

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO 58 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Expediente: 11001-33-43-058-2019-00313-00
Demandante: Contextus S.A.S.
Demandado: Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público - DADEP

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

I. ANTECEDENTES

1. Mediante auto de 14 de julio de 2020, el Despacho admitió la demanda dentro del asunto de la referencia. Decisión que se notificó por estado a la sociedad Contextus S.A.S. el 15 de julio siguiente¹ y de forma personal al DADEP el 1º de diciembre de 2020².
2. Con memoriales electrónicos, el DADEP presentó: i) contestación de la demanda³, ii) demanda de reconvención⁴ y iii) solicitó el decreto de la medida cautelar prevista en el numeral 5º del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011⁵ para que las zonas de espacio público que entregó le sean retornadas.
3. Una vez resuelto⁶ el recurso⁸ y las solicitud de adición⁹ que se formuló contras las decisiones que admitieron la demanda de reconvención y dieron trámite al traslado de la medida cautelar¹⁰ término en el cual la sociedad Contextus se opuso al decreto de la medida, pues en su sentir con esta no se pretende proteger el objeto del litigio sino pretermir el juicio de restitución.

II. CONSIDERACIONES

¹ Archivo digital denominado 02AutoAdmisorio.

² Archivo digital denominado 06NotificacionDemanda.

³ Archivo digital denominado 07Memorial20201202.

⁴ Archivo digital denominado 08Memorial20201202.

⁵ Archivo digital denominado 09Memorial20201202(MedidasCautelares).

⁶ Archivo digital denominado 24AutoConfirma.

⁷ Archivo digital denominado 25AutoNiegaAdicion.

⁸ Archivos digitales denominados 15Memorial20210311(RecursoReposicion) y 16Memorial20210311(RecursoReposicion).

⁹ Archivo digital denominado 17Memorial20210312.

¹⁰ Archivos digitales denominados 13AutoAdmiteDemandaReconvencion y 14AutoCorreTrasladoMedidaCautelar.

Dada la dificultad del tema que se va a resolver, el Despacho inicia por plantear el problema jurídico, la tesis y el plan de redacción que se va utilizar para la demostración de la tesis.

1. Problema jurídico, tesis y plan de redacción

1.1. Consiste en determinar si la medida cautelar solicitada por el DADEP tiene como fin garantizar el objeto del litigio y cumple con los requisitos establecidos en la Ley 1437 de 2011 para el efecto o si por el contrario debe rechazarse por resultar improcedente de cara a las pretensiones formuladas, pues con ello en realidad se pretende pretermitir el proceso de restitución.

1.2 Frente a este problema jurídico este Despacho sostendrá la tesis de que la medida cautelar a diferencia de lo que señala la sociedad Contextus si busca la preservación del objeto del litigio al tiempo que cumple con los requisitos establecidos en la Ley 1437 de 2011 para su decreto.

1.3 Para demostrar esta tesis del Despacho en adelante seguirá el siguiente derrotero: i) Medidas Cautelares que Puede Decretar el Juez Administrativo y sus Requisitos, ii) Objeto de la Controversia, iii) Los Contratos de Administración Mantenimiento Operación y Aprovechamiento y iv) los requisitos de la medida cautelar en el caso concreto.

2. Medidas cautelares que puede decretar el juez administrativo y sus requisitos

A diferencia de lo que ocurría en vigencia del Decreto 01 de 1984 en el cual la única medida cautelar procedente en los procesos declarativos que se tramitan ante esta jurisdicción era la suspensión provisional, la Ley 1437 de 2011 estableció que en este tipo de proceso el juez o magistrado ponente, en cualquier etapa del proceso, puede valerse distintos tipos de medidas preventivas, conservativas y suspensivas con el fin de *“garantizar provisionalmente el objeto de proceso y la efectividad de la sentencia”*.

Sobre el tema, el artículo 299 de la Ley 1437 de 2011 establece:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda **o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.**

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento (...)
Subrayas y negrillas fuera del texto.

Sobre las clases de medidas cautelares que se pueden decretar el artículo 230 de este estatuto señala:

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. **Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.** Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

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 (...)” (Negrillas adicionales).

En interpretación de este enunciado normativo, la doctrina especializada ha explicado:

“Las medidas preventivas, pretenden evitar la configuración de perjuicios o la vulneración de los derechos de la parte demandante. Por ejemplo se demanda la licencia ambiental y se solicita suspender el procedimiento sancionatorio por incumplimiento de la licencia con el objeto de evitar, un perjuicio irremediable o la agravación de sus efectos.

Las medidas conservativas buscan preservar el statu quo, es decir “ordenar que se mantenga la situación previa al conflicto” en espera de lo que se resuelva en la sentencia.

