



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
TRASLADO
(ART. 320 C. G. P.)

SIGCMA

Cartagena, 20 de ENERO de 2022

HORA: 08:00 A. M.

Medio de control	ACCIÓN DE GRUPO
Radicado	13-001-23-33-000-2019-00352-00
Demandante	MAIKOL ARENALES CHÁVEZ Y OTROS
Demandado	EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (03) DÍAS A LAS PARTES, DEL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR EL APODERADO DE EPM CONTRA EL AUTO DE FECHA 12 DE AGOSTO Y 4 DE NOVIEMBRE DEL 2021.

EMPIEZA EL TRASLADO: 21 DE ENERO DE 2022, A LAS 8:00 A.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ
SECRETARIA GENERAL

VENCE EL TRASLADO: 25 DE ENERO DE 2022, A LAS 5:00 P.M.

DENISE AUXILIADORA CAMPO PÉREZ
SECRETARIA GENERAL

DES

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso

E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 6642718

Notificaciones Despacho 06 Tribunal Administrativo - Bolivar - Cartagena

De: Óscar Julián Valencia Loaiza <oscarjulian@valencialoaiza.com>
Enviado el: miércoles, 10 de noviembre de 2021 4:58 p.m.
Para: Notificaciones Despacho 06 Tribunal Administrativo - Bolivar - Cartagena
CC: procurador130judicial2@hotmail.com; rafsmoc@yahoo.es; aspesmon@hotmail.com; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co; notificacionesjudicialesepm@emp.com.co; procesosjudiciales@minambiente.gov.co; Alexis Ortiz; notijudiciales@minenergia.gov.co; notificacionesjudiciales@anla.gov.co; notificacionesjudiciales@hidruitango.com.co; PAULA CRISTINA TABARES PALACIO; corant.notificaciones@corantioquia.gov.co; notificacionesjudiciales@idea.gov.co; enriquegilb1@gmail.com; marcezuluaga@yahoo.com; oscarjulian@valencialoaiza.com; ANA MARIA TABARES ECHEVERRI
Asunto: Rad. 2019-00352 - Recurso de Apelación
Datos adjuntos: Recurso de apelación contra decreto de medida cautelar HI F.pdf

(FAVOR REMITIRSE AL MEMORIAL ENVIADO COMO ADJUNTO)



--

Óscar Julián Valencia Loaiza
Abogado
oscarjulian@valencialoaiza.com
+57 3104459065
Carrera 5 # 71 - 45 Of. 504
Bogotá D.C.

Bogotá D.C., nueve (9) de noviembre de 2021

H. Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

M.P. Dr. Moisés Rodríguez Pérez

stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

des01tabolivar@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Asunto:	Recurso de reposición contra auto que resolvió la medida cautelar y contra el proveído que resolvió las solicitudes de aclaración y adición de la anterior decisión.
Medio de Control:	Acción de Grupo
Radicado:	13001-23-33-000-2019-00352-00
Accionante:	Maikol Arenales Chávez y otros
Accionado:	Nación – Ministerio de Medio Ambiente – Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (EPM) – Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y otros

Enrique Gil Botero, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 70.071.004 de Medellín y portador de la tarjeta profesional No. 27.154 del C. S. de la J., en calidad de apoderado de **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**, respetuosamente y en la oportunidad legal correspondiente, me permito **interponer recurso de apelación** contra el auto del 12 de agosto de 2021, por medio de la cual se resolvió decretar una medida cautelar, y contra el proveído de 4 de noviembre de 2021, que resolvió las solicitudes de aclaración y adición de la anterior decisión.

1. De los requisitos para el decreto de las medidas cautelares

El artículo 590 del Código General del Proceso regula las medidas cautelares en los procesos declarativos, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

PARÁGRAFO PRIMERO. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del numeral 1 de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306".

Como se observa, para la procedencia de la medida cautelar se requiere:

- Que la medida sea razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la mismas, o prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.
- Que se encuentre acreditada la existencia o la vulneración del derecho.
- Que se encuentre acreditada la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida decretada.

2. De las decisiones objeto de apelación y los argumentos de la impugnación.

Mediante decisión del 12 de agosto de 2021, el Despacho ponente en el proceso de la referencia resolvió:

“PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar consistente en el pago de un salario mínimo legal mensual vigente a cada grupo familiar reconocido como demandante (son 43 grupos¹); la anterior medida se ordena por el plazo de 12 meses, los cuales serán cancelados por la entidad demandada Empresas Públicas de Medellín ESP, por ser la operadora del proyecto Hidroituango; y la que tenía a su cargo la construcción de la represa al momento de la ocurrencia de los hechos que dan origen a esta acción”.

Al fundamentar su decisión, el Tribunal afirmó que de los argumentos de la parte actora se *“desprende el hecho de una posible amenaza o vulneración de los derechos de los accionantes, quienes acreditaron ser titulares de los derechos colectivos invocados, como quiera que son pescadores del río Cauca (sic) y las alteraciones que se presenten en dicha área los afecta directamente”*.

Posteriormente, el Tribunal reconoció que *“efectivamente no desapareció el recurso pesquero de la zona, como lo afirman los demandados”, no obstante, consideró que la solicitud de medida cautelar, “no va a un daño consumado (sic), sino a uno de los requisitos que debe tener en cuenta el Juez como es la apariencia de buen derecho”*.

Y agregó que la apariencia del buen derecho se fundamenta en la alteración de la cuenca del río por el proyecto hidroeléctrico y la construcción de la presa de Hidroituango, que obligaron al cierre de las compuertas de los túneles, lo que generó *“la sequía parcial de dicho afluente, efectivamente afectó el ciclo de reproducción de las diferentes especies de peces en el mismo, y con ello, el ciclo de alimentos y modo de vida de los pescadores de la Ciénaga de Montecristo y Achí, que hace necesario que para volver a obtener los niveles de reproducción anteriores al mencionado suceso, se requiera el paso de un determinado tiempo (...)”*.

Como se evidencia de lo expuesto, el Tribunal no se fundamentó en pruebas obrantes en el proceso que soportaran la medida cautelar decretada, por el contrario, soportó su decisión en lo manifestado por la parte actora, sin siquiera desvirtuar, referirse ni contra argumentar lo expresado por EPM en la escrito de oposición a la solicitud de las medidas cautelares y tampoco las conclusiones a que llegan los distintos informes aportados con la contestación -todos ellos sustentados y de manera uniforme concluyentes de la inexistencia de un daño antijurídico-, lo que hace que de la providencia recurrida una decisión carente de motivación suficiente que, por el contrario, sí generará afectaciones patrimoniales a mi representada al tener que realizar unas erogaciones presupuestales que no resultan procedentes y que en definitiva -de llegar a entregarse a los demandantes- serán de imposible recaudo o recuperación.

En el auto impugnado, el Despacho sustanciador del proceso incurrió en graves contradicciones, puesto que, por un lado admitió que existen dos elementos probatorios en cuanto a la afectación del caudal del río que pueden resultar contrarios, el dictamen de parte aportado por el grupo actor y los aportados por EPM, rendidos por la Universidad de Córdoba, en el cual se evidencia que no hubo afectación del caudal, frente a lo cual reconoció que ambos dictámenes fueron rendidos en época diferente, siendo el aportado por la empresa demandada el más actual y expresamente señaló que ***“efectivamente no desapareció el recurso pesquero de la zona, pero la solicitud de medida cautelar, no va a un daño consumado, sino a uno de los requisitos que debe tener en cuenta el juez como es la apariencia del buen derecho”***, lo que denota la ausencia de sustento probatorio

¹ Incluyendo a la familia de Achi Bolívar que se integró al grupo.

para el decreto de la medida y una mera suposición de existencia de un derecho cuando, por el contrario, está demostrado que en la zona de la Mojana NO DESAPARECIÓ EL RECURSO PESQUERO NI HUBO AFECTACIÓN DEL CAUDAL.

De otro lado, y en clara oposición a lo expuesto en el mismo proveído, se afirmó que había ocurrido una *“sequía parcial de dicho afluente”* y una afectación del *“ciclo de reproducción de las diferentes especies de peces”* sin especificar ni soportar probatoriamente que estas habían ocurrido en el lugar de los hechos de la demanda y afectado al grupo al grupo actor, por lo que la conclusión a la que llegó de Tribunal respecto a la supuesta efectos en el *“modo de vida de los pescadores de la Ciénaga de Montecristo y Achí, que hace necesario que para volver a obtener los niveles de reproducción anteriores al mencionado suceso, se requiera el paso de un determinado tiempo”* no daba lugar a soportar la decretar la medida cautelar decretada.

