



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**

Villavicencio, siete (7) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

### **SALA DE DECISIÓN ORAL No. 01**

**MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ**

<b>RADICACIÓN:</b>	<b>50001.33 33 002 2019 00083 01</b>
<b>ACCIÓN:</b>	<b>POPULAR</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>DAVID FELIPE MORA NARVAEZ</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO – CONCEJO MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO</b>

Revisado el proceso de la referencia, procede la sala a decidir el RECURSO DE APELACIÓN, interpuesto por la apoderada de la parte actora, contra el AUTO del 20 de marzo de 2019, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, mediante el cual rechazó la demanda por no haberse subsanado los defectos advertidos<sup>1</sup>.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante presentó el 27 de febrero de 2019<sup>2</sup> acción popular en contra del Municipio de Villavicencio – Concejo Municipal de Villavicencio, con el objeto que se declare que la Alcaldía de Villavicencio y el Concejo Municipal de Villavicencio, con la expedición del Acuerdo 368 de 2018, amenazan los derechos a la moralidad administrativa, defensa al patrimonio público, seguridad pública, acceso a servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

Así mismo, solicitó que cesen los efectos jurídicos del Acuerdo 368 del 29 de noviembre de 2018, por medio del cual se autoriza al alcalde de Villavicencio para construir una empresa de servicios públicos mixta, así como que se suspenda el proceso de licitación y contratación para efectos de crear una ESP mixta, que llegase a darse con ocasión del mencionado acuerdo.

Solicitó, que se ordene a la Alcaldía de Villavicencio que a través de su alcalde, inicie las acciones legales contra el Consorcio Iluminación Villavicencio, con ocasión al incumplimiento del Contrato 477 de 1998.

<sup>1</sup> Fols 91-93 C. de primera instancia.

<sup>2</sup> Fol. 62, ibídem.

Repartida la demanda le correspondió su conocimiento al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Villavicencio, el cual mediante auto del 5 de marzo de 2019<sup>3</sup>, inadmitió la demanda para que en el término de 3 días contados a partir de la notificación de esa decisión, el accionante se sirviera subsanarla, teniendo en cuenta que *"No se cumple con el requisito de procedibilidad preceptuado en el numeral 4º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, es decir, la reclamación establecida en el inciso tercero del artículo 144 ibidem, toda vez que no aportó documento alguno que demuestre que con anterioridad a la presentación de la acción popular, se haya solicitado al MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO, adoptar las medidas necesarias de protección de los derechos o intereses colectivos presuntamente amenazados o violados" (...).*

Seguidamente, el apoderado de la parte actora mediante escrito de 8 de marzo de 2019<sup>4</sup>, interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión solicitando que se revocara la misma, en atención a que el artículo 144 de la Ley 1437 dispone que se podrá prescindir del anterior requisito cuando existe peligro inminente de ocurrir un perjuicio irremediable, cuestión que sucede en este caso ante la concreción de un perjuicio al patrimonio público que no podría ser remediado. Además, en su criterio debe darse aplicación al parágrafo del artículo 590 del C.G.P., según el cual cuando se soliciten medidas cautelares se puede acudir directamente al juez sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

Al respecto, el *a quo* mediante decisión del 12 de marzo de 2019<sup>5</sup>, no repuso el auto del 5 de marzo de 2019, indicando que el actor popular no argumentó ni probó la existencia de un inminente peligro de la ocurrencia de un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, toda vez que se fundamentó en apreciaciones que carecen de sustento probatorio, por lo que no se puede dar aplicación a la excepción del requisito de procedibilidad que consagra el artículo 144 del CPACA.

Ello porque el actor solicita la declaratoria de caducidad del contrato 477 de 1998, para lo cual el ente territorial ya perdió competencia, si se tiene en cuenta la afirmación del mismo actor en cuanto a que dicho contrato terminó el 10 de diciembre de 2018, aunado a que la etapa de liquidación de dicho contrato (4 meses para la liquidación bilateral y 2 meses para la unilateral) aún no se ha vencido.

También destacó que sobre el cuestionamiento a la autorización que el concejo municipal hizo al alcalde de Villavicencio para constituir una sociedad de economía mixta, el artículo 313-6 de la Constitución Política utiliza la expresión *"autorizar la*

<sup>3</sup> Fol 64 C. de primera instancia

<sup>4</sup> Fols. 67-70 Ibidem.

<sup>5</sup> Fols. 72-74 Ib.

*constitución*" respecto de las sociedades de economía mixta, de lo cual infiere que por mandato constitucional el alcalde sí las puede constituir.