Las medidas anticipativas tienen como finalidad adelantar algunos efectos propios de la sentencia; en el sentido, que su razón de ser es restablecer las cosas “al estado en que se encontraban antes de la conducta vulnerante o amenazante”. Por ejemplo, se ordena detener la demolición de un edificio, porque tiene un valor histórico, cultural o arquitectónico. Esta medida en estricto sentido, no tiene la naturaleza de protección cautelar, se trata de casos consagrados en la ley sustancial, que determinan no a título de cautela, la necesidad de anticipar el resultado de la sentencia.

Respecto de las medidas suspensivas ya no se trata solamente de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados judicialmente, sino que se amplía al juez la posibilidad de suspender los procedimientos administrativos, inclusive los de carácter contractual, antes de que se profiera la respectiva decisión administrativa. Esta medida es bastante residual, en cuanto por mandato legal, se advierte que a ella solo se acudirá, cuando ya no exista otra posibilidad de superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo, casos, la autoridad judicial señalará las pautas que deba observar la entidad demandada para reanudar la actuación (...).¹¹

En cuanto a los requisitos para decretar las medidas cautelares, el artículo 231 del mismo estatuto señala:

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

¹¹ Garzón Martínez Juan Carlos. Proceso Contencioso Administrativo. Ed. Ibañez. Bogotá. 2019, Pág. 698 y s.s.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios". Subrayas y negrillas fuera del texto.

Igualmente, sobre estos requisitos la doctrina ha explicado:

"Respecto a las otras medidas cautelares (las innominadas - y las expresamente consagradas por el legislador), operan otros requisitos y condiciones, que son los consagrados en los numerales 1 a 4 del artículo 231 del actual código, los cuales se analizan a continuación:

a) La apariencia de buen derecho, que implica contar con razones suficientes y claros en derecho y en hecho para reclamar la pretensión. Este requisito está consagrado en el numeral 1 del artículo 231 al señalar: 'que la demanda esté razonablemente fundada en derecho'.

b) Que el demandante haya demostrado, así fuera sumariamente, la titularidad del derecho o de derechos invocados.

c) Que previo juicio de ponderación de intereses, con base en los documentos, informaciones, argumentaciones, justificaciones, se pueda concluir que resulta más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. Este requisito debe ser interpretado en cada caso concreto, con mucha precaución, por cuanto la noción y alcance del concepto interés público no puede limitar u oponerse al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

De una manera no muy clara el actual código, establece que además de las anteriores requisitos, se cumpla con una de las siguientes condiciones que al no otorgarse la medida se cause un 'perjuicio irremediable' o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los 'efectos de la sentencia serían nugatorios (...)'.¹²

3. Objeto de la controversia

En la demanda de reconvención se formularon las siguientes pretensiones¹³:

"(...) PRIMERA: Que se DECLARE que la demandada en reconvención - Sociedad Contextus SAS-incumplió la obligación número 11 del contrato, en concordancia con la contenida en el numeral 6.2.1. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA, del pliego de condiciones que reza: 7) Entregar al DADEP los parqueaderos al momento de terminación del contrato en iguales o mejores condiciones de las que los recibió.

¹² Ibidem. Pág. 704.

¹³ Se transcribe con errores.

SEGUNDA: Que se DECLARE a la demandada en reconvención, responsable por los dineros adeudados por el aprovechamiento económico ilegal realizado por el demandado desde el 24 de enero del 2019 hasta la fecha en que se haga efectiva la entrega real y material de los predios objeto del contrato CAMEP No. 110-00129-387-0-2017 en el cual la sociedad CONTEXTUS S.A.S., continúa administrando las zonas sin importar que se encontraba por fuera del plazo de ejecución del mencionado contrato desde el 24 de enero del 2019.

TERCERA: Consecuencia de las anteriores declaraciones, se CONDENE a la demandada en reconvención a pagar a favor del Demandante los perjuicios tasados y soportados en la resolución 434 del primero (1) de noviembre del 2019 la cual fue confirmada por la resolución 438 del cinco (5) de noviembre de 2019, cuyo valor actualizado al 20 de agosto del 2020 asciende a la suma de MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS OCHO PESOS (\$1.479.672.908) M/cte., del 24 de enero de 2019 hasta el 15 de septiembre de 2020, cifra la cual deberá ser descontado el valor cancelado por Seguros del Estado S.A., por concepto de cláusula penal pecuniaria el cual equivale a la suma de TREINTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS PESOS (\$32.251.200) Mcte.

CUARTA: Que dicha suma de dinero sea actualizada e indexada hasta la fecha en que la demandada en reconvención realice la entrega real y material al Demandado.

QUINTA: se profiera condena en costas y agencias en derecho a la parte Demandada en reconvención¹⁴.

Como sustento de estas pretensiones, en esencia, el DADEP señala que la sociedad Contextus S.A.S. incumplió con sus obligaciones contractuales, pues una de ellas, de manera expresa, le obligaba a entregar los inmuebles que le fueron entregados al momento de la terminación del contrato, misma que la sociedad demandada en reconvención alega no tener que cumplir sino hasta el momento de la liquidación del contrato, la cual todavía no se ha producido.

A partir de lo anterior, para el Despacho señala que el objeto del litigio lo constituye el incumplimiento en la entrega de los bienes de uso público objeto del contrato celebrado entre las partes y el resarcimiento de los perjuicios que esta situación ha causado entre el momento de terminación y el de entrega efectiva de los bienes que fueron entregados a la sociedad Contextus S.A.S.

En otras palabras, se trata de una controversia que gira en torno a buscar la recuperación de la contraprestación que la sociedad Contextus S.A.S. ha omitido entregar a la entidad distrital desde el momento en que se terminó el contrato, lo que significa que la pretensión tiene una relación inescindible con los bienes objetos de la medida cautelar, pues entre tanto estos estén en manos de agentes privados no generarán la utilidad pública para la cual están destinados y que es objeto de reclamación en este proceso. Situación de la que no deja duda la naturaleza del vínculo contractual que subyace a este litigio como se verá a continuación.

4. Los Contratos de Administración Mantenimiento Operación y Aprovechamiento

Los contratos de Administración, Mantenimiento, Operación y Aprovechamiento Económico nacen al amparo de la Ley 9ª de 1989 – Reforma Urbana, que en su

¹⁴ Folio 3, archivo digital denominado 08Memorial20201202.

artículo 7¹⁵ facultó a los Concejos Municipales y Distritales para administrar, defender, mantener y apoyar financieramente el espacio público. A su vez, el Decreto Distrital No. 463 de 2003¹⁶, reglamentó la facultad mencionada y los usos temporales del espacio público en el Distrito Capital.

El Departamento Administrativo para la Defensoría del Espacio Público – DADEP- en el marco de sus competencias sobre la fijación de políticas para la defensa, inspección, regulación y control del espacio público en el Decreto Distrital No. 456 de 2013, desarrolló lo concerniente a los contratos en estudio, los definió como un instrumento para el aprovechamiento económico del espacio público:

“6.10.- Contratos de Administración, Mantenimiento y Aprovechamiento Económico del Espacio Público. Son los actos jurídicos generadores de obligaciones suscritos entre la respectiva Entidad Distrital Administradora del Espacio Público y/o Gestoras y una persona natural o jurídica, previsto por el ordenamiento jurídico, cuyo objeto es conceder el uso, goce y disfrute de uno o varios espacios públicos susceptibles de ser entregados en administración, mantenimiento y aprovechamiento económico, según las normas legales vigentes”. Se destaca texto.

La normativa en cita, en su artículo 19.1 precisó:

“19.1.- Contratos de Administración, Mantenimiento y Aprovechamiento Económico del Espacio Público. Los contratos que se suscriban para la administración del espacio público, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y sus decretos reglamentarios, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

a) Identificar con toda precisión las zonas de uso público objeto de los contratos.

b) Estipular que la entrega del espacio público que se hace no implica transferencia de dominio, ni derecho adquisitivo alguno a favor del contratista. El Distrito Capital conservará en todo caso la titularidad y posesión efectiva sobre el espacio público.

c) Definir que la entrega de las zonas de uso público que se hace no legaliza ningún tipo de uso, intervención, construcción, ocupación o cerramiento realizados en contravención a las normas o sin la autorización impartida por la autoridad competente según el componente del espacio público objeto de uso temporal.

d) Indicar que se deben ajustar a los planes y programas adoptados por las normas vigentes y a las políticas de desarrollo urbano.

¹⁵ Artículo 7º.- Los Concejos Municipales y Distritales podrán, de acuerdo con sus competencias, crear entidades responsables de administrar, defender, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión. Ver el Concepto del Consejo de Justicia 220 de 1997. // Así mismo, el alcalde Municipal o Distrital en el marco de sus competencias podrá crear dependencias u organismos administrativos, otorgándoles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica. **Sentencia C-295 de 1993.** // Los alcaldes municipales y distritales mediante decreto reglamentarán lo concerniente a la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del espacio público. Así mismo, podrán entregar a particulares la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes de uso público, utilizando el mecanismo contenido en el Capítulo XVI de la Ley 489 de 1998. Igualmente podrán expedir actos administrativos que permitan la ocupación temporal de dichos bienes, considerando en ambos casos lo dispuesto por el artículo 63 de la Constitución.

¹⁶ El Decreto Distrital No. 463 de 22 de diciembre de 2003, debe ser interpretado de acuerdo con el Decreto Distrital 190 de 2004, con el Plan de Ordenamiento Territorial y el Decreto Distrital No. 469 de 2003, así como Decreto Distrital 215 de 7 de julio de 2005, Plan Maestro del Espacio Público de Bogotá.

- e) Estipular que no puede ser invocado como fuente de derechos adquiridos.
- f) Estipular que el Distrito Capital no reconocerá el valor de mejoras o estructuras hechas por los particulares, salvo cuando esto se pacte de manera expresa en los contratos.
- g) Indicar que el contratista será responsable de todos y cada uno de los componentes y/o bienes del espacio público que se entreguen, sin perjuicio de su facultad de exigir a los responsables, la reparación o indemnización de los daños causados, cuando a ello haya lugar.
- h) Definir un reglamento de uso y administración del bien de uso público que formará parte del contrato” Resaltado propio.

Del anterior precepto normativo se colige que los contratos de administración, operación, mantenimiento y aprovechamiento económico son públicos y atípicos, dado que su objeto recae sobre bienes públicos, en este caso, relativos al espacio público, los recursos que la administración de ellos percibe tienen igual carácter y la entrega de los bienes que constituyen el objeto a administrar y aprovechar económicamente no implica transferencia de dominio, ni derecho adquisitivo alguno a favor del contratista.

Sobre esto último, el artículo 2.2.3.3.4 del Decreto Nacional 1077 de 2015¹⁷ (antes artículo 19 del Decreto Reglamentario 1504 de 1998) estableció que la entrega de las zonas de uso público que realiza el DADEP a los contratistas seleccionados, para su administración, mantenimiento y aprovechamiento económico no implican transferencia de dominio, ni derecho real alguno.

Por último, se tiene que la Administración Distrital expidió el Decreto 552 de 2018 mediante el cual estableció el marco regulatorio del aprovechamiento económico del Espacio Público en el Distrito Capital y derogó el Decreto 456 de 2013.

En el caso particular, el contrato No. 110-00129-387-0-2017 de 29 de diciembre de 2017, suscrito entre el DADEP y la sociedad Contextus S.A.S cuyo objeto es la operación y administración de tres (3) zonas de estacionamiento ubicadas en la urbanización la Castellana de la ciudad de Bogotá, la norma vigente era el Decreto Distrital No. 456 de 2013, esto a pesar del tránsito normativo dado con la expedición del Decreto 552 de 2018, el cual entró vigencia el 26 de septiembre de 2018, durante la ejecución del contrato, no obstante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887¹⁸, la norma aplicable era la vigente al momento de su celebración.

Bajo este panorama, para el Despacho es claro que este tipo de contratos son un instrumento que permite a la Administración, entregar a los particulares zonas de espacio público para fines que tiene que ver con el interés general, pues se trata de un instrumento que si bien permite a un particular cobrar unos conceptos de

¹⁷ **Artículo 2.2.3.3.4 Decreto Reglamentario 1077 de 2015. Áreas públicas de uso activo o pasivo.** En el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos. En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular.

¹⁸ Artículo 38, Ley 153 de 1887. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúense de esta disposición: 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

administración, finalmente busca la generación de ingresos que deben ser destinados a la satisfacción de los fines estatales, de allí la importancia que tiene estos recursos públicos.

5. Requisitos de la medida cautelar en el caso concreto

5.1. Para sustentar la medida cautelar, el DADEP expuso que las partes suscribieron el Contrato No. 110-00129-387-0-2017 de 29 de diciembre de 2017 cuyo objeto era *“operación y administración de tres (3) zonas de estacionamiento ubicadas en la urbanización la castellana, las cuales se encuentran identificadas en el anexo técnico no. 1, garantizando su mantenimiento y debido uso, según las condiciones y especificaciones técnicas previstas en dicho anexo”*.

Agregó que el plazo de ejecución del mencionado contrato era de un año contado a partir de la suscripción del acta de entrega, previa aprobación de la garantía única. Actividad que tuvo lugar el 24 de enero del 2018.

Manifestó que una vez vencido el plazo de ejecución del Contrato No. 110-00129-387-0-2017 de 29 de diciembre de 2017, la sociedad Contextus S.A.S. se rehusó a hacer la entrega de las tres (3) zonas de estacionamiento ubicadas en la urbanización la castellana, identificadas así:

LOCALIDAD	RUPI	URBANIZACIÓN/ NOMBRE	N°	PREDIO/DIRECCIÓN	DESTINACIÓN
1	4028	CENTRO COMERCIAL LA CASTELLANA	2	CARRERA 30 - CALZADA / CALZADA	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO
			3	CALLE 95 - CARRERA 47 / ZONA VERDE	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO
			4	CALLE 95 - ZONA VERDE	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO

Argumentó que de no realizarse la restitución inmediata de los predios objeto de la litis se estaría afectando el interés público y se generaría un perjuicio irremediable al DADEP, no solo porque en la actualidad la sociedad Contextus S.A.S. se encuentra, en su sentir, lucrándose ilegalmente con la explotación de los bienes en debate, sino porque en todo caso, el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio reza establece un monto por concepto de capital muy inferior a la suma que fue objeto de las pretensiones promovidas en la demanda de reconvención.

Sostuvo que la entidad pública no cuenta con otro mecanismo judicial que le permita la restitución de los bienes en debate.

5.2 Por su parte, una vez surtido el traslado de la medida cautelar, la sociedad Contextus S.A.S. se opuso a los argumentos expuestos por el DADEP. Sostuvo que la medida cautelar solicitada no resulta procedente de cara al mecanismo de restitución establecido en el artículo 385 de la Ley 1564 de 2012. Mecanismo que la entidad pública pretende sustituir por esta vía.

Señaló que Contextus S.A.S. reformó la demanda y, en concreto, eliminó la pretensión número sexta toda vez que ésta, en su sentir, era propia de la acción de restitución de tenencia contenida en el artículo 385 de la Ley 1564 de 2012. Así pues, expuso que la procedencia de las medidas cautelares radica en que las

mismas guarden estrecha relación con las pretensiones de la demanda, supuesto éste que no se cumple dentro del particular, pues ninguna de las partes busca la restitución de los inmuebles objeto del Contrato No. 110-00129-387-0-2017 de 29 de diciembre de 2017.

Por último, rechazó las manifestaciones hechas por el DADEP en cuanto a que de generarse eventuales perjuicios, la sociedad contratista no podría cubrir los mismos.

5.3. Previo a iniciar con la verificación de los requisitos de la medida cautelar, el Despacho debe precisar que a diferencia de lo señalado por Contextus S.A.S. la medida cautelar solicitada si tiene la finalidad de garantizar el objeto del litigio, por esa razón no se puede considerar sin más que con esta se pretende por parte del DADEP pretermitir el proceso de restitución de la tenencia. Esto es así si se tiene en cuenta que:

i) El objeto del litigio lo definen las pretensiones, en esa medida recuérdese que la demanda de reconvención tiene su génesis en el presunto incumplimiento de devolver los bienes que fueron objeto del contrato de administración. Situación por la que, la Entidad pide que la parte actora se haga responsable conforme a lo pactado en el contrato de la contraprestación hasta cuando se haga la entrega definitiva de estos bienes. En esa medida, no queda duda que el objeto del litigio tiene que ver inescindiblemente con los bienes que fueron entregados en virtud del contrato, pues los dineros que se reclaman dependen necesariamente de la tenencia de los bienes en manos de la sociedad.

ii) Si bien, la Entidad pudo plantear la pretensión de restitución, eso sí no necesariamente en un proceso distinto como lo sugiere la parte actora, pues el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 señala que el medio de controversias contractuales se puede adelantar, entre otras, para que se declare la existencia, el incumplimiento; también se puede ejercer para solicitar otras declaraciones y condenas (entendimiento que tiene sustento tanto de decisiones del Consejo de Estado¹⁹ como del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁰), lo cierto es que el que no se haya propuesto esta pretensión no significa que la medida cautelar *per se* resulta improcedente, pues si como ocurre en este caso las declaraciones y condenas depende de lo que suceda con los bienes públicos, esta se torna procedente e impone el análisis de los presupuestos correspondientes a efectos de determinar si hay lugar a su decreto.

Bajo esta lógica, el Despacho no puede dejar de señalar que el hecho de que la sociedad Contextus al reformar la demanda haya excluido la pretensión de devolver el inmueble, situación que sea de paso significa su acuerdo con la posibilidad de acumular esta pretensión al proceso, no cambia el objeto de la demanda de reconvención, tampoco, el hecho de que en los procesos declarativos se puede tomar, como se ha visto, las medias preventivas, conservativas y de suspensión necesarias para la conservación del objeto del litigio para cuya materialización se pueden entre otras emitir órdenes de hacer o no hacer tal como lo señala el numeral 5º del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 2021. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 85001-23-33-000-2014-00245-02(63300).

²⁰ Tribunal Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto de 8 de julio de 2019. M.P. Carlos Alberto Vargas Bautista. Rad. 1100133-43-058-2016-00557-01. Esta última decisión significativamente importante para el análisis del caso, pues esta Corporación revocó una decisión de este Despacho en la que había avalado la posición por la que propugna la sociedad, sin embargo, la Corporación consideró que era posible acumular la pretensión de restitución a la de incumplimiento.

5.4. Precisado lo anterior, el Despacho procede *sin que ello constituya prejuzgamiento* a establecer si en el presente caso están dados los presupuestos para decretar la medida cautelar:

5.4.1 La demanda esté razonablemente fundada en derecho

El Despacho considera que este requisito se puede tener por satisfecho, pues las pretensiones alegadas por la parte actora en principio están fundadas en la obligación de la sociedad Contextus de devolver los bienes al vencimiento del plazo. En efecto, en la cláusula cuarta del Contrato No. 110-00129-387-0-2017, en concordancia con el numeral 2.2. del pliego de condiciones, se lee:

“PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo de ejecución será de 1 año (1) contados a partir de la suscripción del acta de entrega, previa aprobación de I; garantía única”²¹.

Sobre el particular, conviene recordar que cuando se negó la medida cautelar solicitada por la sociedad demandante para mantener en sus manos los bienes objeto del contrato, mientras dura el litigio (decisión que no fue impugnada), el Despacho, entre otros argumentos señaló:

“(…) Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que al encontrarse plenamente definidos el plazo y la vigencia, de conformidad con lo establecido en el clausulado del contrato, en concordancia con el numeral 6.2.1.7. del pliego de condiciones DADEPPSA-SIP-110-19-2017, era obligación de Contextus S.A.S. ‘(e)ntregar al DADEP los parqueaderos al momento de terminación del contrato en iguales o mejores condiciones de las que los recibió’.”²².

Además, no se puede perder de vista que mientras la sociedad Contextus tenía los bienes públicos objeto del contrato estaba obligada al pago de una contraprestación económica, que fue pactada por las partes en los siguientes términos²³:

“3) FORMA DE PAGO: El contratista se obliga a pagar al DADEP una retribución mes vencido durante la ejecución del contrato, correspondiente al valor final ofertado presentado en su propuesta. En todo caso el valor de la retribución mensual no puede ser inferior TRECE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL PESOS MCTE (\$13.438.000). La retribución se causará desde el primer día de ejecución del contrato y será consignada por el CONTRATISTA o el Tesorero Distrital o a quien el DADEP indique, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al vencimiento de cada periodo mensual. El último pago será realizado dentro de los diez(10) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de contrato. Si el pago se realiza con posterioridad al plazo atrás señalado, el CONTRATISTA deberá pagar intereses moratorios a la tasa legal máxima permitida. Los ingresos del CONTRATISTA que superen el valor mensual de CINCUENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS MCTE (\$51.206.970), se distribuirán en proporción del 50% para el DADEP 50% para el CONTRATISTA. Estos porcentajes son valores fijos”²⁴.

²¹ Folio 37, archivo digital denominado 01DemandaAnexos.

²² Archivo digital denominado 05AutoNiegaMedidaCautelar.

²³ Se transcribe con errores-

²⁴ Folio 37, archivo digital denominado 01DemandaAnexos.

En este sentido, al margen de la discusión que las partes tengan sobre el particular y en especial sobre sus cargas para acreditar el cumplimiento de las obligaciones que a cada una correspondía para que afloren las declaraciones y condenas solicitadas, es que, a partir de lo anterior, se puede entender que la demanda de reconvenición está razonadamente fundada en derecho, pues el vínculo contractual no sólo da cuenta de la obligación a cargo de la sociedad contratista de devolver los predios, sino de la contraprestación a la que estaba obligada y que, según el DADEP, está en riesgo al mantenerse la tenencia de las zonas de estacionamiento público en un privado.

Además, frente al análisis de este supuesto no se puede perder de vista que el artículo 82 de la Constitución Política señala que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En esa misma dirección señala que las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

Así mismo, el artículo 5 de la Ley 9 de 1989 dispone que el espacio público es *“el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes”*. Y el artículo 139 del Código Nacional de Policía resalta que estos bienes por su naturaleza, usos o afectación están destinados *“a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de todas las personas en el territorio nacional”*.

5.4.2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados

El Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público ostenta la titularidad del derecho invocado, pues es esta la entidad encargada para adelantar la defensa del espacio público y quien cuenta con competencia en materia contractual para celebrar los convenios interadministrativos, adjudicar y celebrar todo tipo de contratos o negocios jurídicos relacionados con el patrimonio inmobiliario distrital, incluyendo aquellos que impliquen actos de disposición sobre bienes de naturaleza fiscal, conforme a lo reglado en el Acuerdo 18 de 1999 y el artículo 61 del Decreto 854 de 2001 *-respectivamente-*.

En esa dirección de acuerdo con las pruebas allegadas fue la Entidad que entregó la administración de los bienes públicos a Contextus S.A.S. Además, no se puede perder de vista que en virtud del contrato que celebró con la sociedad contratista, ésta no sólo tenía derecho a la contraprestación sino a que la sociedad contratante devuelva el inmueble a la finalización del vínculo contractual.

5.4.3. Juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla

El juicio de ponderación de intereses implica que la medida resulte necesaria, adecuada y proporcional en sentido estricto de cara a los argumentos planteados y sus fundamentos jurídicos y fácticos. El esquema al que se hace referencia y que se pretende aplicar es el siguiente:

Juicio de adecuación: el acto o disposición general deberá ser adecuado para alcanzar los fines que lo justifican, existiendo una relación de causalidad entre medios y fines.

Juicio de necesidad: el acto o disposición general deberá ser la medida menos lesiva posible para alcanzar los fines que lo justifican.

Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: el acto o disposición general no restringirá los intereses del particular de forma desproporcionada, en relación con los beneficios generales que se pretende alcanzar. (La “*ley de la ponderación*”, o postulado rector del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, enseña que el detrimento del derecho o interés jurídico que se hace retroceder, se sacrifica o se afecta en un caso concreto, debe ser correlativo o ha de corresponderse con el beneficio, la utilidad o el resultado positivo que se obtenga respecto del bien, derecho o interés jurídico que se hace prevalecer, a través de la “*regla de precedencia condicionada*” que soporta la alternativa de decisión elegida para resolver el supuesto específico, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro)²⁵.

Precisado lo anterior, esta judicatura de cara a los presupuestos jurídicos y fácticos que rodean la materia, pasa a demostrar porque no decretar la medida cautelar sería más gravoso que concederla para el interés público.

Juicio de adecuación en el caso concreto. Sea lo primero tener en cuenta que la medida solicitada tiene como fin lograr poner al servicio del interés general unas zonas de espacio que fueron entregadas a la sociedad contratista, las cuales generan unos rendimientos económicos, mismos que actualmente se le están privando el Distrito Capital, por lo cual ordenar la devolución de los bienes resultaría una medida adecuada, habida cuenta que ello conlleva garantizar de manera inmediata la satisfacción del interés general, pues a partir de esto la entidad pública podría darles el uso para el cual están destinados y recibir los recursos que estos usualmente generan.

En esa medida, no hay duda que la medida cautelar es adecuada para no agravar los intereses públicos.

Juicios de necesidad en el caso concreto. En el asunto en estudio, la cuestión se refiere a determinar si la adopción de la medida cautelar es la medida menos lesiva posible para poner al servicio del interés general los bienes de uso público que fueron entregados a la sociedad Contextus S.A.S.

En ese sentido, el Despacho debe señalar que en el presente asunto el DADEP acreditó que antes de iniciar este proceso inició un sinnúmero de actuaciones para lograr la recuperación de los bienes que fueron objeto del contrato sin obtener resultados positivos²⁶.

Por otra parte, también se conoce, de acuerdo con lo señalado por la Entidad, que la Sociedad Contextus S.A.S. no ha entregado la contraprestación en los términos pactados en el contrato y aunque hizo una consignación a favor del DADEP de unos dineros presuntamente a título de “*retribuciones pactadas en cualquiera de sus*

²⁵ ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 161-167; Vid., igualmente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2.000.

²⁶ Folio 183, archivo digital denominado 08Memorial20201202.

modalidades”, en este momento, está exigiendo su devolución, tal como se puso de presente en escrito del 20 de agosto de la presente anualidad²⁷.

Bajo este contexto, el Despacho considera que la medida se torna necesaria, pues no habría una medida menos intensa para garantizar el objeto del litigio, pues las circunstancias anotadas dan cuenta que los rendimientos económicos que percibe el distrito por cuenta del uso de estas zonas de uso público dependen de la tenencia de los bienes, mismos que no se han querido entregar por la sociedad, tampoco la contraprestación. Además, no se puede perder de vista que en el juicio de ponderación de intereses se debe tener en cuenta la premisa según la cual **resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.**

Juicio de proporcionalidad en sentido estricto en el caso concreto: Finalmente, corresponde determinar si la afectación del derecho de la sociedad Contextus S.A.S. de continuar con la explotación de los bienes objeto del contrato, implicaría la mayor satisfacción del derecho del DADEP de recuperar la tenencia de los bienes de uso público para ponerlos al servicio del interés general a través del recaudo de los recursos que estos producen.

Así pues, el Despacho considera que este presupuesto se encuentra satisfecho, pues bajo las circunstancias del caso, el sacrificio de los intereses particulares de continuar con la tenencia de los bienes públicos genera un beneficio superlativo para el interés general, pues ello garantiza que los bienes públicos a diferencia de lo que esta ocurriendo en este momento se pongan al servicio del interés general o bien a través de su uso o través de los recursos que estos producen.

5.4.4. _Que se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios

En el caso en análisis el Despacho considera que no solo se cumple uno sino los dos presupuestos señalados en el numeral 4º del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011. En efecto, el perjuicio irremediable es aquél perjuicio que se puede inferir cuando concurren los siguientes elementos: en primer lugar, que sea cierto, es decir, que existan fundamentos empíricos acerca de su probable ocurrencia; en segundo lugar, debe ser inminente, o sea, que esté próximo a suceder; en tercer lugar, que su prevención o mitigación sea urgente para evitar la consumación del daño. Entre tanto, los efectos nugatorios de la sentencia significa que aunque esta pudiera ser favorable podría no poderse cumplir.

En el caso en análisis no puede perderse de vista que los bienes objeto del presente contrato no son bienes de cualquier naturaleza sino que tiene el carácter de zonas de uso público que administra el DADEP con el fin de obtener recursos que permitan la satisfacción de los fines del Estado, en otras palabras, son bienes que provee recursos públicos destinados al interés general. En esa medida, el contar con esos bienes y los recursos que estos generan en este momento, es una situación cierta y que demanda una medida urgente para el interés público, pues de lo contrario se podría privar a la Administración de estos recursos, dado que el resultado del proceso es un alea que dependerá, como se ha dicho, de que las partes acrediten el cumplimiento de sus obligaciones y el incumplimiento de las de la contraparte.

²⁷ Folio 3, archivo digital denominado 26Memorial20210820.

Por otra parte, el Despacho considera que a diferencia de lo señalado por la sociedad Contextus S.A.S. lo alegado por la Entidad en torno a su capacidad económica es un elemento que puede generar preocupación frente la efectividad de la sentencia, pues en efecto esta es una sociedad simplificada por acciones en la cual conforme a lo previsto en el artículo 1º de la Ley 1258 de 2008, sus integrantes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes y el capital social registrado es de trescientos sesenta millones de pesos (\$360.000.000)²⁸, lo cual es una cifra muy inferior a las pretensiones que demanda la entidad distrital.

5.5. Bajo todo este contexto, esta Judicatura encuentra que lo procedente es decretar la medida solicitada por el DADEP y, en consecuencia, se ordena a la sociedad Contextus S.A.S. para que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, se sirva hacer la entrega real y material al DADEP de las tres (3) zonas de estacionamiento ubicadas en la urbanización la castellana, identificadas así:

LOCALIDAD	RUPI	URBANIZACIÓN/ NOMBRE	N°	PREDIO/DIRECCIÓN	DESTINACIÓN
1	4028	CENTRO COMERCIAL LA CASTELLANA	2	CARRERA 30 - CALZADA / CALZADA	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO
			3	CALLE 95 - CARRERA 47 / ZONA VERDE	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO
			4	CALLE 95 - ZONA VERDE	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO

Esto de conformidad con lo establecido en el contrato No. 110-00129-387-0-2017 de 29 de diciembre de 2017 y el acta de entrega material de los bienes objeto del contrato suscrita por las partes el 24 de enero de 2018.

Lo anterior, so pena de dar aplicación a las sanciones de que trata el artículo 241 de la Ley 1437 de 2011, esto es la imposición de multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento.

De no darse cumplimiento a lo ordenado en el presente auto de manera voluntaria, el DADEP, también, podrá solicitar a esta judicatura que se libre despacho comisorio al alcalde local en donde se encuentren ubicadas las mencionadas zonas de espacio público o al funcionario competente para su ejecución forzada.

6. Consideración final - Reconocimiento de personerías

Previa consulta de antecedentes disciplinarios, se reconoce personería para actuar en este proceso como apoderado(a) judicial de Contextus S.A.S., al(a) doctor(a) **Milena del Pilar Herrera de la Hoz**, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 1082863101 y tarjeta profesional No. 190220 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, se

²⁸ Folio 12, archivo digital denominado 09Memorial20201202(MedidasCautelares).

III. RESUELVE

Primero: Decretar la medida solicitada por el DADEP y, en consecuencia, ordenar a la sociedad Contextus S.A.S. para que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, se sirva hacer la entrega real y material al DADEP de las tres (3) zonas de estacionamiento ubicadas en la urbanización la castellana, identificadas así:

LOCALIDAD	RUPI	URBANIZACIÓN/ NOMBRE	N°	PREDIO/DIRECCIÓN	DESTINACIÓN
1	4028	CENTRO COMERCIAL LA CASTELLANA	2	CARRERA 30 - CALZADA / CALZADA	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO
			3	CALLE 95 - CARRERA 47 / ZONA VERDE	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO
			4	CALLE 95 - ZONA VERDE	ESTACIONAMIENTO, BAHIA Y/O PARQUEADERO

Lo anterior, so pena de dar aplicación a las sanciones de que trata el artículo 241 de la Ley 1437 de 2011, esto es la imposición de multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento.

De no darse cumplimiento a lo ordenado en el presente auto de manera voluntaria, el DADEP, también, podrá solicitar a esta judicatura que se libre despacho comisorio al alcalde local en donde se encuentren ubicadas las mencionadas zonas de espacio público o al funcionario competente para su ejecución forzada.

Segundo: Previa consulta de antecedentes disciplinarios, se reconoce personería para actuar en este proceso como apoderado(a) judicial de Contextus S.A.S., al(a) doctor(a) **Milena del Pilar Herrera de la Hoz**, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 1082863101 y tarjeta profesional No. 190220 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura.

Notifíquese y cúmplase



Juan Carlos Lasso Urresta
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y OCHO (58) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN TERCERA</p> <p>Por anotación en ESTADO No. _____ se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 31 - 8 - 2021 a las 8:00 a.m.</p> <p>_____</p> <p>Secretaria</p>
--

Firmado Por:

**Juan Carlos Lasso Urresta
Juez Circuito
58
Juzgado Administrativo
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

2be4a27e9c5a40a106141d837eca8f7c4e9e5e3f523454fe3f34c29c4f978380

Documento generado en 30/08/2021 05:19:55 p. m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**