Lo anterior, evidencia además la inexistencia de la apariencia del buen derecho que aduce, y la falta de idoneidad de la medida adoptada porque con la misma no se busca garantizar una futura indemnización sino que por el contrario, otorgar al grupo actor un recurso económico sin que exista fundamento jurídico alguno que sustente su necesidad actual derivada de los hechos objeto de la demanda.

Es del caso insistir, en lo manifestado tanto en la contestación de la demanda como en el escrito de oposición a las medidas cautelares, en cuanto a que la supuesta *“pérdida del recurso pesquero”* en la zona correspondiente al complejo de ciénaga de Montecristo, no está probada y, por ende, no puede hablarse de la existencia de un daño antijurídico consistente en la afectación patrimonial del grupo como consecuencia de la pérdida de su fuente de ingresos.

Cabe resaltar que el municipio de Montecristo – Bolívar está ubicado a una distancia lineal superior a los 200 kilómetros del sitio en que está ubicada la presa del proyecto hidroeléctrico Ituango, respecto de lo cual debe agregarse que, aguas abajo del sitio de presa y hasta el complejo de ciénagas de Montecristo hay otros afluentes de importancia (río Ituango, río Espíritu Santo, río Pescado, río Puquí, río Rayo, quebrada Urales, quebrada Corrales, río Man y el Río Nechí) que desembocan en el río Cauca y que han garantizado en todo momento el caudal normal en la zona de Montecristo, así como la calidad de las aguas que en esta área conduce el Río Cauca, de ahí que no pueda aducirse al respecto responsabilidad alguna en contra de EPM por la sola existencia del proyecto en mención como equivocadamente lo arguye la demanda.



Fuente: <http://visor.ideam.gov.co/geovisor/#!/profiles/3>

Como se evidencia en el proceso, el caudal del río Cauca NO resultó afectado en la zona de ciénaga de Montecristo con ocasión de la construcción del proyecto hidroeléctrico Ituango -ni siquiera en razón de las medidas de cierre de compuertas adoptadas el 16 de enero y el 5 de febrero de 2019- y, tampoco, resultó afectada la calidad de las aguas ni las zonas de desove del recurso íctico y pesquero. Es importante precisar, además, que a la fecha el Proyecto no ha entrado en operación, la descarga que se realizó a través de casa de máquinas y en la actualidad a través del vertedero obedece a las acciones derivadas de la contingencia.

Los estudios realizados por entidades expertas en la materia, autónomas e independientes a EPM, los cuales obran en el plenario, han advertido que sí hay especies en las zonas río abajo del sitio de la presa, incluso, en la zona de ciénaga de Montecristo. En efecto, de los distintos análisis realizados, especialmente, los adelantados por las Universidades de Córdoba y de Antioquia, así como por la Fundación Humedales y otros centros de investigación muestran que el recurso pesquero sigue existiendo en la zona de presa y aguas abajo, sin que se evidencie una afectación o alteración que comprometa los intereses del grupo actor por la supuesta pérdida del recurso pesquero.

Ahora bien, cuando se efectuó el cierre de compuertas que menciona el Tribunal como causante de “la sequía río abajo”, del proyecto hidroituango, no es cierto que haya “desaparecido por completo” el recurso pesquero y, por ello, los ingresos de las personas que integran el grupo demandante, pues las distintas pruebas técnicas que se aportaron con la contestación de la demanda, y que debió tener en cuenta el Tribunal al realizar el análisis de la procedencia de la medida cautelar, dan cuenta de la presencia del recurso pesquero en todo el río Cauca aguas abajo del sitio de la presa, lo cual deja sin fundamento lo ordenado por el Despacho en el auto impugnado.

Las medidas tomadas en su momento para mitigar los efectos que se generarían por el cierre de compuertas fueron previamente analizadas y debidamente sustentadas por los distintos actores e interesados en el asunto. Tan cierto es lo

anterior que, con el propósito de evitar la disminución del caudal del río Cauca, EPM implementó dos acciones tendientes a aumentar el nivel del agua del Río Cauca.

La primera acción consistió en el aumento de caudales aguas arriba de la presa, con los aportes adicionales de Salvajina y que permitieron el incremento en la tasa de ascenso del nivel del embalse de Hidroituango. La segunda acción fue la operación de la cadena de Embalses del Porce para compensar la disminución de caudales en el río Cauca (producto del cierre de la compuerta), con un mayor aporte del río Nechí en su desembocadura al Cauca, tal como se describe a continuación:

Con el objetivo de mantener las condiciones ambientales en el río Cauca, aguas abajo de la confluencia con el río Nechí y en las ciénagas de la región la Mojana, ante la contingencia de Ituango presentada por el cierre de la compuerta de aducción No 1, a partir del día 05 de febrero a las 10:00 horas se implementaron maniobras operativas en los embalses emplazados en la cuenca del río Porce, específicamente en las centrales Porce II y Porce III de propiedad de EPM.

La descarga de Porce III permitió aportar un caudal adicional aproximado de 390 m³/s al río Cauca cerca a la población Nechí, donde confluyen ambas corrientes y de este modo minimizar la reducción del caudal en el río Cauca a partir del sitio de confluencia con el río Nechí.

Las Maniobras tuvieron como objetivo realizar descargas de caudal hacia el río Nechí desde el embalse de Porce III, de manera permanente desde el 5 febrero a las 10:00 AM hasta las 24 horas del día 11 de febrero de 2019, lo cual requirió también, descargas de caudal desde el embalse Porce II, ya que éste es tributario directo del embalse Porce III y de esta forma se podía mantener un régimen constante de aportes de caudal hacia el río Nechí.

La Tabla 3 se presenta información de los caudales descargados por las plantas asociadas a los embalses Porce II y Porce III. Como puede observarse, a partir del día 5 de febrero se incrementó significativamente el caudal descargado al río por la cadena de generación del río Porce.

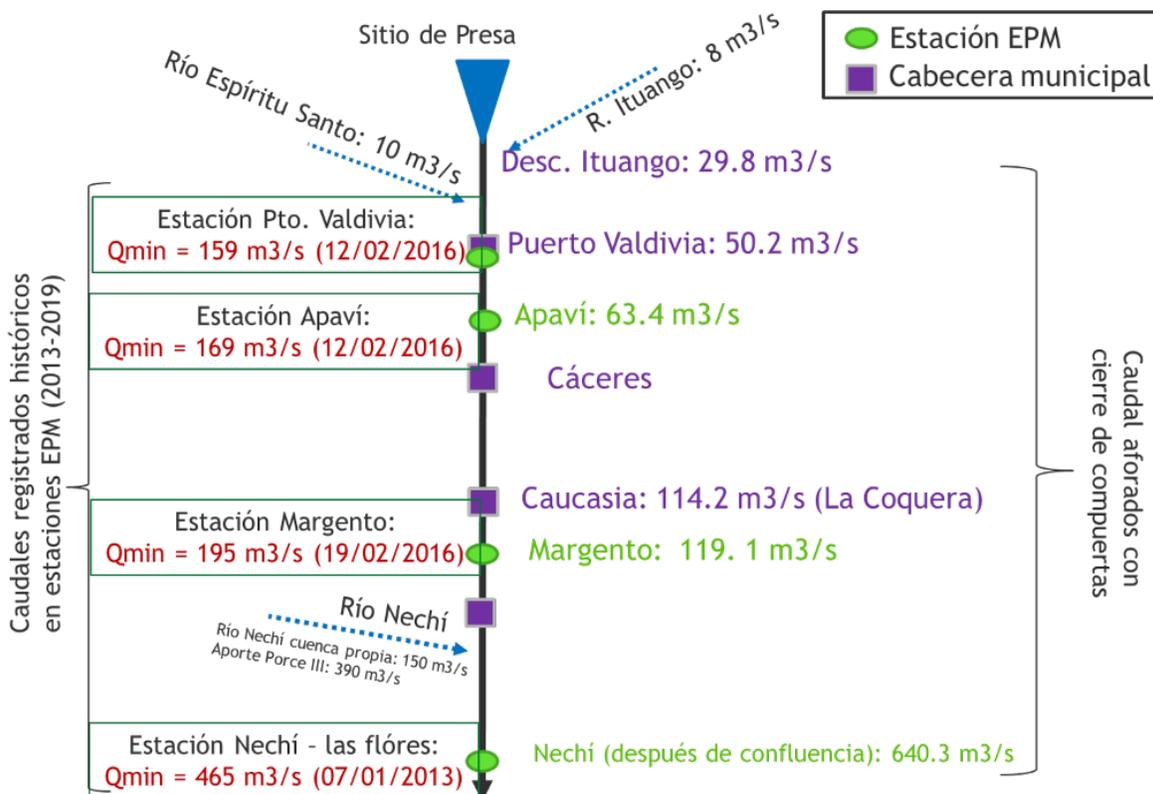
Tabla 3. Caudales de Descarga de Porce II y Porce III

Fecha	Vertimiento Porce II (m ³ /s)	Turbina Porce II (m ³ /s)	Vertimiento Porce III (m ³ /s)	Turbina Porce III (m ³ /s)	Caudal Ecológico (m ³ /s)	Total, Caudales Descargados Porce III (m ³ /s)
01/02/2019	0	2.06	0	4.67	2.30	6.97
02/02/2019	0	0	0	237.67	2.10	239.77
03/02/2019	0	3.54	0	4.23	2.10	6.33
04/02/2019	0	194.56	0	0	2.20	2.20
05/02/2019	0	2.15	102.90	127.35	2.10	232.35
06/02/2019	1.20	183.16	141.00	243.44	1.50	385.94

07/02/2019	95.42	181.80	152.00	244.22	2.10	398.32
08/02/2019	94.70	180.20	163.50	244.88	2.10	410.48
09/02/2019	62.60	192.14	157.30	243.62	2.10	403.02
10/02/2019	0	62.85	57.20	246.02	2.10	305.32
11/02/2019	0	0	0	209.97	2.11	212.08

Es importante indicar que los valores de caudal reportados en la Tabla 3 corresponden a la información oficialmente declarada por EPM ante el Operador del Sistema -XM-, lo cual es una obligación definida en el Código de Operación, establecida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-, mediante la Resolución 25 de 1995. XM, filial de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., es la empresa que opera el sistema y realiza la coordinación de la generación de energía del Sistema Interconectado Nacional.

Como puede advertirse, la comunidad asentada aguas abajo de la presa, específicamente, luego de la desembocadura del río Nechí, como es el caso de los demandantes y demás pobladores de la zona de ciénaga de Montecristo, **no resultaron afectados de manera alguna por supuestas disminuciones en el caudal del río Cauca, habida cuenta que, las medidas referidas significaron la compensación de la reducción del caudal que pudo generarse por el cierre de compuertas.** La siguiente gráfica elaborada por EPM da cuenta de lo mencionado:



En todo caso, como medida contingente por el cierre de compuertas, se indujo al incremento del caudal del río Nechí con la apertura controlada de las centrales de

Porce II y Porce III, con lo cual se acrecentó dicho caudal y se compensó cualquier afectación en el caudal que se hubiese presentado en el río Cauca por el cierre de compuertas en mención. Fue por esto que, en la estación de medición Nechí – Las Flores, se llegó a un caudal de 640.3 m³, con lo cual se normalizó cualquier alteración de caudal que hacia abajo presentase el río Cauca.

Reiterándose que NO desapareció el recurso pesquero como equivocadamente lo consideró el Tribunal, tiene que reiterarse que el recurso pesquero continúa evidenciando su presencia en el río Cauca y, hoy más que nunca, está siendo controlado con reportes fidedignos en cumplimiento de las instrucciones dadas en tal sentido para el proyecto.

Además, es del caso resaltar que la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, entidad pública del orden nacional, mediante comunicación de 1 de octubre de 2019, con radicado 2019EE10010, indicó de manera clara lo siguiente:

Una vez revisado el REPORTE HISTÓRICO DE EMERGENCIAS consignado en la base de datos que reposa en la Subdirección para el Manejo de Desastres de la UNGRD, se pudo establecer que para los años 2018 y 2019 y durante las fechas descritas, los departamentos y municipios de la Región de la Mojana no reportaron afectaciones asociadas a los eventos de emergencia generados con la contingencia del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

Asimismo, mediante Oficio SDG-RO-125-2019, la UNGRD hizo constar la no afectación de la Región de la Mojana asociada a la emergencia generada en la contingencia del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

Por tanto, no existe prueba, tan siquiera sumaria en el plenario, que acrediten la existencia de un daño antijurídico, consistente en la afectación patrimonial del grupo actor, que pueda soportar la carga impuesta a mi representada de pagar de un salario mínimo legal mensual vigente a cada grupo familiar reconocido como demandante.

En tal sentido, no deja de ser, cuanto menos sorprendente, que el Despacho conductor del proceso haya decretado la cautela sin tener al menos un mínimo sustento probatorio de la configuración del presunto daño antijurídico alegado por la parte actora, constituyéndose este en el primer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado y requisito sine qua non para que proceda su declaratoria.

Así las cosas, la medida cautelar no cumplió con el supuesto normativo exigido para su decreto, esto es que:

- i) Sea “razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión” puesto que no hay sustentó alguno frente al supuesto daño antijurídico reclamado;
- ii) Exista amenaza o vulneración del derecho, pues como se evidencia, el grupo actor no sufrió afectación patrimonial alguna derivada de la contingencia ocurrida en el proyecto Hidroituango.
- iii) Se cuenta con apariencia de buen derecho, toda vez que no basta con vivir aguas abajo del proyecto Hidroituango para que se pueda concluir que hubo mermas en los ingresos de la población aledaña al Río Cauca y que deriva su sustento del mismo, sino que era necesario acreditar, así fuese sumariamente, la efectiva afectación, como consecuencia de la emergencia acaecida y el posterior cierre de compuertas; por el contrario,

- quedó ampliamente demostrado que en la zona del grupo actor no hubo disminución del recurso hídrico ni pesquero.
- iv) Tener en cuenta la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, al tener en consideración que el mismo Tribunal reconoció que no se perdió el recurso pesquero, lo cual hace innecesaria la medida ya que el grupo actor no sufrió afectación patrimonial por disminución de su fuente de ingresos. Asimismo, la cautela carece de proporcionalidad puesto que le impone una obligación económica a mi representada, que una vez efectuada no puede recuperar, en un proceso que carece de elementos fácticos y probatorios que soporten tal carga. Obligar al pago mensual de un salario mínimo durante todo un año a cada una de las familias del grupo actor no es lo idóneo ni adecuado frente a unas pretensiones indemnizatorias como las que se debaten en el subjuice. Si tramitado el proceso se concluye, como efectivamente lo es, que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, EPM habría asumido una alta suma de dinero a favor de los demandantes, que dada la naturaleza de la orden dada por el Tribunal y el carácter devolutivo del presente recurso, no tendrá como reembolsar, lo que le causará un perjuicio desmedido y gravoso.

Aunado a lo expuesto, el Tribunal consideró como un hecho notorio que lo ocurrido en el año 2018, con el proyecto Hidroituango, “llevó a la desocupación de pueblos ubicados en las cercanías al proyecto (...) por el cierre de las compuertas, lo que generó una sequía río abajo que afectó a las poblaciones de río abajo (sic), que solo se recupera con el tiempo, (...) pero, no por ello, debe desconocer que existió un impacto sobre la vida de los actores”.

Al respecto, debe ponerse de presente que el Tribunal confunde dos situaciones: 1) la evacuación ordenada por las autoridades que conforman el SNGRD y; 2) el cierre de compuertas. En este sentido, es importante resaltar que de acuerdo con las Circulares 034 del 19 de mayo de 2018, 042 del 14 de junio de 2018 y 032 del 26 de julio de 2019 se puede evidenciar que los centros poblado que conforman la región de la Mojana, incluida la ciénaga de Montecristo nunca fueron evacuados, por lo que no es cierto que ello haya representado una afectación para los mismo. En este sentido las comunidades de la ciénaga de la Mojana nunca fueron evacuadas y tampoco se presentó en dicho sector la disminución del caudal.

Además, lo expresado por el Tribunal denota que no hay afectación actual, y que de quererse garantizar la eventual indemnización a la que tendría derecho los actores, se requiere de otro tipo de medida o decisión.

Es importante aclarar, lo cual sí es un hecho notorio, que EPM es una empresa con la suficiente solidez y robustez económica, para dar cumplimiento a un eventual fallo judicial condenatorio.

De otro lado, no se puede perder de vista para resolver el caso particular, que la naturaleza del medio de control ejercido por el grupo actor es de naturaleza eminentemente reparatorio, por tanto, su finalidad es lograr la reparación del daño antijurídico presuntamente sufrido por las víctimas, de llegarse a demostrar este en el proceso judicial.

Al respecto, es del caso recordar lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 472 de 1998, que establece lo siguiente:

“Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para

dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.

“La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.”

La naturaleza patrimonial inherente a la acción de grupo “... la asemeja a la acción de reparación directa”² y, por ende, resulta obligatorio en este tipo de casos alegar y demostrar la configuración de los distintos elementos de la responsabilidad de que trata el artículo 90 de la Constitución Política, los cuales, valga la reiteración, no están probados ni encuentran sustento en las pruebas obrantes en el plenario.

Así las cosas, para el decreto de la medida cautelar, el Tribunal debió tener en consideración que, , acorde con la naturaleza del medio de control ejercido, esto es la acción de grupo, las medidas cautelares debían propender por garantizar DERECHO OBJETO DEL LITIGIO y ASEGURAR LA EFECTIVIDAD DE LA PRETENSIÓN, como bien lo establece el artículo 509 del CGP, transcrito por el tribunal. Si como lo reconoció el mismo Tribunal, la demanda tiene por objeto la indemnización de unos perjuicios causados por el supuesto daño antijurídico padecido por el grupo actor como consecuencia de la contingencia presentada en el proyecto Hidroituango en el año 2018, es diáfano que la medida decretada, nada tiene que ver con las pretensiones del proceso y el objeto del litigio.

De otro lado, se afirma en el auto de medida cautelar que “*de los argumentos de la parte actora se desprende el hecho de una posible amenaza o vulneración de los derechos de los accionantes, quienes acreditaron ser titulares de los derechos colectivos invocados, como quiera que son pescadores del río Cauca y las alteraciones que se presenten en dicha área los afecta directamente*”, con lo cual queda demostrado, sin anfibología alguna, la confusión del Tribunal en relación con la naturaleza del medio de control bajo estudio puesto que no se trata de la protección de derechos colectivos sino de la reparación, se insiste, de un presunto daño causado.

En efecto, de conformidad con el artículo 90 constitucional y la extensa jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, para que proceda la reparación de un daño como consecuencia de un evento de responsabilidad extracontractual del Estado, se exige que el daño antijurídico sea cierto, directo y personal.

En este orden, se hace necesario que exista certeza en el daño, frente a lo cual no obra en la decisión argumento alguno que permita sustentar la posible configuración del mismo y menos prueba, tan siquiera sumaria, que pueda tan solo respaldar la procedencia y necesidad de una medida cautelar.

Aunado a lo ya expuesto, de confundir los derechos cuya protección se pretende mediante la medida cautelar, con aquellos de naturaleza colectiva, frente a los cuales procede el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, acción popular en los términos de la Ley 472 de 1998, y no la reparación de perjuicios causados a un grupo.

En líneas posteriores, el Tribunal ahonda aún más la confusión que presenta sobre la naturaleza de la acción *sub judice* al afirmar que “*los derechos fundamentales que se protegen, son el derecho al trabajo unidades pesqueras de Montecristo y Achi, en las condiciones mínimas de subsistencia de esas personas, contenidos en*

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 29 de septiembre de 2015. Rad. 2000-09014-05(AG).

el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, ratificados por Colombia mediante la ley 74 de 1968(...)”.

Se insiste, la naturaleza de la acción de grupo es INDEMNIZATORIA y, por tanto, el Despacho al adoptar una medida cautelar como la decretada -consistente en el pago de un dinero por la supuesta merma en el patrimonio del grupo actor- desbordó el marco, finalidad y propósitos del citado medio de control puesto que se arrogó la competencia de un juez de tutela para amparar derechos fundamentales que no fueron invocados en la demanda como el derecho al trabajo, ajeno totalmente a la controversia.

Por consiguiente, la decisión adoptada denota una clara y flagrante trasgresión al principio de congruencia porque: i) en primer lugar, el fallador adoptó una medida que carece precisamente de los elementos propios de las medidas cautelares como la temporalidad y la cautela, dado que se trata de una carga económica en contra de la empresa que no va a poder ser reversada en caso de que las pretensiones de la demanda sean denegadas y ii) en segundo término, se desconoció el marco del medio de control que es resarcitorio e indemnizatorio porque se ampararon derechos fundamentales fuera de la *causa petendi* de la demanda, lo que pone en evidencia que la providencia se pronunció por fuera y más allá de lo pedido (*extra y ultra petita*).

Finalmente, es importante resaltar que el Tribunal consideró como argumento para decretar la medida cautelar la situación generada por la pandemia del Covid-19, lo cual en su criterio, disminuyó los ingresos de las familias que conforman la parte actora.

La pandemia del Covid 19 es un hecho totalmente ajeno y posterior a las pretensiones de la demanda y a los hechos objeto de litigio; además no es propio de una acción de carácter resarcitorio como es la acción de grupo, y menos aún es mi representada la llamada a responder por las supuestas o hipotéticas afectaciones económicas que la población tenga como consecuencia del Covid 19, así como las medidas adoptadas por los gobiernos nacional y local para su mitigación.

Lo anterior pone de presente que el tribunal excedió por completo su competencia en el asunto de la referencia, al adoptar decisiones que no son cautelares; que tienen el carácter de irreversibles; que afectan y producen un daño antijurídico en cabeza de la empresa porque generan un prejuizgamiento; que traslada una ayuda social a la demandada en virtud de hechos externos y ajenos como la pandemia generada por el Covid-19, entre otros aspectos.

Así las cosas, de la manera más respetuosa se solicita la revocatoria urgente e inmediata de la providencia impugnada porque no solo es contraria al ordenamiento jurídico y a las normas procesales que rigen la materia, sino además contiene múltiples vías de hecho y errores flagrantes que tienen la potencialidad real e inminente de generar y producir un daño antijurídico en cabeza de la empresa demandada, con los correspondientes perjuicios que del mismo se deriven.

3. Pruebas

Se solicita tener como pruebas para resolver el recurso de apelación contra la medida cautelar los siguientes elementos probatorios, los cuales fueron oportunamente aportados al proceso:

- Oficio SDG-RO-125-2019, respuesta UNGRD no afectación de la Región de la Mojana asociada a la emergencia generada en la contingencia del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

- Guía de campo y protocolo de muestreo biológico pesquero y comercial para el sector de la cuenca media y baja del río Cauca, elaborado por la Fundación Humedales, 2019.
- Informe pericial de caracterización de la dinámica pesquera en la cuenca media y baja del río Cauca, Fundación Humedales, abril 2020.
- Informe pericial de caracterización de la dinámica pesquera en la cuenca media y baja del río Cauca, Fundación Humedales junio 2020.
- Monitoreo a la actividad pesquera en la Cuenca Baja y Media del río Cauca, septiembre 2019, Fundación Humedales.
- Medidas de caudal de las estaciones de medición del río Cauca en la zona de influencia del proyecto, de los meses de enero y febrero de 2019, en los días correspondientes al cierre de compuertas.
- Análisis de información de las estaciones Las Flores y Las Varas, elaborado por la Unidad de Hidrometría y Calidad Generación Energía de EPM, el 24-4-19.
- Boletín informativo de 13 de febrero de 2019, que da cuenta de la no afectación del caudal del río Cauca tras el cierre de compuertas de la casa de máquinas del proyecto Hidroeléctrico Ituango.
- Relación del comportamiento de caudales durante cierre compuertas 2019.
- Oficio 20193000000351 del 11-3-19 del Subdirector de Hidrología IDEAM, relacionando las mediciones de caudal río Cauca, entre el 1 de enero y el 7 de marzo de 2019, de las estaciones de Las Flores y Las Varas.
- Registros de las estaciones Nechí Las Flores Y aguas abajo de 7-2-19, conforme a mediciones del IDEAM.
- Informe técnico de pericia elaborado por la Universidad Nacional de Colombia – abril 2020, sobre variabilidad genética de un banco de peces de los sectores medio y bajo del río Cauca.
- Informe técnico de pericia elaborado por la Universidad de Córdoba en el marco de la Investigación contratada con EPM, contenido en los siguientes documentos:
 - Monitoreo y conservación de los recursos hidrobiológicos en la cuenca media y baja del río Cauca de agosto 2019.
 - Monitoreo y conservación de los recursos hidrobiológicos en la cuenca media y baja del río Cauca de febrero de 2020.
- Informe técnico de pericia elaborado por la Universidad de Antioquia en el marco de la Investigación contratada con EPM, contenido en los siguientes documentos:
 - Monitoreo y conservación de los recursos hidrobiológicos en la cuenca media y baja del río Cauca de agosto 2019.
 - Monitoreo y conservación de los recursos hidrobiológicos en la cuenca media y baja del río Cauca de febrero de 2020.
- Correo remitido por la Dirección Ambiental, Social y de Sostenibilidad del Proyecto Ituango, de 20 de agosto, en el cual se exponen importantes conclusiones en relación con los registros de extracción de peces entre octubre de 2019 y febrero de 2020 en la cuenca media y baja del río Cauca y el registro de especies.

Atentamente,



Enrique Gil Botero

C.C. No. 70.071.004 de Medellín

T.P. No. 27.154 del C. S. de la J.