Finalmente, indicó en ese auto el juez de primera instancia que el parágrafo 1º del artículo 590 del C.G.P. no es aplicable a las acciones populares, porque los procesos que tengan por finalidad la protección de derechos colectivos en los cuales se soliciten medidas cautelares, se deben regir por los artículos 229 y siguientes del CPACA, según lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Luego, la parte actora mediante memorial del 18 de marzo de 2019<sup>6</sup>, allegó escrito de subsanación anexando petición presentada ante el municipio de Villavicencio el 8 de marzo de 2019 y petición ante el Concejo Municipal de Villavicencio recibida por dicha entidad el 12 de marzo de 2019, en las que en esencia transcribe los hechos y pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, mediante decisión del 20 de marzo de 2019<sup>7</sup>, el juez de primera instancia, decidió rechazar la acción popular, toda vez que las peticiones presentadas por el demandante son posteriores al auto que inadmitió esta demanda, y con tal previsión no se puede entender agotado el requisito de procedibilidad, toda vez que el mismo debe efectuarse con anterioridad a la presentación de la demanda.

Contra la anterior decisión, el actor popular interpuso recurso de apelación el 27 de marzo de 2019<sup>8</sup>, indicando que en el asunto, la premura del tiempo se debe a que se está frente a una situación que de continuar en el tiempo se puede concretar un perjuicio del patrimonio público que no podría enmendarse in natura ni ser recuperado en su integridad, por ende, en aplicación del artículo 144 del CPACA, por prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no es necesario agotar dicho requisito de procedibilidad.

Además expuso que ante la gravedad y el perjuicio que se puede causar a los derechos invocados en la acción popular, acompañó la misma de medidas cautelares de urgencia, argumentadas en el cumplimiento a lo previsto en el artículo 231 del CPACA, por lo que de no decretarse se afectarían de manera negativa e irremediable los derechos colectivos invocados haciendo más gravosa la situación.

Cabe resaltar por llamar la atención de la sala, tal como lo describe la actora en su intervención ante esta instancia, según enseguida se expresará, que al día siguiente de presentado el aludido recurso de apelación, el expediente ingresó al despacho para decidir sobre el mismo<sup>9</sup>; sin embargo, tan solo hasta el 11 de abril

<sup>6</sup> Fols. 76-89 Ib.

<sup>7</sup> Fols. 91-93 Ib.

<sup>8</sup> Fols. 96-100 Ib.

<sup>9</sup> Fol. 101 Ib.

siguiente, el juez se ocupó del asunto<sup>10</sup>, procediéndose a remitir el expediente a Oficina Judicial para su reparto ante esta corporación, el 26 de abril<sup>11</sup>, luego de la vacancia judicial por semana santa.

Estando el expediente en segunda instancia, la parte actora allegó reiteración de la necesidad del decreto de medidas cautelares urgentes, aduciendo entre otras cosas, que se estipuló el 16 de mayo de 2019 como fecha para efectuar la resolución de escogencia del socio inversionista, y que además de las peticiones presentadas ante las entidades demandadas no ha tenido respuesta por parte del Municipio de Villavicencio, y respecto del Concejo del Municipio de Villavicencio, en la respuesta recibida el 29 de abril de 2019 no se hizo pronunciamiento de fondo alguno.

De otro lado, el Procurador 48 Judicial II delegado para asuntos Administrativos, allegó concepto No. 061<sup>12</sup>, indicando que el requisito de procedibilidad se encuentra subsanado con las peticiones que presentó el actor popular ante las entidades demandadas, por lo que en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, debe predominar el derecho sustancial sobre el procedimental, por ende, se entiende subsanado dicho requisito y el juez de primera instancia deberá admitir la presente acción.

Adicionalmente, informa que ante la falta de procurador para el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Villavicencio, se consideró pedir internamente que se apruebe una agencia especial por parte de la Procuraduría, con el fin de realizar un seguimiento exhaustivo al proceso y a todas sus implicaciones.

## **CONSIDERACIONES**

### **I. Competencia:**

De acuerdo con lo previsto en los artículos 153 y 243, numeral 1º del C.P.A.C.A., aplicables por remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998; este Tribunal es competente para conocer de la apelación contra el auto proferido en primera instancia, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, a través del cual se rechazó la demanda por no subsanar los defectos advertidos.

### **II. Impedimento del magistrado CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO:**

Mediante oficio No. TAD-CEAO-051 de fecha 7 de mayo de 2019 (fol. 14 cuaderno segunda instancia), el magistrado CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO, se

<sup>10</sup> Fol. 106 Ib.

<sup>11</sup> Fol. 1, cuaderno de segunda instancia.

<sup>12</sup> Fols. 11-13

declaró impedido para conocer del mismo, aduciendo que se encuentra incurso en la causal 3 del artículo 130 del C.P.A.C.A.

