056 del 2020, le asigna a las entidades territoriales -conjunto de funcionarios receptoras de Asignaciones Directas y de la Asignación para la Inversión Local, la facultad de priorizar y aprobar los proyectos de inversión que se financiarán con cargo a los recursos que le sean asignados por el Sistema General de Regalías, así como de verificar su disponibilidad, conforme con la metodología del Departamento Nacional de Planeación.

En el cuerpo del citado decreto encontramos un total de cinco (5) proyectos, por valor de CIENTOVEINTICUATRO MIL SETESCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$124.737.673.469,13).

(...)

En el mentado acto administrativo cuestionado, se da cuenta de la designación de tres proyectos a favor de la ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE – AREMCA, por valor de NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL NOVENTA Y DOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS, (\$91.545.281.092,52), incurriendo en un grave error la señora gobernadora designada con tal actuación, pues además de desconocer a entidades públicas serias y responsables que tienen presencia en esta región; y con su actuar, afectar las finanzas del departamento en el sentido en que no serán percibidas los recursos

de los impuestos que le conciernen al DEPARTAMENTO DE ARAUCA.

Todos los procesos que se viene haciendo referencia, se encontraban para adjudicarse, sino fuera por una medida provisional proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, dentro de la Acción de Tutela llevada por DANIEL ALFONSO LINARES GONZÁLEZ en contra de la a ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE –AREMCA-,y otros, bajo el Radicado No. 81001 3333 001 2022 00497 00, que ordenó su suspensión mientras se define de fondo la mencionada acción constitucional.

Para mayor ilustración se relaciona las fechas asignadas para audiencia de adjudicación, en cada uno de ellos: a) PROCESO No. ITR SMEC 009 DE 2022, tiene como fecha de adjudicación del contrato el 26 de julio de 2022 a las 10:00 a.m. b) PROCESO No. ITRSMC 003 2022, tiene como fecha de adjudicación del contrato el 27 de julio de 2022 a las 10:00 a.m. c) PROCESO No. ITRSMC002, tiene como fecha de adjudicación del contrato el 18 de julio de 2022 a las 11:00 a.m. d) PROCESO No. SMC 013 DE 2022, tiene como fecha de adjudicación del contrato el 19 de julio de 2022 a las 10:00 a.m. e) PROCESO No. SMC 012 DE 2022, tiene como fecha de adjudicación del contrato el 18 de julio de 2022 a las 10:00 a.m. f) PROCESO No. SMC 011 DE 2022 tiene como fecha de adjudicación del contrato el 15 de julio de 2022 a las 10:00 a.m.

Cabe resaltar que, una vez adjudicado estos contratos los pliegos de condición o término de referencia, dan un plazo de tres (3) días para la firma del contrato.

correspondientes a las estampillas y demás cargos que hubiesen podido ser recaudados de haberse adoptado decisión administrativa diferente, se designa a una entidad, cuya razón de ser es desplegar su actuación en una región del país muy diferente al departamento de Arauca.

Lo anterior significa que, todos los contratos que suscriba AREMCA como ejecutor de los recursos de regalías directas del Departamento de Arauca en virtud del cuestionado Decreto No. 864 de 2022, estarán gravados con las estampillas del Departamento del Atlántico y no del Departamento de Arauca, como sería si la ilustre mandataria encargada BARRIOS GUARNIZO, hubiese sido más juiciosa al momento de hacer clic -como ella mismo lo repitió e insistió en debate de control político adelantado el 6 de julio de 2022 en la Asamblea Departamental-, para escoger el órgano ejecutor dentro de las amplia gama que tenía empezando por la propia gobernación de Arauca, los siete municipios del Departamento, las empresas de servicios públicos como ENELAR, EMSERPA, CUMARE donde ella misma funge como presidente de las juntas directivas.

(...)

Es procedente para el caso que nos ocupa, hacer mención de la publicación del Decreto 8645, en el entendido que no se publicó conforme lo establece el procedimiento interno del sistema de gestión de calidad de la administración departamental, pues este no fue publicado por el área de comunicaciones, y en la publicación no se dispuso del formalismo de la identificación del proyecto, ocultando de esa forma el acceso al público; por ende, nos conlleva a deducir que estos procesos acá cuestionados no gozaron ni con el más mínimo del principio constitucional como el de publicidad,

De conformidad con la ley 2056 de 2020 y el Decreto 804 de 2021, tanto el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN -DNP-, tienen obligaciones de vigilancia técnica y jurídica en la ejecución de los proyectos financiados con el Sistema General de Regalías; entre ellos, vigilar que la entidad ejecutora respete, en estricto rigor, el Principio de legalidad, representado en esta ocasión con el hecho de que la ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DEL CARIBE -AREMCA-, haya sido designada como Ejecutora de los proyectos antes mencionados y, lo más grave aún, que la licitación con la cual se pretende adjudicar los contratos se lleven, obviando los parámetros del Estatuto General de Contratación Administrativa.

quedando entre dicho como consecuencia de lo anterior, el principio de transparencia.

(...)

En el Decreto 862 del 24 de mayo de 2022, se incurre en ausencia absoluta de motivación al momento de decidir proponer como ejecutor a la firma AREMCA, sin dar ningún tipo de motivación de tal decisión respecto de los beneficios para el departamento de Arauca, simplemente en sesión de la asamblea departamental la mandataria local refirió que estaba dentro de las entidades habilitadas por la plataforma del DNP lo que le daba mucha tranquilidad haberle dado clic, pero además de ello, debió considerar, por no ser un acto discrecional de la funcionaria, los beneficios y utilidades, por ejemplo en el tema tributario o de las contribuciones, situación que se ignora y que permite advertir la amenaza del derecho colectivo de la moralidad administrativa.

(...)

Las responsabilidades de las entidades nacionales, estriba en el hecho que el gobierno nacional a través de ministerio de hacienda es la entidad encargada de manejar y girar los recursos de los proyectos aprobados por planeación nacional y viabilizados por el Departamento de Arauca, donde sólo el juez popular puede evitar el detrimento de las arcas del Departamento de Arauca, impidiendo con la medida cautelar de urgencia deprecadas que se haga el giro de los recursos a la entidad ejecutora de dudosa reputación contractual.

De la anterior ilustración, para la Sala sigue siendo suficientemente clara no solo la relación sino la similitud de ambas demandas en el fundamento fáctico, toda vez que ambas se refieren a las acciones desplegadas por parte de la Gobernadora (E) del Departamento de Arauca para ejecutar proyectos de inversión con recursos del Sistema General de Regalías, las cuales se vislumbran ilegales –a juicio de los accionantes.

Así mismo, ambas coinciden en reprochar la designación de la entidad ejecutora de dichos proyectos, las reglas de contratación aplicadas tales como la falta al principio de publicidad, la elección de contratistas por invitación, la aplicación de un manual de contratación propio y la extrema celeridad con que se ha llevado a cabo la etapa precontractual.

Por último, se endilga una conducta omisiva por parte de las entidades del orden nacional involucradas, el DNP y el Ministerio de Hacienda, por no ejercer el debido control en los proyectos de inversión de estas características como en el desembolso de los recursos para su ejecución sin observancia de las distintas irregularidades que ha comportado el proceso, según lo afirman los demandantes.

En ese orden, tal como se explicó en la providencia recurrida, lo que se pretende con la interposición de las acciones populares es cuestionar los procesos contractuales adelantados por la Asociación Regional de Municipios del Caribe-AREMCA por iniciativa del Departamento de Arauca a través del Decreto 864 del 24 de mayo de 2022, por considerar que el procedimiento precontractual efectuado hasta ahora vulnera derechos colectivos.

Es por ello por lo que es antijurídico tramitar por diferentes procesos de acción popular la misma controversia, planteada –se insiste– de maneras aparentemente distintas; esto es, controvertir las actuaciones desplegadas por el Departamento de Arauca y AREMCA en los procesos precontractuales derivados del Decreto 864 de 2022 incluyendo la posible responsabilidad de entidades del orden nacional como el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda.

La decisión de la Sala plasmada en el auto del 29 de julio de 2022, no obedece a un criterio caprichoso de esta Corporación de delimitar el uso de los mecanismos judiciales respecto de un asunto evidentemente repetitivo sino a un proceder conforme a derecho con el ánimo de evitar fallos contradictorios o inhibitorios y garantizar el principio de seguridad jurídica.

Así las cosas, la Sala no encuentra razones para revocar la decisión tomada de rechazar la demanda por agotamiento de la jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER la decisión proferida mediante auto del 29 de julio de 2022, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: ARCHIVAR el expediente, una vez efectuadas las respectivas anotaciones en el sistema de información judicial "SAMAI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado

(Ausente con excusa)
YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada