



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

SALA DE DECISIÓN ORAL No. 01

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ

RADICACIÓN:	50001 33 33 003 2019 00213 01
ACCIÓN:	POPULAR
DEMANDANTE:	URIEL FERNANDO ESPINOSA SARRIA Y OTRO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE FUENTEDEORO - CONCEJO MUNICIPAL DE FUENTEDEORO

Revisado el proceso de la referencia, procede la sala a decidir el RECURSO DE APELACIÓN, interpuesto por el alcalde municipal de Fuentedeoro, contra el AUTO del 12 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, mediante el cual decretó como medida cautelar de urgencia, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del Acuerdo municipal 080 del 26 de febrero de 2019, y del proceso licitatorio No. 003 de 2019, hasta tanto se decida de fondo la presente acción¹.

ANTECEDENTES

a) Demanda y solicitud de medida cautelar:

Los señores URIEL FERNANDO ESPINOSA SARRIA Y WILLINGTON NARANJO ESQUIVEL presentaron acción popular en contra del MUNICIPIO DE FUENTEDEORO - CONCEJO MUNICIPAL DE FUENTEDEORO², con el objeto que se declare que con la expedición del Acuerdo 80 de 2019, se amenazan los derechos colectivos a la moralidad administrativa, defensa al patrimonio público, seguridad pública, democracia y participación ciudadana.

Así mismo, solicitaron que cesen los efectos jurídicos del Acuerdo 80 del 26 de febrero de 2019, por medio del cual se autoriza al alcalde para constituir empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP) con capital mixto, así como que se suspenda el proceso de licitación pública No. LP 03-2019 y contratación para efectos de crear una o más ESP mixta, de alumbrado público, iluminación pública y desarrollos tecnológicos.

¹ Fols 127-133 copias de primera instancia.

² Fols. 1-8, ibídem.

En escrito separado³, solicitaron el decreto de medidas cautelares de urgencia consistentes en: (i) la suspensión de la licitación pública No. LP 003 de 2019 convocada para definir el accionista privado integrante de la empresa mixta que se pretende crear; y (ii) la suspensión *"del término y los actos tendientes a la liquidación del Contrato No. 477 de 1998, por medio del cual, se dio en concesión el suministro, mantenimiento y administración de la infraestructura del alumbrado público del municipio de Fuente de Oro"* (sic).

Como finalidad de las medidas cautelares se señaló la prevención de un daño inminente que afectaría los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público; y el fundamento de tal solicitud se hizo consistir en el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 231 del CPACA, para lo cual se indicó que:

(i) la demanda está razonablemente fundada en derecho, porque existe una evidente contradicción o incompatibilidad entre los resultados del estudio técnico que sobre alumbrado público presentó el alcalde municipal, lo solicitado por él y lo autorizado por el concejo municipal, pues mientras el primero recomendó la constitución de una sociedad pública o mixta con un esquema financiero proyectado a 25 años, el alcalde solicitó la autorización para crear una sociedad de economía mixta, y el Concejo municipal autorizó la creación y/o participación en la constitución de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios con capital mixto, conforme a la Ley 142 de 1994.

Asimismo, a la licitación pública se le dio apertura el 22 de mayo de 2019, pretendiendo adjudicar el contrato de sociedad en menos de un mes, para el 12 de junio de 2019. Aunado a que del pliego de condiciones se evidencia el propósito de favorecimiento de un tercero, pues pese a que el acuerdo municipal señaló que el porcentaje de participación del socio público sería del 51% y el del privado el 49%, se prevé una composición de la junta directiva de 2 miembros del socio público y 3 del privado, quedando entonces las decisiones de la sociedad en manos del privado, lo que sucede igualmente con el revisor fiscal, puesto que será elegido por todos los accionistas, pero de terna presentada por el socio privado. Finalmente, sobre este punto de la licitación, indica que el único proponente es el señor Armando Gutiérrez Castro, quien sustentó ante el concejo municipal la conveniencia de la sociedad mixta regida por la Ley 142/94, de donde infiere que fue la misma persona que participó en la elaboración del proyecto de acuerdo y su exposición de motivos.

Agregan que hay un excesivo pago por remuneración al socio privado, puesto que el valor estipulado del contrato corresponde únicamente al valor inicial por

³ Fols. 117-119.

modernización que se debe efectuar en el primer año, sin tener en cuenta la inversión que deberá hacerse por expansión y que le corresponderá hacer el privado, pero deberá retribuírsele con creces, además de la utilidad por su porcentaje de participación. Además, *"tampoco tiene en cuenta los precios actualizados de acuerdo con el IPC ni el costo de la actualización tecnológica que llegase a tenerse una vez el parque luminario cumpla su vida útil, mucho menos se tiene en cuenta, el valor de la tasa de retorno que habrá de remunerarse de acuerdo a los costos máximos de inversión de 11,79% anual y los gastos de AOM del 10,3%, los cuales, se hace mención en el pliego de condiciones"* (sic).

También exponen que en la minuta del contrato, el municipio se obliga a tener la exclusividad de la sociedad y a no retirarse de la misma, y en caso que lo decida hacer de manera unilateral, deberá indemnizar al socio privado pagándole *"el flujo de caja restante proyectado a 25 años, sin perjuicio a las demandas a que haya lugar"*.

Por último, el sustento razonable en derecho lo complementan diciendo que el acuerdo municipal cuestionado es incompatible con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 16 de la Ley 1882 de 2018, porque se está comprometiendo vigencias futuras y el principio de autogobierno de los próximos alcaldes sin los requisitos de ley, toda vez que este es el último año de gobierno del actual alcalde.

(ii) De otro lado, indicaron que cumplen los requisitos de haber demostrado la titularidad del derecho invocado, puesto que el numeral 1º, del artículo 12 de la Ley 472 de 1998, señala que toda persona natural o jurídica está facultada para interponer una acción popular.

(iii) Asimismo, dicen que aportaron el estudio técnico especializado, el proyecto de acuerdo, el Acuerdo 80 de 2019, y el pliego de condiciones publicado en el SECOP, por tanto cumplen el requisito de haber presentado 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.

(iv) Por último, sobre el cumplimiento de una de las condiciones para decretar la medida cautelar, indica que al no otorgarse ésta, se causaría un perjuicio irremediable porque resultaría una inminente vulneración de los derechos colectivos, mientras que al decretarse tales medidas permitiría buscar al municipio otras alternativas que le propendan por proteger el interés general, teniendo en cuenta que actualmente presta el servicio de forma directa. Además, de no otorgarse la

medida, los efectos de la sentencia serían nugatorios porque ya se habría creado la empresa y se habría entregado el 49% del alumbrado público a un privado.

b) El auto objeto de apelación:

Por su parte, el Juzgado Tercero Administrativo de Villavicencio profirió auto el 12 de junio de 2019, en el que admitió la demanda y decretó las medidas cautelares objeto de alzada⁴, decisión en la que recordó que los requisitos para que proceda la cautela son los señalados en el artículo 231 del C.P.A.C.A., invocados por el actor popular, para lo cual sostuvo que se reunían puesto que a pesar de haber sido derogado⁵ el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, este se encontraba vigente para el momento de expedición del acuerdo municipal cuestionado, razón por la cual consideró que como el proceso licitatorio para buscar el socio estratégico se está adelantando dentro del último período constitucional del alcalde, se contradice abiertamente la prohibición legal prevista en aquella norma, según la cual en las entidades territoriales el desarrollo de proyectos de asociación pública privada a través de contratos, no pueden celebrarse durante el último año de gobierno.

Con ello, entendió el *a quo* que la medida cautelar se encuentra fundada en aspectos jurídicos debatibles a través de la acción popular, porque con esta se reclama que las autoridades accionadas actúen conforme a los postulados de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público.

En relación con el tercer requisito exigido por el artículo 231 del CPACA, encontró allegados el Acuerdo 080 del 26 de febrero de 2019, junto con la exposición de motivos (fols. 9-25); así como el Pliego de Condiciones de la licitación pública LP 003 de 2019 y su cronograma contractual (fols. 26-80 y 120), los que resultan suficientes para que se lleve a cabo el análisis propio de esta etapa procesal, puesto que *"permiten al juez popular debatir respecto del fundamento fáctico y jurídico con el cual pretenden los accionantes suspender provisionalmente el proceso licitatorio referido anteriormente, y además de ello, permiten realizar una valoración inicial de la presunta amenaza de los derechos colectivos invocados"*.

Sobre los demás requisitos de procedencia de la medida cautelar, afirmó que están reunidos porque la titularidad del derecho en cabeza del demandante está dada en la medida que cualquier persona puede interponer este tipo de acciones, aunado a que encuentra reunida la condición de estar frente a un perjuicio irremediable porque cumple las características de ser grave, inminente, urgente e impostergable.

⁴ Fols. 127-133.

⁵ Por el artículo 113 de la Ley 1955 de 2019

Considera que la gravedad del perjuicio se representa en que de materializarse el proceso licitatorio se verían comprometidas las vigencias futuras y la capacidad del próximo alcalde para desarrollar su plan de gobierno. Asimismo, es urgente porque de no suspenderse ese proceso contractual, la amenaza al derecho colectivo de la defensa al patrimonio público puede consumarse y además con ello la sentencia sería nugatoria. También considera inminente el peligro porque a pesar que el Acuerdo municipal dio la autorización al alcalde hasta por seis (6) meses, según el cronograma contractual el 12 de junio se llevaría a cabo la audiencia de adjudicación, lo que imprime celeridad para decretar la medida cautelar. Y finalmente, dice que la medida es impostergable, por cuanto de no accederse en este momento, *"la efectividad de la sentencia sería nugatoria, teniendo en cuenta que la materialización del proceso contractual acarrearía (sic) una erogación patrimonial que difícilmente puede ser objeto de reparación a través del presente medio de control"*.

c) El recurso de apelación contra el auto que decretó medidas cautelares:

El alcalde municipal de Fuentedeoro –Meta-, presentó oportunamente recurso de apelación contra el auto que decretó medidas cautelares en el presente asunto⁶, indicando que no se cumplen los requisitos para decretar las medidas cautelares solicitadas por los actores populares, que se opone a la misma para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, aunado a que a la situación objeto de la acción popular no le es aplicable la Ley 1508 de 2012, y los actores no agotaron el requisito de procedibilidad, así como tampoco cumplieron otros requisitos que imponían la inadmisibilidad de la demanda, y el juez no decretó medidas cautelares de urgencia de carácter oficioso.

El primer tema de disconformidad con la decisión recurrida, lo desarrolla el mandatario local señalado que los motivos de inconformidad en la demanda deben reunir los presupuestos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, lo que no ocurre en este caso, por cuanto la demanda no es clara al perseguir en algunos de sus numerales la suspensión del término y los actos tendientes a la liquidación del contrato 477 de 1998, el cual no ha sido celebrado por el municipio de Fuentedeoro.

Tampoco hay certeza porque en el expediente no obra el Acuerdo municipal No. 080 de 2019, pues lo allegado carece de rúbrica y tampoco se aportó la constancia de sanción y publicación del mismo, por el contrario se allegan actos administrativos debidamente suscritos pero por el municipio de Villavicencio, lo que no se ordenó subsanar por el juez de primera instancia, por ende el requisito del numeral 3º del artículo 231 del C.P.A.C.A., no se cumplió.

⁶ Fols. 188-213, cuaderno No. 1 de primera instancia.

Sobre la especificidad indica que, las razones de la demanda cumplen tal presupuesto solo si allí se define con claridad la manera como la disposición acusada desconoce la Constitución o la ley, haciendo la formulación de cargos de legalidad concretos contra la norma demandada, por lo cual es inadmisibles que se resuelva la ilegalidad a partir de argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales, como ha ocurrido en este caso, porque no puede hacerse discusión alguna frente a un acto que se allegó en copias sin rúbricas y sin las constancias de sanción y publicación, sumado a que ese no era el acto referido de manera específica por los accionantes como el acto del cual perseguían su suspensión.

Respecto de la pertinencia, expresa que supone que el reproche formulado deba estar basado en la apreciación del contenido de una norma superior, y no argumentaciones meramente personales o puntos de vista subjetivos. En este caso, se aduce la suspensión de un contrato (477 de 1998) ajeno al municipio de Fuentedeoro.

Finalmente, sobre la suficiencia señala que es un presupuesto de la solicitud relacionado tanto con la exposición de todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el análisis de legalidad respecto del acto cuestionado, como con su alcance persuasivo que despierten un mínimo de duda sobre la legalidad de dicho acto, y lo ocurrido en este caso es la simple denuncia de una contradicción sin argumentos objetivos y verificables, pues se hacen interpretaciones confusas entre un contrato estatal del municipio de Villavicencio y un Acuerdo municipal de Fuentedeoro.

De otro lado, el recurrente manifiesta oponerse a la medida cautelar para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, puesto que el mismo día que se profirió la medida cautelar, pero antes de ser notificada, se adjudicó en audiencia programada según cronograma aportado con la demanda, la licitación a la UNIÓN TEMPORAL ALUMBRADO PÚBLICO FUENTEDEORO, razón por la cual al suspenderse el proceso contractual, devendría en un incumplimiento por parte de la entidad territorial, al no poder constituir la empresa de servicios públicos mixta como se comprometió con la licitación, quedando así expuesta a una acción contractual o a una nulidad y restablecimiento del derecho, generándose unos perjuicios ciertos e inminentes contra el municipio de Fuentedeoro.

Agrega que el sustento de la medida cautelar al afirmar que el perjuicio era grave porque se comprometían vigencias futuras, no tiene asidero porque ese compromiso fue autorizado por el Acuerdo Municipal No. 078 de 2018 distinto del que se afectó en este proceso. Así como tampoco tiene respaldo la supuesta inminencia que tuvo en cuenta el juez de primera instancia, porque adujo que la adjudicación estaba señalada para el 12 de junio de 2019 y ese hecho fue lo que hizo

inminente el presunto perjuicio, pero el auto es de ese mismo día y se notificó al día siguiente cuando ya había ocurrido la adjudicación que era el evento que sustentaba tal característica del perjuicio. Por último, dice que no comparte la afirmación de los supuestos efectos nugatorios de la sentencia de materializarse el proceso contractual por la erogación de gastos que implicaría, puesto que la sola escogencia del socio estratégico conlleva a una erogación de gastos como cualquier otra licitación, por ende al no haberse presentado con la suficiente antelación, de todas formas la erogación se produjo.

Como tercer argumento de alzada, se expone que a este asunto no le es aplicable la Ley 1508 de 2012 o Ley de Asociación Público Privada (APP), puesto que no es este modelo el que se pretende adoptar sino acudiendo a la descentralización por servicios a través de la búsqueda por licitación pública de un socio estratégico en la conformación de una ESP con capital mixto conforme a la Ley 142 de 1994. Adicionalmente, el artículo 4º del Decreto 943 de 2018, permite que una ESP domiciliarios pueda prestar el servicio de alumbrado público.

También se invoca como argumento de apelación, el hecho de no haberse agotado el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 144 del C.P.A.C.A., en concordancia con el numeral 4º del artículo 161 ibídem, y no estaban relevados de su cumplimiento los actores populares porque bien pudieron reclamar su oposición al Acuerdo No. 080 del 26/02/2019, al ser miembros del concejo municipal, directamente, o a través del medio de control de nulidad, o incluso de forma preventiva hubiesen podido presentar observaciones precontractuales, lo que no hicieron oportunamente, y vinieron a radicar la demanda popular hasta el 11 de junio de 2019, a pesar de haber contado con tiempo suficiente para hacer las reclamaciones previas.

Reprocha al *a quo* no haber inadmitido la demanda por falta de ese requisito, así como no haber exigido la aportación del acto acusado con las constancias de su publicación (art. 166, numeral 1º, CPACA).

Por último, dice que de la lectura del auto recurrido, no encuentra que se haya efectuado un decreto oficioso de las medidas cautelares, sino que fue a petición del actor popular, empero no indica por qué ese reproche representa una situación contraria al ordenamiento jurídico.



d) Trámite del recurso de alzada:

El 3 de julio de 2019⁷ en el juzgado de instancia se corrió traslado del recurso de apelación presentado por el alcalde municipal de Fuentedeoro contra el auto del 12 de junio de 2019 que decretó medidas cautelares, por el término de tres (3) días desde el 4 hasta el 8 de julio de 2019, término dentro del cual, vía correo electrónico y en físico⁸, uno de los actores populares presentó su oposición al recurso.

Recordó en su escrito que, el Consejo de Estado ha dicho que las finalidades de las medidas cautelares son prevenir un daño inminente, hacer cesar el que se hubiese causado, proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, lo que sin duda se pretende en este proceso, por lo que reitera el cumplimiento de los requisitos para decretar la medida en este asunto.

Agrega que el recurrente no cumplió con las cargas que le impone el artículo 26 de la Ley 472 de 1998, en cuanto a las tres causales de oposición a las medidas cautelares:

- (i) En primer lugar, no se demostró que la aplicación de la medida cautelar agravará el perjuicio generado a los derechos colectivos que se pretenden proteger. Por el contrario, de permitirse la constitución de la ESP Mixta se vulnerarían tales derechos.
- (ii) Tampoco se demostró que con las medidas cautelares se estuviese perjudicando el interés público, teniendo en cuenta que el servicio de alumbrado público en el municipio de Fuentedeoro se viene prestando de forma directa por éste, por ende no se pondría en riesgo la prestación del servicio. Además, no es cierto que al haberse alcanzado a adjudicar la licitación suspendida se genere una causal de incumplimiento para el ente territorial y por ende su responsabilidad, pues fue una orden judicial la que impuso la suspensión del trámite hasta que se decida de fondo la acción popular, aunado a que el contrato no se ha materializado, pues si bien la adjudicación implica la aceptación de la oferta, esta situación no perfecciona el contrato.
- (iii) En tercer lugar, afirma que la suspensión del Acuerdo Municipal y el proceso licitatorio, no afecta en nada el cumplimiento de una eventual sentencia desfavorable para la demandada.

También reprocha que el apelante retome el tema del requisito de procedibilidad, cuestión que considera suficientemente debatida por las providencias locales en temas similares.

⁷ Fol. 539, cuaderno 3 de primera instancia.

⁸ Fols. 540-545, ibídem.

Y sobre el error de los actores al citar el contrato 477, afirma que se trata de un error "aritmético" que en nada incide en la finalidad de proteger derechos colectivos con la acción popular.

Respecto de la inaplicabilidad de la Ley 1508 de 2012 al presente asunto, dice el actor que ello no contraría que la ESP Mixta que pretende constituir el municipio demandado no corresponde a lo sugerido en los estudios técnicos, ni a lo solicitado mediante el proyecto de acuerdo, ni a la exposición de motivos del Acuerdo municipal No. 080 de 2019.

Por último, resalta que el Acuerdo municipal No. 078 de 2018 autorizó al alcalde para contratar la operación del servicio de alumbrado público y su respectiva auditoría y a comprometer vigencias futuras para tal efecto, no para la creación de una ESP Mixta.

Mediante auto del 10 de julio de 2019⁹ se concedió en efecto devolutivo el recurso de apelación, dejándose la constancia secretarial pertinente al pago oportuno de las copias ordenadas por el juzgador¹⁰, habiendo sido repartido ante este tribunal y allegado a secretaría de la corporación el 22 de dicho mes y año¹¹.

e) Concepto del ministerio público en la segunda instancia:

El 6 de agosto de 2019¹², la Procuradora 49 Judicial II Administrativa, delegada en esta corporación, emitió concepto solicitando confirmar en la parte resolutive la decisión impugnada, aunque por razones distintas a las del juzgado de primera instancia, pues no comparte sus razonamientos al citar la figura de la APP o el compromiso de vigencias futuras como soporte de la decisión.

Así, recordando la naturaleza de la Acción Popular, los intereses que a través de ella se buscan proteger, las amplias facultades interpretativas del juez popular, la protección del patrimonio público, el decreto de medidas cautelares y las causales de oposición a éstas, manifestó que en el caso concreto no es cierto lo manifestado por el recurrente en cuanto a la ausencia de requisitos necesarios para tomar la decisión apelada, por cuanto del pliego de condiciones aportado con la demanda y que rige la suspendida convocatoria LP-003 de 2019, se desprende la expedición del Acuerdo 080 de 2019, por ende el mismo Alcalde no puede ahora desconocer el acto que precisamente lo autorizó para ejercer las facultades por él ejercidas en la precitada licitación, aunado a que en el marco del principio de lealtad procesal ha debido aportar dicho acto.

⁹ Fol. 547, ibídem.

¹⁰ Fol. 548, ibídem.

¹¹ Fol. 2, cuaderno de segunda instancia.

¹² Fols. 9-25, ibídem.

Frente la mención de los demandantes del contrato 477 de 1998 del municipio de Villavicencio, afirma que aunque fue desafortunada, ello se justifica en que, al parecer, los accionantes fundan sus argumentos de manera similar a una acción generada frente a aquel municipio, por presentarse hechos similares y con especial conexión fáctica con los hechos debatidos aquí respecto del municipio de Fuentedeoro.

Agrega que habiéndose presentado la demanda el 7 de junio del año en curso, la decisión se tomó de manera célere por el Juzgado, impidiendo con ello que se consolidara una situación jurídica denunciada como de grave riesgo para los intereses jurídicos y patrimoniales del municipio, por ende lo reclamado en el recurso relacionado con la inadmisión por no haberse aportado el Acuerdo 080 y haberse mencionado el contrato 477 de Villavicencio, va encaminado a tener la oportunidad de consolidar entre él y el contratista la situación denunciada como amenazante de los derechos colectivos.

Por otra parte, el concepto refiere que la adopción de la medida cautelar por las razones que expondrá más adelante se torna en más beneficiaria de los intereses públicos que los eventuales perjuicios que alega el recurrente, aunque sí le haya razón en la imposibilidad de aplicar a este caso la regulación especial de las APP, porque nos enfrentamos a una modalidad diversa, relacionada con la constitución de una empresa con un único socio, para prestar un servicio no domiciliario y otros más a los que se extenderá su objeto.

Sobre la ausencia del requisito de procedibilidad consistente en la reclamación previa de la protección de los derechos colectivos por parte de los actores, quienes según el recurrente tuvieron el tiempo suficiente para hacerlo, señala el ministerio público que *"no se enjuicia, si en el caso particular la demanda fue o no instaurada con la debida antelación, pues justamente por ello la medida cautelar se invoca con tal calidad, sino, cuando fuere decidida otra sería la situación fáctica, jurídica y administrativa, incluso diversa a la que se encuentra hoy"*.

Por último, y sobre el fondo de la cuestión debatida en este momento procesal, la agencia del ministerio público con respaldo jurisprudencial expone las razones diversas al juzgado de primera instancia, para mantener el decreto de medidas cautelares cuestionadas por el ente territorial accionado:

- (i) Se genera una gran discusión frente a la necesidad que define el estudio previo, la facultad que pide el Alcalde y la autorización que le confirió, debido al carácter de no domiciliario del servicio público que se quiere atender con la convocatoria realizada;

- (ii) En los pliegos de condiciones para escoger el socio, se plantea una duración de 25 años de la empresa, pero prorrogables, lo que implica que luego de formalizada la existencia de la sociedad, depende de sus socios la duración, y resulta que la mayoría decisoria estará en manos del socio privado, es decir, se cambia la figura actualmente aplicada (administrada por la EMSA y ejecutada directamente por el municipio) por una sociedad con un particular sin saberse durante cuánto tiempo éste va a permanecer asociado, garantizando un negocio con renta fija y un mercado asegurado, convirtiéndolo en un negocio atractivo para el particular.
- (iii) La facultad conferida al Alcalde mediante Acuerdo Municipal para seleccionar un socio y constituir la nueva empresa, es general, imprecisa y ambigua, por ende no cumple las exigencias constitucionales y legales que le son propias a ese tipo de autorizaciones.

En efecto, de acuerdo con el artículo 313-3 de la C.P., las facultades que el concejo le otorgue al alcalde para ejercer pro t mpore precisas funciones, deben tener unas limitantes de orden temporal (por un tiempo determinado) y de precisión (funciones individualizadas, pormenorizadas y determinadas) para evitar el abuso o extralimitación.

En este caso, el concejo le da facultades al alcalde para ejercer sus funciones previstas en el artículo 313-6, consistentes en determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; sin embargo, la autorización no cumple con aquellas exigencias, al punto que de la exposición de motivos del Acuerdo que otorgó las facultades al mandatario local y del pliego de condiciones que orient  la LP 003 de 2019, se confunden los conceptos de Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios con una Sociedad de Economía Mixta y una entidad pública porque presta servicios públicos, y por eso la nueva ESP que se sugiere crear se soporta en la estructura de la Ley 142/94, olvidando que en éste marco normativo una ESP domiciliarios solo presta los servicios públicos all  regulados, dentro de los cuales no se encuentra el alumbrado público.

- (iv) Por último, reprocha el Ministerio Público en su concepto el régimen que en la convocatoria se prevé para la sociedad convocada, pues en primer lugar se consagran para el municipio unas acciones preferenciales sin derecho a voto que le dan derecho a percibir un dividendo mínimo, de tal entidad que la realidad de participación del municipio, incluso sumadas las acciones ordinarias, finalmente lo que le dejan es un porcentaje del 43,48% frente al socio privado al que le deja una participación real de 56,52%.

En segundo lugar, al regular los órganos societarios, la composición es de dos miembros para el público y 3 para el privado, dejando así una mayoría decisoria en el privado, implicando que la Junta Directiva así compuesta será la que elija al gerente, su suplente, le fije sus facultades, emita el reglamento de colocación de acciones y "bonos".