Lo anterior, teniendo en cuenta que tiene un vínculo de segundo grado de consanguinidad, con el señor DIEGO ARDILA OBANDO, quien se desempeña dentro de la planta de personal del municipio de Villavicencio, en el nivel asesor.

Por lo tanto, atendiendo a lo expresado por el magistrado considera la sala que se configura la causal invocada, por tal razón se declarará fundado y se ACEPTARÁ EL IMPEDIMENTO manifestado.

### **III. Problema Jurídico:**

El problema jurídico que debe abordar la sala, acorde con el sustento de alzada y la decisión de primera instancia, se contrae a establecer si en el presente caso es posible prescindir del requisito de procedibilidad previsto en el numeral 4º del artículo 161 del C.P.A.C.A., por existir un inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable contra los derechos colectivos, como lo afirma la parte actora, o si como lo hizo el *a quo* debía rechazarse la demanda por no haberse cumplido con dicho requisito, a pesar que dentro del término de subsanación de la demanda, el actor popular solicitó a las accionadas que adoptaran las medidas de protección de los derechos colectivos involucrados.

### **IV. Tesis:**

La respuesta al problema jurídico planteado es que no había lugar a rechazar la demanda, toda vez que se reúnen los requisitos para que se configure la excepción al requisito de procedibilidad, consistente en la reclamación previa a la autoridad accionada para que tome las medidas de protección de los derechos colectivos.

Para llegar a esta conclusión, en el siguiente acápite se hará el análisis del caso concreto, bajo la perspectiva de la estrecha relación y las diferencias entre la configuración de un perjuicio irremediable con miras a relevar el cumplimiento del requisito de procedibilidad, y la demostración de los presupuestos propios de una medida cautelar de urgencia.

### **V. Análisis jurídico del caso concreto:**

En primer lugar, para la sala resulta importante señalar que con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se incorporó un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción popular, previsto en el inciso tercero del artículo 144 de ese estatuto, que reza de la siguiente manera:

**"Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda."**  
(Negrilla y subrayado intencional).

Tal exigencia, fue denominada como un requisito de procedibilidad de la acción, conforme se desprende del numeral 4 del artículo 161 *ibidem*, el cual dice así:

**"ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR.** La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...)

4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código."

Entonces, se tiene que el actor popular está en el deber de dar estricto cumplimiento al agotamiento del requisito de procedibilidad señalado en precedencia, el cual consiste en la solicitud dirigida a la autoridad administrativa o particular en ejercicio de funciones administrativas para que adopte las medidas necesarias para proteger el derecho o interés colectivo amenazado o violado, que pretende salvaguardar con la acción que promueve, so pena de resultar improcedente el ejercicio de ese mecanismo de protección constitucional.

Ahora bien, tal requisito reviste de relevancia ya que el legislador lo previó con una finalidad específica, consistente en que previo a acudir al aparato jurisdiccional, el administrado debe poner en conocimiento de la Administración, como primer escenario, la solicitud de protección del derecho colectivo presuntamente violado, para que sea aquella, la que de ser posible, adelante las acciones pertinentes que permitan el cese inmediato de la vulneración del derecho o interés invocado, y así, se acuda únicamente al juez constitucional, cuando se vislumbre que la autoridad administrativa no conteste o se niegue a ello<sup>13</sup>.

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

*"Aunque la ley no exige ninguna formalidad de la reclamación, conforme al citado artículo 144 de la Ley 1437 de 2011: (i) debe estar dirigida a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas cuya acción u omisión se considera la causa de la afectación del derecho o interés colectivo amenazado o violado, (ii) debe exponer las circunstancias de hecho que se considera son la causa de la vulneración, (iii) debe contener la petición sobre*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 5 de septiembre de 2013, Radicación No. 25000-23-41-000-2013-00358-01 (AP), Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

*la adopción de las medidas necesarias de protección y (iv) debe ser formulada con anterioridad a la presentación de la demanda*<sup>14</sup>.

De tal manera que se comparte el argumento expuesto por el *a quo* en su auto impugnado, contrario a lo afirmado en el concepto del Ministerio Público presentado en esta alzada, en cuanto a que el requisito de procedibilidad previsto para las acciones populares en el nuevo Código, debe cumplirse con anterioridad a la presentación de la demanda, y no en el tiempo otorgado para subsanar los defectos formales de la misma.

En el presente asunto, la demanda se inadmitió el 5 de marzo de 2019<sup>15</sup> para que se acreditara el cumplimiento del requerimiento previo a los accionados. Luego de resolverse el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra tal exigencia, aquella aportó en escrito de subsanación copia de memorial remitido a la Alcaldía de Villavicencio con recibido del 8 de marzo de 2019<sup>16</sup>, y petición hecha ante el Concejo Municipal de Villavicencio con fecha del 12 de marzo de 2013<sup>17</sup>, es decir, elevadas con posterioridad a la interposición de la acción, y adicionalmente para la fecha en que se valoró la subsanación, no había transcurrido el término de 15 días que la ley otorga a la autoridad requerida para que se pronuncie, por manera que mal podía haberse tenido por cumplido el requisito de procedibilidad.

No obstante, si bien las peticiones se presentaron con posterioridad a la inadmisión de la presente acción, y por ende el requisito de procedibilidad no se cumplió, lo cierto es que el actor popular también aduce una situación de peligro inminente el cual de ocurrir puede causar a futuro un perjuicio irremediable frente a los derechos e intereses colectivos invocados, por lo que no se puede olvidar que tal situación fue prevista como excepción por el legislador, en la parte final del inciso tercero del artículo 144 del CPACA<sup>18</sup>, y en virtud de ella no debe exigirse la presentación de petición ante las autoridades administrativas que amenazan o vulneran los derechos e intereses colectivos cuya protección se busca.

Así las cosas, este aspecto constituye el punto central de discusión, susceptible de definirse en la segunda instancia como consecuencia del rechazo de la demanda, como ocurrió en este caso, esto es, si se configura o no la excepción al requisito de procedibilidad, para lo cual debe la sala precisar que sobre el alcance de la existencia del inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, el Consejo de Estado<sup>19</sup> tiene una línea uniforme basada en los

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 9 de julio de 2018. C.P. GULLERMO SÁNCHEZ LUQUE. Rad. 88001-23-33-000-2016-00062-02. Actor: Víctor Hugo Rodríguez Carvajal y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros.

<sup>15</sup> Fol. 64 Ib.

<sup>16</sup> Fols. 77-79

<sup>17</sup> Fols. 80-83

<sup>18</sup> Art. 144... **Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.**

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Auto del 28 de agosto de 2014. MP. María Elizabeth García González. Expediente 2014-00972-01. Dte. Alejandro Escovar Rodríguez.

pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el perjuicio irremediable regulado para las acciones tutela.

Así se ha acogido para las acciones populares, la jurisprudencia constitucional en el tema:

"La Corte Constitucional ha precisado de manera reiterada el alcance del concepto de perjuicio irremediable, el cual fue definido, entre otras, en la Sentencia T-293 de 2011, de la siguiente manera:

Ahora bien, con relación a la configuración de un perjuicio irremediable, esta Corte **ha entendido por tal, aquel que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización, porque no se puede remediar ni ser recuperado en su integridad.** Así mismo, se ha dicho en variada jurisprudencia, que para poder determinar si existe o no un perjuicio irremediable en un caso concreto, se deben tener en cuenta ciertos elementos, como son:

A). El perjuicio ha de ser **inminente**: que amenaza o está por suceder prontamente, esto es, tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia; B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**, es decir, se debe precisar una medida o remedio de forma rápida que evite la configuración de la lesión; C) se requiere que éste sea **grave**, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; y D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna." (Negrillas fuera del texto)

La Sala considera que tal concepto y presupuestos resultan aplicables a las acciones populares, toda vez que lo pretendido por el Legislador al establecer esta excepción a la regla de requerimiento a la autoridad administrativa, es que ante la gravedad e inminencia de un hecho que pueda ocasionar un perjuicio irreparable a los derechos colectivos, se pueda acudir directamente ante la autoridad judicial, para que ésta adopte las medidas necesarias para que cese la vulneración o amenaza de los mismos".

No obstante, a diferencia de las acciones de tutela en las que el tema del perjuicio irremediable se analiza en el fallo para determinar la procedencia de aquella como mecanismo transitorio<sup>20</sup>, advierte este tribunal que en las acciones populares el mismo tema se estudia en su etapa inicial para definir si se exige o no el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 4º del artículo 161 del CPACA, en concordancia con el inciso tercero del artículo 144 ibídem.

Y esta cuestión resulta relevante porque sirve para interpretar el nivel de exigencia que quiso comprender el legislador cuando previó la excepción al requisito de procedibilidad, pues recuérdese que señaló expresamente que opera "*cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e*

<sup>20</sup> Decreto 2591 de 1991, artículo 6º, numeral 1º.

*intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda"* (resaltado fuera del texto).

Así pues, para determinar el alcance de lo que buscaba el legislador al indicar que la situación del perjuicio irremediable debía **sustentarse** en la demanda, teniendo de presente las distintas etapas en que se analiza el tema del perjuicio irremediable en las acciones de tutela y en las acciones populares, debe decirse que en éstas esa sustentación hace referencia a su significado natural y obvio, que corresponde a "*Defender o sostener determinada opinión*"<sup>21</sup>, queriéndose significar que no es necesario analizar prueba alguna como ocurre en las acciones de tutela al decidir éste mismo tema.

En esta línea de pensamiento, podemos concluir que para determinar la existencia del perjuicio irremediable únicamente con miras a decidir si se debe o no exigir el requerimiento previo a las autoridades accionadas sobre la adopción de medidas para la protección de los derechos colectivos que se pretenden proteger, basta con que en la demanda se exponga razonada y concretamente por qué considera el actor popular que el perjuicio está por suceder prontamente, esto es, "*tiende a un resultado cierto derivado de una causa que está produciendo la inminencia*", y por qué ese perjuicio es grave, también deberá indicar por qué opina que las medidas para conjurar ese perjuicio deben tomarse de forma rápida y no se pueden postergar.

De la urgencia e impostergabilidad de las medidas para conjurar el perjuicio, que según la jurisprudencia transcrita se deben sustentar para analizar si procede o no la excepción al requisito de procedibilidad, se evidencia la estrecha relación de este tema con el de medidas cautelares en general y especialmente con las medidas cautelares de urgencia, pues en estas para su decreto aparece nuevamente el tema del perjuicio irremediable *per se* o de alguno de sus presupuestos, pero ya no en grado de mera sustentación sino en grado de demostración.

En efecto, el artículo 231 del CPACA, al regular los requisitos para decretar medidas cautelares señala que la suspensión provisional de un acto administrativo "*...procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación 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...*" (Resaltado fuera del texto).

Enseguida, la misma norma indica que en los demás casos, distintos a aquellos en que se pida la nulidad de un acto administrativo y en ese contexto la suspensión

<sup>21</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA y ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Actualización 2017. Aplicación para celulares.

provisional como medida cautelar, la procedencia de las medidas cautelares está sometida a que concurran los siguientes requisitos:

- "1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante **haya demostrado**, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante **haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones** que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
  - a) Que **al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable**, o
  - b) Que **existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios**". (Negrillas de la sala)

Así las cosas, no cabe duda para esta sala que es en el contexto de decisión de la medida cautelar en el que el análisis para su procedencia debe trascender al campo de la valoración probatoria, y no en el momento en que se determina la viabilidad de exigir o no el requisito de procedibilidad, etapa en la que se reitera basta que se cumpla con una debida sustentación.

Así también lo ha entendido el Consejo de Estado, pues en reciente pronunciamiento, luego de reiterar la jurisprudencia constitucional que desarrolla el concepto de perjuicio irremediable, nuestro máximo órgano de cierre en esta jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha enfatizado en la "sustentación" de tales requisitos, descartando como tal las meras afirmaciones generales:

*"De manera pues que ante la existencia de un perjuicio irremediable, en la demanda se deberán **sustentar los presupuestos de inminencia, urgencia, gravedad e imposterabilidad** respecto a la amenaza que se cierne sobre el derecho colectivo y las medidas requeridas para conjurarlo.*

4.2. En el caso concreto, la Sala encuentra que **las razones aducidas por la demandante constituyen afirmaciones generales que no tienen la virtualidad de acreditar efectivamente que existe una inminencia y gravedad en la ocurrencia del perjuicio que amerite la adopción de medidas urgentes** puesto que se limitó a describir las actuaciones que se han realizado, ante autoridades judiciales y administrativas, para enfrentar la situación de vulneración de derechos colectivos".<sup>22</sup> (Resaltado no es del texto original).

Nótese en el texto transcrito, que la alta corporación no reprocha la ausencia de prueba sobre los presupuestos del perjuicio irremediable, sino que se limita al estudio de las razones invocadas para sustentarlos, pese a que uno de los argumentos del recurso que provocó ese pronunciamiento era precisamente "que la exigencia del Tribunal consistía en que se pruebe la existencia del perjuicio irremediable, pese a que en la normatividad aplicable, solo se exige que éste se sustente". Esto significa que,

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Auto del 10 de noviembre de 2017. C.P OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Rad. 68001-23-33-000-2016-01074-01. Actor: Johanny Ivonne Merchán Cano. Demandado: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros.

uno de los reparos del recurrente contra el auto del tribunal que rechazó la demanda, era precisamente que le había exigido probar los presupuestos cuando la norma sólo se refiere a sustentarlos, y el *ad quem* no desarrolló este punto expresamente en el recurso, pero sí se refirió únicamente a la sustentación y fue en ella que centró su atención, de lo cual puede inferirse que el análisis probatorio no era necesario para definir en ese momento procesal sobre la existencia del perjuicio irremediable, pues solo se trataba de determinar si era exigible o no el requisito de procedibilidad.

Por último, debe decirse que aunque en oportunidades anteriores a la descrita, la misma sección del Consejo de Estado ha indicado que los presupuestos referidos del perjuicio irremediable deben probarse para determinar si es procedente relevar al actor popular del requisito de procedibilidad, tal como lo citó el *a quo* en el auto del 12 de marzo de 2019 que decidió el recurso de reposición contra el auto inadmisorio<sup>23</sup>, esta sala no comparte tal tesis, pues efectuar un análisis probatorio sobre: (i) la existencia de la amenaza al derecho colectivo y su prontitud, (ii) la gravedad del perjuicio irremediable, (iii) la necesidad de las medidas que se deben tomar para conjurar el perjuicio; y (iv) la impostergabilidad de tales medidas, constituye una actividad que lleva implícita la realización de un juicio de valor demostrativo de tales presupuestos, que se confundiría con la actividad propia de la decisión sobre medidas cautelares, incluso si éstas son o no de urgencia, de tal manera que, al decidir si se debe o no exigir el requisito de procedibilidad, de hacerse ese análisis probatorio, se estaría anticipando sobre la procedencia o no de medidas cautelares, quedando el juez desprotegido de la previsión contenida en el inciso segundo del artículo 229 del CPACA, pues solo "*La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*".

Contrario censu, al aceptarse la tesis que hoy se defiende por esta corporación, si para determinar la exigencia o relevo al actor popular de cumplir el requisito de procedibilidad de la acción, no es indispensable hacer una valoración de las pruebas allegadas, sino que basta revisar el contenido de la sustentación que se haya efectuado en la demanda sobre los presupuestos del perjuicio irremediable, se le permite al juez en una etapa inicial del proceso decidir sobre un aspecto que incluso podría ser catalogado como formal, dando prelación al acceso a la administración de justicia, pues el análisis probatorio podrá hacerlo con plena libertad en el momento en que decida sobre medidas cautelares, caso en el cual está amparado de la prohibición del prejuzgamiento, y así se evitan decisiones superficiales por parte del juez sobre el requisito de procedibilidad, en el que obviamente la tendencia es hacer un esfuerzo por no inmiscuirse en valoraciones que podrían inducirlo a un prejuzgamiento del cual no está protegido por el legislador, quien solo previó la exoneración de tal responsabilidad al decidirse sobre las medidas cautelares.

<sup>23</sup> Fols. 72-74, C. primera instancia. Cita 2, que refiere sentencia del 21 de abril de 2016, radicado 41001-23-33-000-2014-00186-01, C. P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES. Ver también auto del 8 de junio de 2017 con ponencia del mismo consejero, radicado 25000-23-41-000-2016-02217-01; actor: Oscar Ibañez Parra, demandado: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

Teniendo de presente las anteriores consideraciones, en el *sub judice* se tiene que el actor popular aduce que se encuentran en peligro los derechos de moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, seguridad pública, acceso a los servicios públicos y derechos de los consumidores y usuarios, toda vez que con la creación de una Empresa de Servicios Públicos de Economía Mixta, tal como lo autorizó el Concejo del Municipio de Villavicencio mediante acuerdo cuyos efectos pide suspender como medida cautelar de urgencia<sup>24</sup>, se requiere una inversión inicial del \$52.111.775.145 COP que en calidad de empréstito hará el socio privado, el cual deberá ser devuelto en un plazo entre 20 y 22 años, y que además se quedará con el 49% de dicha empresa y las ganancias que este genere de forma indefinida, de un impuesto cuya destinación es exclusivamente para la prestación, mejora, modernización y ampliación de la prestación del servicio de alumbrado público, lo cual a todas luces afecta el patrimonio público.

Así mismo, estima que si se hubiere exigido el cumplimiento del contrato 477 de 1998 al Consorcio Iluminación Villavicencio, no sería necesario el endeudamiento que se pretende hacer con un tercero, además que con la creación de dicha empresa lo que se observa es la necesidad de saciar intereses de tipo particular, toda vez que el Acuerdo expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio se hizo con un cúmulo de irregularidades las cuales explicó en el escrito de demanda.

Adicionalmente, mediante memorial allegado a esta corporación el 30 de abril de 2019<sup>26</sup>, la apoderada del demandante manifestó su preocupación y urgencia nuevamente de que se decrete medida cautelar para que cesen los efectos del Acuerdo, toda vez que la escogencia del socio está programada para el día 16 de mayo de 2019, y además indicó que a la fecha, el Municipio de Villavicencio no ha resuelto la petición interpuesta el 8 de marzo de 2019 y que además continuó con el trámite de licitación y que por su parte el Concejo Municipal de Villavicencio resolvió de forma parcial su solicitud el 29 de abril de 2019 sin pronunciarse de fondo.