En tercer lugar, el revisor fiscal también queda en manos del privado pues su elección "en caso de exigencia legal" será de terna presentada a la Asamblea de accionistas por el socio privado con aprobación del socio público.

Y finalmente, llama la atención sobre la rapidez de los términos de la licitación, y el incumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007.

CONSIDERACIONES

I. Competencia:

De acuerdo con lo previsto en los artículos 153, 236 y 243, numeral 2º 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 Tercero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, a través del cual se decretó medidas cautelares.

II. Problema Jurídico:

El problema jurídico que debe abordar la sala, se contrae a establecer si en el presente caso resulta procedente la medida cautelar decretada en primera instancia, consistente en la suspensión de los efectos jurídicos del: (i) Acuerdo municipal 080 de 2019, por medio del cual el Concejo Municipal de Fuentedeoro autoriza al alcalde *"para la creación y/o participación en la constitución y/o conformación de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, iluminación pública, alumbrado público y desarrollos tecnológicos asociados, con capital mixto, conforme a la Ley 142 de 1994"*, y del (ii) proceso licitatorio No. LP 003 de 2019, adelantado por el alcalde en ejercicio de la anterior autorización y cuyo objeto es *"seleccionar el socio estratégico en la conformación de una empresa prestadora de servicios públicos, iluminación pública, alumbrado público y desarrollo tecnológico con capital mixto, conforme a la Ley 142 de 1994"*, o si se encuentra demostrada la oposición que realiza el apelante.

III. Tesis:

La respuesta al problema jurídico planteado es que sí se configuran los requisitos para confirmar las medidas cautelares decretadas por el *a quo*, para proteger el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, aunque por razones distintas a las expuestas en el auto recurrido, y no se encuentra demostrada la oposición planteada por el apelante.

Para llegar a esta conclusión, en el siguiente acápite se hará el análisis jurídico y probatorio del caso concreto, partiendo de un breve recuento sobre las medidas cautelares en las acciones populares y las causales de oposición, para luego abordar los temas específicos involucrados alrededor del problema planteado.

IV. Análisis jurídico y probatorio del caso concreto:

- **Marco normativo y jurisprudencial de las medidas cautelares en las Acciones Populares:**

Lo primero que debe tenerse presente es que nos encontramos en el trámite de una acción popular, cuyo origen es constitucional¹³ y constituye un medio procesal para la protección de los derechos e intereses colectivos, que busca evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre aquellos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible¹⁴.

Ahora bien, sobre las medidas cautelares que proceden en este tipo de acciones, el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, señala que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte, antes de notificarse la demanda o en cualquier estado del proceso, siempre que la finalidad sea prevenir un daño inminente a los derechos colectivos involucrados en el asunto, o para hacer cesar el que se hubiere causado. Las medidas previas, como las denomina esta disposición, que puede decretar el juez popular son a título enunciativo, las siguientes:

- "a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 88. *"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. /.../"*

¹⁴ LEY 472 DE 1998. Artículo 2. **"ACCIONES POPULARES.** *Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible."*

c) *Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*

d) *Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medias urgentes a tomar para mitigarlo".*

/.../

Y si es "una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado"

Respecto a la oposición a las medidas cautelares, expresamente señala el artículo 26 de la ley especial sobre acciones populares, que *"...solo podrá fundamentarse en los siguientes casos:*

a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas."

De allí se infiere que el legislador quiso en materia de cautelas para proteger derechos colectivos, que quien se opusiera a las mismas tuviese una carga argumentativa y probatoria mayor que quien las solicita, pues aquel no puede alegar un simple incumplimiento de requisitos para decretar las medidas cautelares, o alegar un perjuicio en su contra, sino que su defensa deberá limitarse a demostrar, es decir, allegar pruebas, que determinen que la medida cautelar es más gravosa para el derecho colectivo o el interés público, o si se alega un perjuicio al demandado, éste no puede ser cualquiera, sino que debe ser de tal gravedad, pero además que le impediría cumplir la sentencia en su contra, es decir, el perjuicio que se le causa al demandado con la medida cautelar y que justificaría la oposición a la misma, solo es aquel que lo ponga en una situación de afectación tal, que cuando se produzca la sentencia que ordene la protección de los derechos colectivos, el demandado estuviese en una situación que lo imposibilite cumplir la orden judicial.

De manera similar, el Consejo de Estado ha resaltado dentro de las características de las medidas cautelares en las acciones populares que su oposición solo procede por *"...razones legalmente establecidas, pues en atención a la trascendencia de la protección previa y como forma de evitar recursos infundados el legislador reguló en el artículo 26 de la ley 472 los motivos en los cuales necesariamente debe fundarse la impugnación de las medidas decretadas [...]"¹⁵ (resaltado fuera del texto).*

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto proferido el 19 de mayo de 2016, C.P. Guillermo Vargas Ayala, número único de radicación: 73001-23-31-000-2011-00611-01(AP)A

De otra parte, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, este tema fue desarrollado en los artículos 229 y siguientes para *"todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción"*; no obstante, el párrafo de dicha norma expresamente dispone que *"Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos...del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio"*, por manera que entre las normas especiales ya señaladas de la Ley 472 de 1998 y las normas del CPACA habrá que realizar la correspondiente armonización, pues de ninguna manera puede afirmarse que se produjo la derogatoria tácita de las primeras¹⁶.

De allí que, el juez popular deba tener en cuenta que adicionalmente a lo señalado en la Ley 472, las medidas cautelares deben considerarse necesarias para (i) proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso, (ii) la efectividad de la sentencia¹⁷, y (iii) deben tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda¹⁸, aunque es preciso señalar frente a este último punto, que en tratándose de acciones populares, más que una relación formal directa con las pretensiones, ha de verificarse que esa relación exista con la causa *petendi*, pues tratándose de una acción pública a cargo de cualquier persona, esa condición se debe flexibilizar y apuntalar a lo que en realidad pretenda el actor popular, en el marco de la protección de derechos que persigue esta clase de procesos, aunque haya que extraerlo del contexto planteado en la demanda acudiendo a los poderes interpretativos del juez.

En cuanto a la clasificación de las medidas cautelares, el CPACA es más amplio en señalarlas, aunque no puede perderse de vista que desde la Ley 472, el juez popular puede dictar cualquier tipo de medidas, por manera que la nueva referencia normativa expresa que hoy se tiene, en manera alguna restringe los amplios poderes del juez en las acciones populares. Es así como el artículo 230 señala que *"Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión"* y las enuncia así:

"1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las

¹⁶ Así lo señala la jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado. Ver, entre otras, sentencia del 26 de abril de 2013, expediente 2012-00614, C.P. María Elizabeth García González; sentencia del 11 de mayo de 2017, radicado: 25000-23-41-000-2016-01314-01; y sentencia del 2 de agosto de 2017, radicado 13001-23-33-000-2015-00052-01, de la misma ponente; y los autos del 11 de abril de 2018, C.P. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-41-000-2015-01977-01; 18 de mayo de 2018, C.P. María Elizabeth García González, radicación: 25000-23-41-000-2016-01314-02 y 25000-23-41-000-2016-01314-02; 6 de septiembre de 2018, radicado 05001-23-33-000-2018-01199-01, misma ponente.

¹⁷ CPACA, artículo 229.

¹⁸ CPACA, artículo 230.

condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente."

Frente a los requisitos para decretar las medidas cautelares, el artículo 231 ibídem, con criterio diferenciador los señala dependiendo de si se trata de una medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo (art. 230-3), o de uno cualquiera de los demás casos arriba señalados.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado¹⁹, al explicar que de las normas que regulan el tema de medidas cautelares en este nuevo estatuto procedimental, se extraen unos requisitos de procedencia generales o comunes a todas las medidas cautelares, que son de índole formal, y de índole material, y unos requisitos específicos para la suspensión de los efectos de actos administrativos, y para las demás medidas cautelares diferentes a esa suspensión, así:

"...

Primer Cuadro. Requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal y de índole material, para decretar medidas cautelares, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES		
REQUISITOS DE PROCEDENCIA GENERALES	DE ÍNDOLE FORMAL	Debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 229, Ley 1437 de 2011)
		Debe existir solicitud de parte ²⁰ debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio (artículo 229, Ley 1437 de 2011).

¹⁹ Sección Segunda. Subsección B. Auto del 7 de febrero de 2019. C.P. Sandra Lisset Ibarra Velez. Rad. 05001-23-33-000-2018-00976-01 (5418-2018).

²⁰ De conformidad con el párrafo del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las únicas medidas que pueden ser declaradas de oficio por el juez son las "medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

CCOMUNES	DE ÍNDOLE MATERIAL	La medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229, Ley 1437 de 2011).
		La medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria entre la medida a decretar y las pretensiones de la demanda (artículo 230, Ley 1437 de 2011).

Segundo cuadro. Requisitos de procedencia específicos, para decretar medidas cautelares, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

REQUISITOS PARA EL DECRETO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES		
REQUISITOS DE PROCEDENCIA ESPECÍFICOS	SUSPENSIÓN PROVISIONAL	<p>Si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, la cual puede surgir:</p> <p>a) tras confrontar el acto demandado con estas</p> <p>b) tras confrontar, las normas superiores invocadas, con las pruebas.</p> <p>Además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios (artículo 231, inciso 2°, Ley 1437 de 2011)</p>
	Si se pretenden otras medidas cautelares diferentes a la de suspensión de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos:	<p>a) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho;</p> <p>b) Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados;</p> <p>c) 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; y</p> <p>d) Que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios (artículo 231, inciso 3°, numerales 1° a 4°, Ley 1437 de 2011).</p>

Esta clasificación, aunque fue dada en el marco de un proceso iniciado en virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, también ha sido recogida por la misma alta corporación en el marco de las acciones populares²¹.

No obstante, en el contexto del asunto que hoy ocupa la atención de esta sala, en el que se ha decretado la suspensión de una actuación administrativa (Proceso Licitatorio LP 003 de 2019) y la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo (Acuerdo municipal 080 de 2019), lo que se enmarca en los

²¹ Sección Primera. Auto del 16 de mayo de 2019. C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Radicado: 25000-23-41-000-2016-01029-01(AP)A.

numerales 2 y 3 del artículo 230 arriba transcrito, y por ende resultarían aplicables los mencionados requisitos específicos, debe precisarse que, a juicio de este tribunal no puede descartarse, en tratándose de acciones populares, se presente una hipótesis en la que a pesar de que resulte necesaria la suspensión de efectos de un acto administrativo como medida cautelar, el requisito de violación de normas superiores no se presente, es decir, resulta factible que a pesar de la legalidad del acto, se encuentren amenazados o vulnerados derechos colectivos, para cuya protección eficaz se haga indispensable el decreto de una medida cautelar, lo que se explica además porque ésta especialísima finalidad de la acción popular desplaza el juicio de legalidad de los actos administrativos y de los contratos, al punto que normativamente hoy se encuentra prohibido para el juez popular anularlos²².

- **Caso concreto:**

Establecido el marco general normativo y jurisprudencial del tema que nos ocupa, pasa la sala a analizar el caso concreto, para lo cual debe advertirse que como la norma general y la especial sobre medidas cautelares en acciones populares autorizan a su decreto oficioso, incluso en cualquier estado del proceso, la restricción señalada para el *ad quem* en el artículo 328 del Código General del Proceso, no aplica, lo que permite a esta instancia adoptar la tesis ya expuesta, en cuanto a compartir las medidas cautelares decretadas por el Juzgado de origen, pero apartarse de la argumentación central allí expuesta, acogiendo en este sentido el concepto que en esta instancia presentó el ministerio público.

Y es por ello, precisamente que, aunque en una acción popular en principio no sería necesario verificar los requisitos de procedencia de la medida cautelar apelada, pues basta revisar si el recurrente demostró o no las causales taxativas de oposición, debido a la limitación al derecho de defensa que párrafos atrás se mencionó fue previsto por el legislador; en este caso, al encontrarse de manera ostensible un desatino en el argumento central del *a quo*, no le queda salida distinta a la sala que subsanar esa situación, acudiendo al poder oficioso en materia de cautelas populares.

Siendo ello así, se procederá en primer lugar a establecer si el recurrente logró demostrar la causal de oposición que invocó en su recurso, para luego determinar por qué en este caso se consideran procedentes las medidas cautelares decretadas y por ello se confirmará la decisión.

²² CPACA. Artículo 144. "Protección de los derechos e intereses colectivos....

/.../

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. (negrilla fuera del texto).

El alcalde municipal de Fuentedeoro –Meta-, plantea que se opone a las medidas cautelares para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, proponiendo así la ocurrencia de la causal prevista en la letra b) del artículo 26 de la Ley 472 de 1998, por considerar que al haber alcanzado a adjudicar la licitación cuestionada a la UNIÓN TEMPORAL ALUMBRADO PÚBLICO FUENTEDEORO antes de que se le notificara el auto apelado, se está generando un incumplimiento por parte de la entidad territorial, pues no puede constituir la empresa de servicios públicos mixta como se comprometió con la licitación, quedando así expuesta a una acción contractual o a una nulidad y restablecimiento del derecho, generándose unos perjuicios ciertos e inminentes contra el municipio de Fuentedeoro.

Para demostrar la situación alegada como oposición a las medidas cautelares, se allegaron los documentos visibles a folios 214 a 282 del cuaderno No. 2 de primera instancia, consistentes en (i) la primera página de la "AUDIENCIA DE ADJUDICACIÓN", es decir, un documento incompleto, que carece de las rúbricas correspondientes²³; (ii) La Resolución No. 200.05.02.208 del 12 de junio de 2019²⁴, por medio de la cual se adjudica la licitación pública No. LP 003 de 2019, al proponente UT ALUMBRADO PÚBLICO FUENTEDEORO, representado por ARMANDO GUTIERREZ CASTRO; (iii) Comunicación sin número, del 12 de junio de 2019²⁵, suscrita por el alcalde municipal de Fuentedeoro y dirigida la cita UT, por medio de la cual le comunica la citada resolución de adjudicación del proceso de licitación pública cuyo objeto es "SELECCIONAR EL SOCIO ESTRATÉGICO EN LA CONFORMACIÓN DE UNA EMPRESA PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS, ILUMINACIÓN PÚBLICA, ALUMBRADO PÚBLICO Y DESARROLLOS TECNOLÓGICOS ASOCIADOS, CON CAPITAL MIXTO, CONFORME CON LA LEY 142 DE 1994".

Asimismo, se encuentra demostrado en el expediente que la notificación personal²⁶ de la providencia por la cual se admite la demanda y se decretan medidas cautelares en el presente proceso, fue realizada el 13 de junio de 2019, esto es, al día siguiente de la adjudicación, según constancia y acuse de recibo visibles a folios 134 y 134 reverso del cuaderno No. 1 de primera instancia.

De tales hechos demostrados, resulta cierto lo afirmado por el alcalde municipal que recurre la providencia, en cuanto a que la licitación suspendida fue adjudicada antes de la notificación de la providencia. No obstante, tal hecho no es demostrativo *per se* de unos perjuicios ciertos e inminentes al interés público, y menos por las razones expuestas por el opositor, esto es, porque en su criterio el adjudicatario podrá demandar en controversia contractual o nulidad y restablecimiento del derecho los perjuicios que se le ocasionaron al no haberse suscrito el contrato en virtud de la orden judicial.

²³ Fol. 277.

²⁴ Fol. 278-281.

²⁵ Fol. 282.

²⁶ CPACA, artículo 199, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

Ello, no solo porque la simple expectativa de reclamación judicial que invoca el memorialista, hace evidenciar que la procedencia de los perjuicios que en virtud de tales medios de control pudiesen pretenderse contra el municipio, se trata de una situación eventual, pues habría que esperar el resultado de dicho proceso que bien puede ser desestimatorio de las pretensiones, y recuérdese que la norma exige como una de las características de los perjuicios que permiten la oposición a la medida cautelar, que sean *ciertos*, es decir, que exista certeza de que esos perjuicios al interés público se van a causar, aunado a que la *inminencia* de los mismos, es decir, su proximidad, cercanía, prontitud, también debe estar presente, lo que tampoco está demostrado en el *sub judice*, pues no aparece prueba alguna de la supuesta demanda que se trae a colación.

Por el contrario, lo único que se encuentra demostrado en el expediente, con la copia de la providencia del 20 de agosto de 2019²⁷, ordenada remitir a este trámite por la sala cuarta oral de este tribunal, dentro del radicado 50001233300020190024000, es que ese adjudicatario presentó acción de tutela por la supuesta violación de derechos fundamentales con ocasión de la medida cautelar y su no vinculación al presente proceso por el juzgado de primera instancia, la que fue declarada improcedente por no encontrarse reunido el requisito de subsidiariedad, no solo por estar en trámite este recurso, sino porque encontrándose notificado por conducta concluyente, el citado adjudicatario está facultado para intervenir en la acción popular, entre otras vías, podía acudir coadyuvando esta apelación.

Tal decisión constitucional, fue confirmada por el Consejo de Estado, tal como se registró en el sistema de consulta de procesos en la página web de la Rama Judicial²⁸, sin que a la fecha se haya presentado tal coadyuvancia del recurso, a pesar de haberse contado con el tiempo suficiente para ello, pues la notificación del fallo confirmatoria de la improcedencia de la tutela se practicó el 17 de septiembre pasado.

De lo anterior, se concluye que el recurrente no logró demostrar los perjuicios ciertos e inminentes al interés público con la medida cautelar decretada, lo que sería suficiente para confirmar la decisión apelada, en los términos planteados por el legislador; sin embargo, como atrás se anunció, encuentra la sala que le asiste razón al opositor de las medidas al afirmar que la norma aplicada en la decisión cuestionada no se aviene a las circunstancias que rodean el caso.

En efecto, no se ^{te} tiene claro en la providencia que el modelo de colaboración de los particulares en la realización de los fines del Estado, previsto en la Ley 1508 de 2012 -Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas-, difiere

²⁷ Folios 26-31, cuaderno de segunda instancia.

²⁸ Folios 32-40, ibídem.

de las sociedades de economía mixta, y de las empresas de servicios públicos mixtas previstas en la Ley 142 de 1994.

En primer lugar, las Asociaciones Público Privadas, conocidas como APPs, están definidas por el artículo 1º de la citada Ley 1508 de 2012, norma que es clara al indicar que se trata de *"un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio"*, dentro de los cuales están comprendidas las concesiones descritas en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (art. 2º, Ley 1508/12).

Además su ámbito de aplicación lo circunscribe el artículo 3º ibídem, *"a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura"*, es decir se trata de una especie de contrato estatal.

Sobre sus características, la Corte Constitucional ha señalado las siguientes:

*"Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la provisión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista -por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva."*²⁹

Existen dos modelos de APP, de acuerdo con el origen de la iniciativa, si es pública o privada. En palabras de la Corte:

"En la primera modalidad, la entidad contratante debe encargarse de: (i) realizar los estudios previos de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico, los cuales deben contar con la aprobación del DNP o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial; (ii) elaborar "(...) la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-595 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

contrato"; (iii) evaluar el costo-beneficio del proyecto "(...) analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados"; (iv) justificar la utilización del mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto; y (v) llevar a cabo "(...) análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre" - artículo 11-.

En la segunda modalidad, la estructuración del proyecto la realiza por su propia cuenta y riesgo y asumiendo todos los costos, el particular que identifica la necesidad y la pone en conocimiento de la entidad pública responsable de satisfacerla -artículo 14-; a este particular se le denomina "originador".³⁰

Por otro lado, las Sociedades de Economía Mixta, son definidas por el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 como "organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley".

Por ende, corresponden a un modelo de descentralización por servicios, dentro de la estructura y organización de la Administración Pública, concretamente pertenecientes a la Rama Ejecutiva, tal como se desprende de los artículos 38, 39 y 68 ibídem, que señalan:

"ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) <Apartes subrayados EXEQUIBLES> Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) <Apartes subrayados EXEQUIBLES> Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) <Apartes subrayados EXEQUIBLES> Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

PARAGRAFO 2o. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1o. del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

³⁰ Ob. Cit.

ARTICULO 39. INTEGRACION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley.

J.../

ARTICULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. <Apartes subrayados EXEQUIBLES> Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARAGRAFO 1o. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

PARAGRAFO 2o. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

PARAGRAFO 3o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993."

Sobre las consecuencias de esa vinculación de las Sociedades de Economía Mixta a la Rama Ejecutiva, la Corte Constitucional ha precisado que:

"La vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (1) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el

ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde "crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta" del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial³¹;

De otra parte, se encuentran las Empresas de Servicios Públicos en el marco de la Ley 142 de 1994, que conforme al artículo 17 son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos domiciliarios descritos en dicha ley³², empresas que pueden ser oficiales, mixtas o privadas³³, sin que las segundas (mixtas) puedan confundirse con las Sociedades de Economía Mixta, porque como lo ha dicho la Corte Constitucional:

*5.2.1 Según se dijo ad supra, esta Corporación definió que **el elemento determinante del concepto de sociedad de economía mixta es la participación económica tanto del Estado como de los particulares, en cualquier proporción, en la conformación del capital de una sociedad.** En este sentido, como se recordó anteriormente, la Corte ha afirmado que "esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares".³⁴ Y en el mismo orden de ideas, en la misma providencia en cita agregó que "lo que le da esa categoría de "mixta" (a la sociedad) es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares".(Paréntesis fuera del original).*

*5.2.2 **No obstante,** después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, **la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios***

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-910 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³² Ley 142 de 1994. ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

*.../14.21. SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. <*Ver Notas de Vigencia, en relación con los textos subrayados> Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural*, y distribución de gas combustible, tal como se definen en este capítulo.*

Notas de Vigencia

* En relación con los textos subrayados como consecuencia del inciso 3o. del artículo 23 de la Ley 1341 de 2009, publicada en el Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009, los servicios de telecomunicaciones, de telefonía pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia, no se considerarán más como servicios públicos domiciliarios.

³³ Ley 142 de 1994. ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

.../

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

³⁴ Sentencia C-953 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada "empresa de servicios públicos", resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a "a la finalidad social del Estado".

Es de suponer que cuando los particulares se asocian con el Estado para la prestación de servicios públicos, persiguen intereses igualmente particulares; en especial, buscan un lucro legítimo que tratan de obtener en un esquema de libre competencia económica. Dentro de este escenario, el legislador debe propiciar las condiciones jurídicas para que esa asociación no encuentre obstáculos que no se presentarían si el socio de los particulares no tuviera naturaleza pública. Por esta razón, según lo señala el artículo 365 superior, le está permitido señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de empresas, y al hacerlo puede tener en cuenta las características diferenciales de cada tipo de entidad. Tratándose de empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales caben distintos porcentajes de participación pública, el legislador puede establecer regímenes de mayor autonomía para aquellos casos en los cuales la participación accionaria privada supera una cierta proporción, en especial cuando supera el cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Obviamente, la mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionaria de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa.³⁵

De allí queda claro que en el marco de nuestra Constitución Política (art. 365), los prestadores de servicios públicos aunque tengan participación pública y privada, tienen un régimen y una naturaleza especial que los diferencia de las sociedades de economía mixta, a lo que se suma que continúan perteneciendo a la Rama Ejecutiva, pues como lo analizó la Corte en esa misma providencia, por el hecho de no haber sido mencionadas las ESP Mixtas en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, en manera alguna puede concluirse que fueron excluidas de la estructura de la administración, pues una interpretación armónica permite señalar que aunque la letra d) del artículo 38 menciona a las "empresas oficiales de servicios

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

públicos domiciliarios", su literal g) al referirse a "Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público", permite incluir en éstas a las ESP Mixtas.

Lo propio ocurre con la referencia en el artículo 68 a "las empresas oficiales de servicios públicos", pues enseguida incluye también en la categoría de entidades descentralizadas a "las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea... la prestación de servicios públicos".

Pues bien, habiéndose planteado brevemente las diferencias entre las figuras confundidas por el *a quo*, y a pesar que la modalidad de APP es permitido para la prestación de dicho servicio por el artículo 6º del Decreto 943 de 2018, emerge obligatorio indicar que de las actuaciones que dieron origen a esta acción popular, y de las pruebas allegadas tanto con la demanda como con la oposición a las medidas cautelares, se observa que el modelo sugerido, solicitado, debatido y/o escogido en el municipio de Fuentedeoro para la prestación del servicio de alumbrado público, no fue en ningún momento una APP, razón por la cual queda sin sustento en el auto recurrido, uno de los requisitos esenciales para la procedencia de las medidas cautelares, cual es "que la demanda esté razonablemente fundada en derecho", para el caso de la medida consagrada en el numeral 2º del artículo 230 del CPACA (suspensión del proceso licitatorio), y tampoco se cumple el requisito de la violación de las disposiciones superiores, para el caso de la medida consistente en la suspensión de los efectos del Acuerdo municipal 080 de 2019, porque no era acertado indicar que se desconoció la previsión del numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, que no resulta aplicable a los modelos mencionados en los antecedentes y en los actos suspendidos.

Sin embargo, ello no significa que la sala deba revocar la providencia, pues se reitera, en atención a los poderes oficiosos que acompañan esta clase de medidas en todas las etapas del proceso, es posible realizar un nuevo estudio, del que sin duda emerge el cumplimiento de los citados requisitos, desprendiéndose de ello el cumplimiento de la finalidad principal de las medidas cautelares en las acciones populares, esto es "prevenir un daño inminente a los derechos colectivos involucrados en el asunto", consagrada tanto en la norma especial (art. 25, Ley 472/98), como en la norma general que señala como tal "proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia" (art. 229, CPACA).

Así las cosas, se analizará el cumplimiento de los requisitos aludidos, respecto de cada una de las medidas cautelares decretadas, sin pretender, claro está, agotar en esta providencia todas las falencias de las actuaciones administrativas, alegadas o

no, que ponen en peligro derechos colectivos, pues tal análisis exhaustivo evidentemente corresponde hacerlo en la sentencia al juez de primera instancia.

En relación con la suspensión de los efectos del Acuerdo municipal 080 de 2019, los actores populares señalan la contradicción entre el estudio técnico que presentó el alcalde municipal³⁶, lo solicitado por él³⁷ y lo autorizado por el concejo municipal³⁸; y el ministerio público en su concepto afirma que la facultad dada al alcalde contenida en dicho acto administrativo es muy general, imprecisa y ambigua, con lo cual se desconoce especialmente las previsiones del artículo 313-3 de la C.P. porque aquel no contiene las limitantes temporal y de precisión, en la medida que el concejo le traslada pro tempore sus funciones previstas en el numeral 6º de esa misma norma superior, confundiendo en la exposición de motivos del acuerdo los conceptos de Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios con una Sociedad de Economía Mixta y una entidad pública porque prestan servicios públicos, olvidando que en el marco de la Ley 142/94 una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios sólo presta los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y distribución de gas combustible.

Al respecto, encuentra la sala en primer lugar que aunque la parte actora no haya aportado debidamente suscrito y con las constancias de sanción y publicación del acto administrativo objeto de reproche, ello quedó subsanado con la aportación en debida forma que hizo el recurrente³⁹, lo que permite ahora realizar el examen para efectos de decidir sobre la medida cautelar que procede en cualquier momento, para lo cual también es posible tener en cuenta las demás pruebas obrantes en el expediente y aquellas aportadas por la parte actora que no hayan sido tachadas de falsas por el demandado, como sucede con la exposición de motivos obrante a folios 12 a 25 del cuaderno No. 1 de primera instancia, que no fue aportado por el demandado, pero tampoco fue tachado de falso, y por ende en este primer tema puede ser valorado, máxime si conforme al artículo 246 del C.G.P. las copias tienen el mismo valor del original.

Ahora bien, en cuanto al fondo del cuestionamiento es evidente en la aludida exposición de motivos (especialmente en los folios 17, 18 reverso, 19, 19 reverso, 20, 21, 21 reverso, y 23), que no se tiene clara la diferenciación entre una Sociedad de Economía Mixta y una Empresa de Servicios Públicos Mixta regulada por la Ley 142 de 1994, cuyos regímenes jurídicos y naturaleza son diversos, según ya fue analizado en esta providencia con respaldo en jurisprudencia de la Corte Constitucional, y también se utilizan expresiones contradictorias sobre la prestación directa o indirecta por parte del ente territorial, lo que necesariamente tiene un

³⁶ Que afirman recomendó la constitución de una sociedad pública o mixta con un esquema financiero proyectado a 25 años.

³⁷ El alcalde solicitó la autorización para crear una sociedad de economía mixta.

³⁸ El Concejo municipal autorizó la creación y/o participación en la constitución de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios con capital mixto, conforme a la Ley 142 de 1994.

³⁹ Fols. 236 y siguiente, cuaderno No. 2 de primera instancia.

impacto negativo en la autorización otorgada por el concejo municipal mediante el Acuerdo municipal 080 de 2019 que fue suspendido, pues basta revisar su contenido para evidenciar que el articulado es prácticamente la fiel transcripción de varios de los apartes de la citada exposición, de donde se infiere que se aprobó una autorización solicitada en términos confusos, por ende, dadas las implicaciones que para el ente territorial tiene el aporte de los recursos que haría como socio público, incluso el traslado de los recursos que obtiene por concepto del impuesto de alumbrado público, desconociendo con certeza el régimen y naturaleza aplicables al modelo escogido, se está con ello poniendo en riesgo el patrimonio público de la entidad territorial, pues el concejo no tuvo claro qué fue lo que autorizó.

Esta situación también se ve reflejada en el pliego de condiciones aportado a folios 26 y siguientes por el actor popular, en el que claramente se utilizan de manera indistinta la denominación de Sociedad de Economía Mixta y la de "Empresa de Servicios Públicos de Economía Mixta S.A.S."

Adicionalmente, no solo le asiste razón al ministerio público cuando indica que la imprecisión de las facultades dadas al Alcalde municipal a través de dicho acuerdo, vulnera las normas constitucionales citadas en su concepto, sino que para esta sala además tal irregularidad permitió que la escogencia del socio privado se hiciera bajo unas reglas abiertamente contrarias a los intereses del municipio, como adelante se expondrá, contrariando incluso la propuesta del Alcalde en cuanto a que el municipio mantendría el control del nuevo modelo de prestación del servicio. Es decir, el concejo se desprendió de sus competencias, otorgándole al alcalde unas facultades para que las ejerciese casi que con absoluta libertad, lo que evidentemente permitiría una extralimitación de funciones, en la que está de por medio un compromiso a futuro de recursos públicos por parte del municipio.

Ahora bien, en lo que no está de acuerdo la sala con el concepto del ministerio público es sobre la imposibilidad de que una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios preste el servicio de alumbrado público, porque éste no es un servicio de carácter domiciliario.

Ciertamente el alumbrado público no es un servicio público domiciliario, no solo por la exclusión implícita que hace la Ley 142 de 1994 desde sus artículos 1º, y 14.21, en los que señala cuáles sí tienen esa calificación, sino además porque así lo dispone expresamente el artículo 1º del Decreto 943 de 2018⁴⁰, por el cual se

⁴⁰ Decreto 943 de 2018. **ARTÍCULO 1.** Modifíquese las siguientes definiciones contenidas en el artículo 2.2.3.1.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, las cuales quedarán así:

"Servicio de alumbrado público: Servicio público no domiciliario de iluminación, inherente al servicio de energía eléctrica, que se presta con el fin de dar visibilidad al espacio público, bienes de uso público y demás espacios de libre circulación, con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o distrito, para el normal desarrollo de las actividades.

modificó recientemente la reglamentación relacionada con la prestación del servicio de alumbrado público.

No obstante, tanto el artículo 4º del Decreto 2424 de 2006, compilado en el artículo 2.2.3.6.1.2. del Decreto 1073 de 2015, como el artículo 4º del Decreto 943 de 2018, que modificó aquel, expresamente señala que:

"ARTÍCULO 4. Modifíquese el artículo 2.2.3.6.1.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 2.2.3.6.1.2. Prestación del Servicio. Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público, el cual podrán prestar de manera directa, o a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público que demuestren idoneidad en la prestación del mismo, con el fin de lograr un gasto financiero y energético responsable.

De conformidad con lo anterior, los municipios o distritos deberán garantizar la continuidad y calidad en la prestación del servicio de alumbrado público, así como los niveles adecuados de cobertura"(subrayas y negrillas adicionales)

No obstante, las razones ya indicadas son suficientes para considerar que el requisito previsto en el inciso primero del artículo 231 del CPACA para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo contenido en el Acuerdo municipal 080 de 2019, esto es, la vulneración de normas superiores, se encuentra demostrado en este caso, razón por la cual la sala no ahondará en otros aspectos más complejos y que requieren mayor análisis probatorio, que por tal motivo deberán ser profundizados por la primera instancia, como por ejemplo el tema de compromisos de vigencias futuras.

Por otra parte, sobre la medida cautelar consistente en suspender el proceso licitatorio No. 003 de 2019, para la que deben reunirse los requisitos señalados en los numerales 1 a 4 del artículo 231 del CPACA, porque se trata de una medida distinta de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, se tiene que los actores populares indican que en el pliego de condiciones es evidente el propósito de favorecimiento de un tercero, porque (i) prevé una composición de la junta directiva de 2 miembros del socio público y 3 del privado; (ii) el revisor fiscal será elegido por todos los accionistas, pero de terna presentada por el socio privado; (iii) hay una excesiva remuneración al socio privado, cuyo aporte es únicamente al

El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía eléctrica al sistema de alumbrado público, la administración, operación, mantenimiento, modernización, reposición y expansión de dicho sistema, el desarrollo tecnológico asociado a él, y la interventoría en los casos que aplique.

PARÁGRAFO. *No se considera servicio de alumbrado público la semaforización, los relojes digitales y la iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos de uso residencial, comercial, industrial o mixto, sometidos al régimen de propiedad horizontal, la cual estará a cargo de la copropiedad.*

Se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no se encuentren a cargo del municipio o distrito, con excepción de aquellos municipios y distritos que presten el servicio de alumbrado público en corredores viales nacionales o departamentales que se encuentren dentro su perímetro urbano y rural, para garantizar la seguridad y mejorar el nivel de servicio a la población en el uso de la infraestructura de transporte, previa autorización de la entidad titular del respectivo corredor vial, acorde a lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 1682 de 2013.

Tampoco se considera servicio de alumbrado público la iluminación ornamental y navideña en los espacios públicos, pese a que las Entidades Territoriales en virtud de su autonomía, podrán complementar la destinación del impuesto a dichas actividades, de conformidad con el parágrafo del artículo 350 de la Ley 1819 de 2016."

valor inicial por modernización que se debe efectuar en el primer año, pero deberá retribuírsele con creces, además de la utilidad por su porcentaje de participación, sin tener en cuenta la inversión que deberá hacerse por expansión y que debería hacer el privado; (iv) *"tampoco tiene en cuenta los precios actualizados de acuerdo con el IPC ni el costo de la actualización tecnológica que llegase a tenerse una vez el parque luminario cumpla su vida útil, mucho menos se tiene en cuenta, el valor de la tasa de retorno que habrá de remunerarse de acuerdo a los costos máximos de inversión de 11,79% anual y los gastos de AOM del 10,3%, los cuales, se hace mención en el pliego de condiciones"* (sic); (v) en la minuta del contrato, el municipio se obliga a tener la exclusividad de la sociedad y a no retirarse de la misma, y en caso que lo decida hacer de manera unilateral, deberá indemnizar al socio privado pagándole *"el flujo de caja restante proyectado a 25 años, sin perjuicio a las demandas a que haya lugar"*. Por último, expresa que el único proponente es la misma persona que sustentó ante el concejo municipal la conveniencia de la empresa regida por la Ley 142/94, y que participó en la elaboración del proyecto de acuerdo y su exposición de motivos.

Sobre el último punto, desde ya debe decirse que no existe prueba de la sustentación ante el concejo de la conveniencia del modelo adoptado para la prestación del servicio de alumbrado público en Fuentedeoro, por parte del representante legal de la Unión Temporal a la que le fue adjudicada la licitación; razón por la cual este aspecto no puede ser tenido en cuenta para el análisis. Así como tampoco, otros de los cuestionamientos relacionados, para los cuales deberá profundizarse en el recaudo probatorio y su confrontación con las regulaciones del sector de alumbrado público.

No obstante, lo que sí es ostensible y que evidencia claramente una afectación a los intereses económicos de la entidad territorial, y por ende al patrimonio público, son los aspectos enunciados en la demanda y el concepto del ministerio público, y que efectivamente acompaña esta sala, especialmente en lo que tiene que ver con el régimen de la sociedad, pues en los pliegos de condiciones efectivamente hay una marcada tendencia de favorecimiento a quien será el socio privado.

Ello partiendo de la voluntad de la administración en indicar que el municipio tendría un mayor porcentaje de participación en la composición de la empresa y un control sobre la misma; empero, al verificarse la minuta del contrato societario (Anexo 10 del Pliego de Condiciones - fol. 59 reverso y siguientes) se observa que efectivamente en el artículo 39 se señala que la Junta Directiva estará conformada por *"dos (2) miembros del socio público y tres (3) miembros del socio privado"*, y además *"deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros"* (artículo 45).

Con esa sola prerrogativa, es suficiente para concluir que los pliegos de condiciones publicados por la Alcaldía, dejan el control de la empresa en manos del socio privado, pues teniendo mayoría en la Junta Directiva es palmario que prevalecerá su voluntad en las decisiones que se describen detalladamente en el artículo 42 de la misma minuta⁴¹, resaltando de allí que es tal Junta la que tiene en sus manos *"la toma de todas las decisiones y de inversiones, salvo las que expresamente corresponden por Ley o por Estatutos al Gerente [quien es designado por la Junta Directiva] o a la Asamblea de Accionistas"*.

Asimismo, ocurre con el revisor fiscal, que como lo señala el artículo 54 de la minuta (fol. 62 reverso), si bien es elegido por la asamblea de accionistas, en la que se encuentra el socio público, aquella está supeditada a la terna que le presente el socio privado, dejando nuevamente en manos de éste un aspecto trascendental para la supervisión de la gestión de la empresa.

Para la sala, esas solas prerrogativas son suficientes para evidenciar que en realidad, la voluntad del concejo municipal, acorde con la solicitud que le hiciera el Alcalde de Fuentedeoro, no coincide con el proceso que se está llevando a cabo, pues mientras aquel determinó una mayoría y control societario del ente público, el alcalde en el proceso licitatorio está modificando ostensiblemente la situación, quedando beneficiado con el clausulado societario el privado, de manera que el aporte público se puede ver comprometido y afectado y por ende es el patrimonio público del municipio el que se encuentra amenazado.

Por esta razón, aunque la sala es consiente que pueden ser más los aspectos que en el mismo sentido apunten a una amenaza de ese derecho o de otros derechos colectivos, teniendo en cuenta que nos encontramos en una etapa inicial del proceso, considera que no es preciso ahondarlos, porque la competencia inicial debe ser de la primera instancia, a fin de no vulnerar el principio de la doble instancia, aunado a que los aspectos aquí analizados permiten concluir la observancia de los requisitos para que procedan las medidas cautelares decretadas por el *a quo*, pues no solo está demostrada la fundamentación razonada en derecho de la demanda, como acaba de verificarse, sino que los demás aspectos, como la titularidad del derecho, la presentación de documentos, y las condiciones del numeral 4º del artículo 231 del CPACA, quedaron estudiados razonablemente en la providencia cuestionada, y si bien fueron reprochados, debe insistirse en que las causales de oposición a las medida cautelares se circunscriben a unos precisos casos que no contemplan el incumplimiento de aquellos requisitos.

De todas formas sí debe decirse que del análisis aquí efectuado es palmario que de permitirse continuar el proceso licitatorio con el clausulado atrás descrito,

⁴¹ Fol. 62.

para cuando se profiera sentencia, lo que hoy es una amenaza contra el patrimonio público, al materializarse el contrato societario en esas condiciones, se convertirá en una irremediable vulneración de tal derecho colectivo.

Por las razones expuestas, será confirmada la decisión proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Villavicencio, consistente en suspender tanto los efectos del Acuerdo municipal 080 de 2019 expedido por el Concejo Municipal de Fuentedeoro, como el proceso licitatorio No. 003 de 2019 que adelanta la Alcaldía municipal del mismo ente territorial.

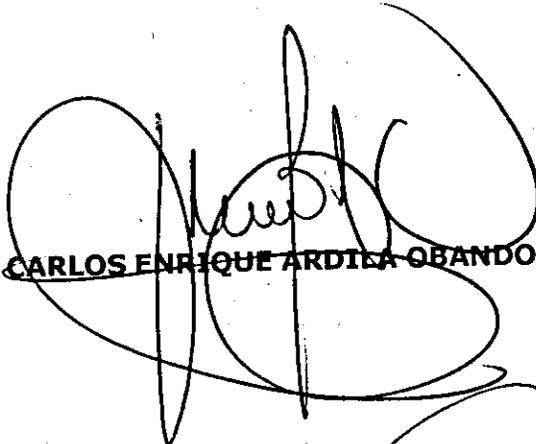
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Meta,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR**, el auto del 12 de junio de 2019, que decretó medidas cautelares en la presente acción popular, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Villavicencio, pero por los argumentos expuestos en esta providencia.

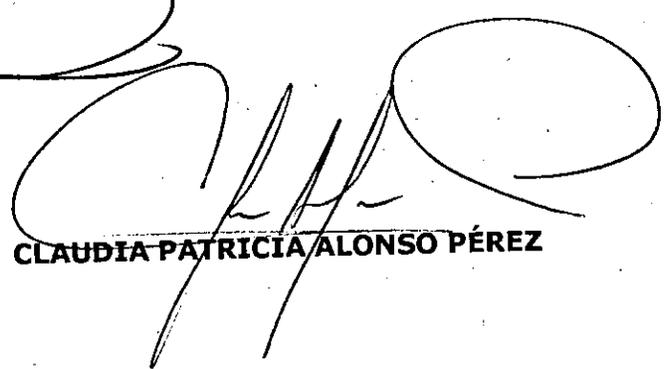
SEGUNDO: Notificada esta decisión, remítase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Oral No. xx celebrada el 3 de octubre de 2019, según acta No. 64.



CARLOS ENRIQUE ARDITA OBANDO

TERESA HERRERA ANDRADE
(Ausente con excusa)



CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