Así pues, si bien el actor popular en su demanda, no expuso las razones por las cuales se abstuvo de agotar el requisito de procedibilidad para presentar esta acción, tal exigencia la desarrolló al presentar el recurso de reposición contra el auto inadmisorio<sup>27</sup>, y pueden ser inferidos tanto de la demanda como de la solicitud de medida cautelar.

Así, al confrontar las situaciones expuestas por el actor popular con los presupuestos para que se pueda configurar un perjuicio irremediable, la sala encuentra que los mismos están ajustados a las exigencias atrás expuestas, es decir, se cumplió

<sup>24</sup> Folios 1-3, cuaderno de medidas cautelares.

<sup>26</sup> Fols. 6-7 C. segunda instancia.

<sup>27</sup> Folios 67-70, C. primera instancia.

con la sustentación de la inminencia y gravedad del perjuicio, así como se expuso y defendió la opinión del actor popular sobre la urgencia e impostergabilidad de las medidas que se deben tomar para conjurar el perjuicio inminente, todo lo cual configura, desde la opinión del actor popular, el perjuicio irremediable.

Lo anterior, por cuanto en primer lugar este perjuicio, según se expuso en la demanda y los distintos memoriales presentados por la apoderada del actor, es claramente **inminente**, toda vez que el Alcalde del Municipio de Villavicencio en un término inferior a 10 días aproximadamente, elegirá la empresa que servirá como socia para satisfacer los gastos de inversión para la constitución de una empresa de servicios públicos de economía mixta, toda vez que el artículo 1º del Acuerdo 368 de 2018, le otorgó como término para ello un periodo de 6 meses que se cumplen en mayo de 2019 –mes que cursa-, y además el accionante indicó que la fecha para la escogencia del socio inversionista se programó para el 16 de mayo de 2019 –es decir, menos de 10 días-.

Adicional a ello, las medidas solicitadas por el demandante afirma que son **urgentes** puesto que con el fin de que se evite la creación de la empresa de servicios públicos mixta, solicita que cesen los efectos jurídicos del Acuerdo 368 de 2018 en el que se autorizó al Alcalde del Municipio de Villavicencio para la constitución de dicha empresa, así como suspender el proceso de licitación y contratación la cual actualmente está siendo adelantada por la misma autoridad administrativa, siendo estas medidas rápidas, efectivas y consecuentes con las competencias del juez popular de acuerdo a lo previsto inciso 2º del artículo 144 del CPACA, ello con el fin de evitar que se concluya con lo pretendido por la administración con la constitución de la ESP mixta, lo cual podría vulnerar ostensiblemente los derechos invocados en la demanda.

Así mismo, en caso de que se cumpla con la facultad otorgada al Alcalde de Villavicencio en el Acuerdo 368 de 2018, el perjuicio que se causa al patrimonio público se puede considerar como **grave**, toda vez que el mismo conforme lo expone el accionante puede ser innecesario y suplido con otro tipo de acciones que eviten el endeudamiento financiero con una empresa de tipo privado.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista lo indicado por el Alcalde del Municipio de Villavicencio en la exposición de motivos en el acápite que denominó "*importancia del nuevo modelo de prestación del servicios de alumbrado público*"<sup>28</sup>, en el que adujo que el valor aproximado de la inversión inicial que se requiere para la modernización del sistema es de aproximadamente **\$55.000.000.000**, cifra que sería amortizada en un periodo de 20 a 30 años, es decir, que dicho valor podría poner en riesgo notoriamente el patrimonio público del municipio de Villavicencio, según lo indica el actor popular, toda vez que no sería únicamente el valor inicial sino que el

<sup>28</sup> Fols. 29-32 C. primera instancia

mismo incrementa con el pasar de los años pactados para su pago, lo cual podría hasta triplicar el valor inicial.

De igual modo, según lo expresa el demandante la presente acción popular resulta **impostergable**, toda vez que la misma es adecuada para que se evite la vulneración de los derechos previstos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 que invoca el actor popular en su demanda, que además se encuentra reforzada con una solicitud de medida cautelar urgente, pues de no efectuarse se podrían cumplir los hechos que generan la vulneración de derechos colectivos, porque luego de escoger el socio estratégico que participará en la constitución de la ESP mixta y de materializar ésta constitución, se asumirían compromisos a cargo del ente municipal que de no cumplirse podrían generar reclamaciones posteriores por parte del particular beneficiado con dicha participación, ocasionando pérdidas mayores para el erario público, y una decisión posterior a ello resultaría totalmente ineficaz por inoportuna al no poder retrotraer sus efectos, incluso sin que pudiese suplirse con algún tipo de indemnización.

En ese orden de ideas, por estar frente a un perjuicio cuyos presupuestos fueron debidamente sustentados para concluir que sería a todas luces irremediable en caso de que se cumpla, el *a quo* no debió exigir el agotamiento del requisito de procedibilidad que exige el artículo 144 del CPACA, sino debió aplicar la excepción prevista en el mismo, dado el estado de adelantamiento en que se encontraba el trámite administrativo, y proceder tanto a la admisión de la demanda como al pronunciamiento sobre las medidas cautelares de urgencia que en escrito separado fueron solicitadas por la parte actora.

Cabe aclarar aquí, que no es procedente que este tribunal se pronuncie sobre las medidas cautelares, como al parecer lo entiende la apoderada del actor popular en su escrito obrante a folios 6-7 de este cuaderno de segunda instancia, por cuanto se vulneraría el principio de la doble instancia, habida cuenta que la primera instancia no ha culminado.

Así las cosas, la sala revocará la decisión del *a quo* y en su lugar, ordenará que se resuelva oportunamente sobre la admisión de la demanda y sobre la solicitud de medida cautelar urgente que obra en cuaderno separado, teniendo de presente el tiempo que resta para culminar los trámites administrativos que se vienen adelantando en el caso que dio origen a la presente acción popular.

Finalmente, habida cuenta de la trascendencia y complejidad de este asunto, así como los derechos colectivos involucrados, la sala coadyuvará la solicitud de vigilancia especial por parte de la Procuraduría General de la Nación, para lo cual se dispondrá que el *a quo* remita copia de esta providencia al citado órgano, indicando el

motivo de la remisión, una vez se confirme que fue realizada la solicitud en ese sentido por parte del Procurador 48 Judicial II Administrativo o de la coordinadora de las Procuradurías Judiciales Administrativas en esta sede. Se advierte que el cumplimiento a esta orden, no justificará demoras en las decisiones que deba adoptar el juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta,

### RESUELVE

**PRIMERO:** **DECLARAR FUNDADO EL IMPEDIMENTO** manifestado por el magistrado CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia, y por ende relevarlo de integrar la sala de decisión oral No. 1, para todos los asuntos relacionados con este proceso.

**SEGUNDO:** **REVOCAR** el auto del 20 de marzo de 2018, que rechazó la presente acción popular por no haber sido subsanada, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Villavicencio, conforme los argumentos expuestos en esta providencia.

**TERCERO:** En consecuencia, se dispone al citado juzgado que resuelva oportunamente sobre la admisión de la demanda y sobre la solicitud de medida cautelar urgente que obra en cuaderno separado, teniendo de presente el tiempo que resta para culminar los trámites administrativos que se vienen adelantando en el caso que dio origen a la presente acción popular.

**CUARTO:** **COADYUVAR** la solicitud de vigilancia especial por parte de la Procuraduría General de la Nación, que hará el Procurador 48 Judicial II Administrativo o la coordinadora de las Procuradurías Judiciales Administrativas en esta sede.

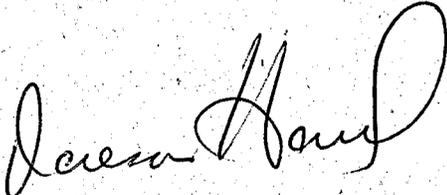
Para tal efecto, se dispone que el *a quo* remita copia de esta providencia al citado órgano, indicando el motivo de la remisión, una vez se confirme que fue realizada la solicitud de vigilancia especial que fue anunciada por el delegado del ministerio público en su concepto.

Se advierte que el cumplimiento a esta orden, no justificará demoras en las decisiones que deba adoptar el juez de primera instancia.

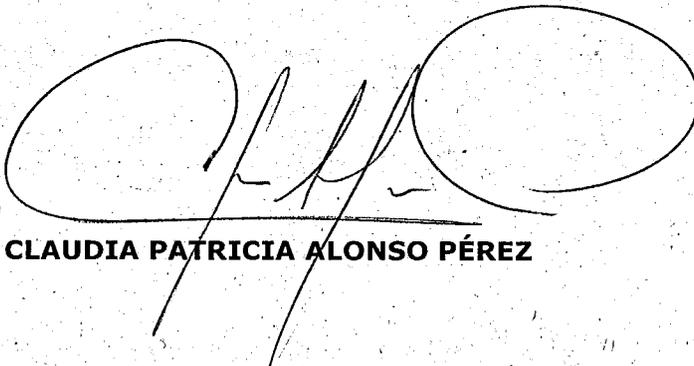
**QUINTO:** Notificada esta decisión, remítase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Oral Extraordinaria No. 01 celebrada el siete (7) de mayo de 2019, según acta No. 024

**CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO**  
*Impedido*



**TERESA HERRERA ANDRADE**



**CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ**