



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "D"**

FIJACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO DE APELACIÓN

EXPEDIENTE: 250002342000202000849
DEMANDANTE: NESTOR GUILLERMO FRANCO GONZALEZ
DEMANDADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
MAGISTRADO (A): ALBA LUCIA BECERRA AVELLA

Hoy **19 de Marzo de 2021**, la Oficial Mayor de la Subsección "D", deja constancia que se fija en la página web de la Rama Judicial, en la cartelera y en la carpeta del público, el traslado del recurso de reposición, interpuesto por el apoderado de la parte **demandante** contra el auto de fecha **18 de febrero de 2021**. En consecuencia se fija por el término de un (1) día. Así mismo, vencido el día de fijación, se mantendrá en la Secretaria de la Subsección "D", a disposición de la parte contraria, por el término de tres (03) días para que manifieste lo que considere pertinente.

Lo anterior en virtud del artículo 242 del C.P.A.C.A. y de los artículos 110 y 319 del C.G.P.


DANIEL ALEJANDRO VERDUGO ARTEAGA
OFICIAL MAYOR CON FUNCIONES DE SECRETARIA
SECCIÓN D - Rama Judicial de Cundinamarca

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN D

Atn. Dra. ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA

Magistrada Ponente

Ciudad

1

Referencia: Exp. Rad. 25000-23-42-000-2020-00849-00

Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Convocante: NESTOR GUILLERMO FRANCO GONZÁLEZ

Convocado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Asunto: Recurso de reposición y en subsidio apelación
contra el auto de febrero 18 de 2021, notificado
el 8 de marzo de 2021.

JULIO CESAR ORTIZ GUTIÉRREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.833.214 de Bucaramanga, portador de Tarjeta Profesional de Abogado No. 37.489 del C. S. de la J., obrando como apoderado del señor **NESTOR GUILLERMO FRANCO GONZALEZ**, mayor de edad, domiciliado y residente en esta ciudad, identificado con la C. C. No 79.307.295 de Bogotá, con el debido respeto, interpongo recurso de reposición y en subsidio apelación (Arts. 125, 242 y 243 CPACA) contra el auto de febrero 18 de 2021, notificado en Estado de marzo 8 de 2021, en el que se negó el decreto de la solicitud de medida cautelar previa de suspensión de los efectos del fallo de primera instancia de 6 de mayo de 2019 y el fallo de segunda instancia de 18 de diciembre de 2019, notificado personalmente el 9 de enero de 2020, proferidos por la Procuraduría Segunda Delegada en Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria de la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, con los siguientes argumentos:

I. PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

La Ley 2080 de 2021 introdujo unas modificaciones al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPAC. Así en el art. 20 de la citada ley se modificó el art. 125 del CPACA, en el que se señala las reglas a las que se sujeta la expedición de providencias judiciales.

Respecto de las salas, secciones y subsecciones (Nral. 2), estas dictan, entre otras:

h) El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.

Igualmente, en el numeral 3º del art. 125 del CPACA, señala que

3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja.

En el art. 243 del CPACA se dispone que “Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia.”. En su numeral 5º se consagra: “El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar”

2

En consecuencia, la providencia de febrero 18 de 2021 es pasible del recurso de apelación, el cual, conforme al numeral 1º del art. 244 del CPACA se puede interponer en subsidio del recurso de reposición.

Lo anterior, sin perjuicio de que, según, lo dispuesto en el parágrafo del art. 318 del Código General del Proceso, se le de a este recurso el trámite que corresponda.

II. SUSTENTO DEL RECURSO CONTRA EL AUTO DE FEBRERO 18 DE 2021

1. DECISIÓN DEL AUTO RESPECTO DEL DENOMINADO PRIMER PROBLEMA JURÍDICO.

En el auto de febrero 18 de 2021, se identificó un “**Primer problema jurídico**”, así:

“El libelista indicó que la medida cautelar es procedente porque los fallos disciplinarios fueron proferidos con violación al debido proceso, por cuanto desconocieron que la suscripción del Convenio de Asociaciones para la construcción de la PTAR CANOAS se dio en cumplimiento de una sentencia judicial emitida en una acción popular”.

En relación con este primer problema jurídico, en la providencia recurrida se manifestó:

“(…) Razón por la cual, el argumento planteado por el actor no tiene vocación de prosperar, ya que la sanción disciplinaria fue impuesta por el incumplimiento de los principios de la contratación que en este caso es la falta de planeación, más no por incumplimiento de la orden dada por el Consejo de Estado como lo plantea el demandante.

Adicionalmente, aunque alega el actor que la utilización de los estudios técnicos para el Convenio No 1267 se da por la obligación de cumplimiento de la orden judicial impartida por el Consejo de Estado, es claro que, i) los estudios técnicos utilizados para el Convenio No 1267 provenían del 2011, ii) el fallo del Consejo de Estado es del 28 de marzo de 2014 y en su orden otorgó tres años para su realización después de la ejecutoria de la sentencia y iii) el Convenio No 1267 fue firmado en el año 2015.

Por ende, este Despacho resalta que no resulta ajustado al ordenamiento jurídico ampararse en una orden judicial para el desconocimiento de los principios de la contratación estatal, más cuando la citada sentencia le otorgó 3 años para la realización de las ordenes impartidas, y en ningún momento lo avaló para utilizar estudios técnicos de años anteriores. De allí que, contaba con el tiempo suficiente para actualizar, modificar, renovar o variar los estudios necesarios para dar cumplimiento a la sentencia judicial. ...”

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

- 1) Resulta imperioso corregir lo manifestado por el Despacho, al resumir el primer problema jurídico, en tanto que de manera imprecisa señala que *“el libelista indicó que la medida cautelar es procedente porque los fallos disciplinarios fueron proferidos con violación al debido proceso, por cuanto desconocieron que la suscripción del Convenio de Asociaciones para la construcción de la PTAR CANOAS se dio en cumplimiento de una sentencia judicial emitida en una acción popular.”*
- 2) En el primer cargo, sustento de la medida cautelar, se indica que existe una *“VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DESCONOCIMIENTO DE LA PREVALENCIA DE LA JUEZ CONSTITUCIONAL DE LA ACCION POPULAR”* por violación de los artículos 29 y 88 de la Constitución Política, artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA , artículo 6 del Código único Disciplinario y artículos 34 y 41 de la Ley 472 de 1998.
- 3) En parte alguna de la solicitud de medida cautelar, ni de la demanda, se afirma que la violación al debido proceso tuvo lugar por *“...cuanto desconocieron que la suscripción del Convenio de Asociaciones para la construcción de la PTAR CANOAS se dio en cumplimiento de una sentencia judicial emitida en una acción popular”* como equívocamente lo resume la Magistrada al concretar el primer problema jurídico.
- 4) El Juez de la Acción Popular, al conocer de la sanción disciplinaria dictada en primera instancia, revisó legalmente las razones que se adujeron, y no solo declaró que en la suscripción del Convenio 1267 de 2015 NO SE VULNERÓ el principio de planeación contractual, sino que le ordenó al aquí demandante, proceder a firmar sin dilación alguna y de manera inmediata el referido Convenio para la cofinanciación de la PTAR CANOAS, como en efecto lo firmó, a sabiendas de que para su firma no se tenían los DISEÑOS CONSTRUCTIVOS DEFINITIVOS DE DETALLE de la obra a cofinanciar, situación que generó la sanción disciplinaria materia de demanda.
- 5) Lo que se resaltó en la medida y en la demanda fue, precisamente, la falta de coherencia de la Procuraduría General de la Nación, pues, luego de proferida la decisión disciplinaria sancionadora en primera instancia al doctor Franco, le insistió e instó a suscribir un segundo convenio para cofinanciar proyecto similar a PTAR CHIA 2, esto es PTAR CANOAS, a sabiendas que en este segundo proyecto (PTAR CANOAS) TAMPOCO SE CUENTA CON DISEÑOS CONSTRUCTIVOS DEFINITIVOS DE DETALLE, y por ende, se enmarca en las mismas razones dadas por la aquí demandada, para proferir esa sanción en primera instancia.
- 6) El auto recurrido interpreta, erróneamente, que mi mandante se ampara en una orden judicial *“... para el desconocimiento de los principios de la contratación estatal...”*, esto nunca fue afirmado en el proceso disciplinario, en la demanda ni en la solicitud de la medida cautelar.

Lo que se ha cuestionado, en el proceso disciplinario, en la medida cautelar, como en la demanda, es que en los fallos demandados, la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, se desconoció que la orden judicla impartida para la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, en adelante CAR, en la Sentencia del 28 de marzo de 2014 dictada por el Consejo de Estado, era que esta celebrara **CONVENIOS DE COFINANCIACIÓN**, no de obra como erradamente lo ha entendido la Procuraduría y la señora Magistrada.

El Convenio 1267 de 2015 es un CONVENIO CELEBRADO PARA COFINANCIAR EL PROYECTO PTAR II DE CHÍA, no es un contrato de obra y, conforme a la jurisprudencia, los alcances legales de la cofinanciación de un proyecto, son absolutamente diferentes a los alcances legales dados a la construcción del mismo.

En efecto, la Cofinanciación es un instrumento financiero complementario, que en cumplimiento de los principios de subsidiariedad y concurrencia, pueden usar las entidades estatales, para apoyar con recursos no reembolsables de su Presupuesto, la ejecución de proyectos de competencia territorial, en el marco de las políticas de interés común, y ello difiere totalmente de considerar que es dable confundir tal concepto, con el de “construcción”, como sucede en este caso, siendo lo usual que dentro de las cláusulas que regulan el acto de cofinanciación, se determine que entidad será LA EJECUTORA del proyecto en si mismo.

- 7) En la sentencia de marzo 28 de 2014, se otorgó el “...*término perentorio e improrrogable de tres (3) años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, la construcción, optimización y estandarización de los sistemas de tratamiento de aguas residuales municipales...*”
- 8) Este término se estableció en la sentencia de marzo 28 de 2014, a solicitud de la misma Procuraduría General de la Nación en el recuso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia. Basta remitirse al folio 1416 y s.s. de la Sentencia dictada por el Consejo de Estado el 28 de marzo de 2014 y que reposa en el plenario, donde se resume el alcance de esa APELACIÓN interpuesta por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y entre otras solicitudes, a fl 1423 de manera concreta pide ordenar que ***“Dentro del término máximo de 3 años a partir de la audiencia del pacto de cumplimiento la CAR deberá realizar las obras y las mejoras que requieran las plantas de tratamiento.”*** Agregando que ***“Los Municipios deberán construir las plantas de tratamiento que se requieran para dar total cobertura al tratamiento de sus aguas residuales. El Municipio de Villapinzón en el término de tres años a partir de la notificación de la sentencia deberá construir su planta de tratamiento”***
- 9) Sobre lo pedido, efectuado en ese entonces por la aquí demandada, el Consejo de Estado refirió *“En relación con estos criterios la Sala los analizará y tendrá en cuenta al momento de proferir la decisión en esta sentencia.”*, siendo así que los alcances de la Orden 4.57 recoge parcialmente lo pedido por la aquí demandada, siendo entonces claro que el plazo de tres años no era solo para firmar los convenios de cofinanciación, sino para realizar las obras.
- 10) Bajo tales criterios, ha de indicarse que no resulta cierta la conclusión aducida por el ad quo, en cuanto a que el demandante *“...contaba con el tiempo suficiente para actualizar, modificar, renovar o variar los estudios necesarios para dar cumplimiento a la sentencia judicial”*, refiriéndose erradamente al plazo de los tres años dados en la Orden 4.57, como si fuere solo para que en ese lapso se firmará el Convenio de Cofinanciación y que por ende, podía haber usado esos tres años para *“actualizar, modificar, renovar o variar los estudios”* sobre los cuales firmó el Convenio 1267 de 2015.
- 11) Así aclarado el plazo perentorio que se disponía para adelanta la construcción del proyecto PTAR CHIA II, en razón a que el municipio de Chía ya contaba con unos estudios y diseños para el proyecto PTAR II de Chía, entregados por la CAR., en

aplicación a principios de eficiencia y economía era viable tenerlos en cuenta, sujetos a la revisión y actualización por parte del ejecutor de la obra, EMSERCHÍA.

Es de anotarse que EMSERCHÍA celebró el contrato de obra No. 01 de 2016, obrando como EJECUTOR, para la construcción de la PTAR CHIA II, en el que se incluyó, como parte de las labores del contratista, la revisión y actualización de esos estudios y diseños del año 2011, lo que está expresamente autorizado en el numeral 2 del art. 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015¹.

- 12) Visto lo cual, no es cierto que se hubiera violado el principio de planeación por tener en cuenta unos estudios y diseños del proyecto PTAR CHIA II, que ya se tenían disponibles, en tanto, en los estudios previos del Convenio No. 1267 de 2015 se incluyó el deber del ejecutor del proyecto, EMSERCHIA, de revisar y actualizar estos diseños.

Así mismo, en la cláusula cuarta del Convenio Interadministrativo de Asociación No 1267 de 2015, se pactó expresamente, como obligación a cargo de la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIA - EMSERCHIA E.S.P., "...2) *Adelantar los procesos de contratación de obras, interventora y demás que sean pertinentes de acuerdo a lo establecido en el marco de la normatividad aplicable y vigente respetando siempre los principios de la contratación estatal* Para el efecto, la Empresa proyectará los respectivos documentos donde se establezca clara y *mínimamente los siguientes parámetros: "3) Deberá revisar y ajustar los diseños tal como se encuentra planteado en el proyecto, con la óptica dirigida a, en primer término, acoger y ajustar los diseños desde lo conceptual y luego generando la respectiva ingeniería de detalle, la cual deberá dar cumplimiento a cada una de las normativas aplicables (RAS 2000, RETIE, NSR 2010, DECRETO 1287 DE 2014, etc.)..."* (Negrilla fuera de texto)

Y, finalmente, ello también se incluyó en el contrato de obra No. 01 de 2016 celebrado por EMSERCHIA ESP, obrando como EJECUTOR, para la construcción de la PTAR CHIA II.

2. DECISIÓN DEL AUTO RESPECTO DEL DENOMINADO SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO.

En el auto de febrero 18 de 2021, se identificó un "**Segundo problema jurídico**", así:

"El libelista alegó que se deben suspender los actos administrativos pedidos de nulitar por violación al debido proceso y a los principios de imparcialidad, favorabilidad y pro homine, toda vez que, no valoraron antes de emitir decisión de segunda instancia, lo resuelto por el juez constitucional"

¹ Decreto 1082 de 2015. **Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos.** Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto. ..." (Subrayas fuera de texto)

En relación con este segundo problema jurídico, en la providencia recurrida se manifestó

*“... el anterior pronunciamiento realizado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, se dio en el curso del trámite incidental del cumplimiento de la acción popular radicada bajo el número 2001-00479-02, esto quiere decir, que actuó por la facultad otorgada por el artículo 41 de la Ley 472 de 1998...
(...)”*

6

No obstante, la facultad disciplinaria del juez para dar cumplimiento a los fallos judiciales, no es óbice para que otras autoridades ejerzan las atribuciones propias que la Ley les ha otorgado, tal como investigaciones penales o disciplinarias de la Ley 734 de 2002, así lo ha señalado la Corte Constitucional...

En consecuencia, es claro para el Despacho que la facultad del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B al momento de resolver el incidente No 62 en el proceso No 2001-00479-02, se dio únicamente con el propósito de dar cumplimiento a una orden judicial. Es tan así que al mirar con detenimiento el pronunciamiento judicial esta indica “[...] QUE SI DE LA FALTA DE PLANEACIÓN Y DE PREVISIBILIDAD SE TRATA, CUESTIÓN QUE NO PUEDE DARSE POR DEMOSTRADA, PUES EN CONTRARIO, LAS PRUEBAS DEMUESTRAN QUE HAN SIDO MUCHAS LAS GESTIONES PARA LLEVAR A REALIDAD EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS TRAZADOS PARA LA DESCONTAMINACIÓN DEL RÍO BOGOTÁ Y SUS AFLUENTES Y EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA [...]”.

Obsérvese que la instancia judicial, se refirió a la violación del principio de planeación en lo que tiene que ver con el cumplimiento del fallo dictado, y al encontrar que se estaba cumpliendo con la orden de la sentencia, también consideró que se había realizado la debida planeación, no obstante, esto fue en relación a los Convenios 171 de 2007 y 1599 de 2016, para ello hizo referencia de manera general a todos los convenios suscritos por la CAR, sin determinar de manera específica que se refiriera a la planeación del Convenio 1267 de 2015, objeto de estudio por parte de la Procuraduría que concluyó en la sanción ahora acusada de nulidad...”

Se concluye en el auto recurrido:

[...]” . Es decir, que al encontrar la autoridad disciplinaria razones suficientes para investigar y sancionar que el juez del incidente no, esto no impide el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Ley 734 de 2002.

Adicionalmente, el Despacho advierte que el proceso disciplinario de la Ley 734 de 2002 y el incidente de desacato de la Ley 472 de 1998, tienen finalidades, características y procedimientos diferentes, sin que lo resuelto en uno sea impedimento para el inicio y decisión respecto a la sanción.

Por ende, en este momento procesal, y para efectos de resolver sobre la medida cautelar solicitada no prospera el cargo alegado”

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD:

- 1) Al efectuar el análisis de este problema jurídico, la señora Magistrada transcribe apartes del auto de 21 de mayo de 2019 (F. 1295 del incidente- página 16 del auto recurrido), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, en el que se indicó que no existió violación al principio de

planeación. Sin embargo, afirmó que en esta decisión no se determinó, de manera específica, que se refiriera a la planeación del Convenio 1267 de 2015, objeto de estudio por parte de la Procuraduría.

- 2) Esta aseveración del auto recurrido se ve desvirtuada, en el siguiente texto del auto de 21 de mayo de 2019, en la que se concluyó lo siguiente:

7

“Bajo todos esos raciocinios acerca de las contingencias y circunstancias en el desarrollo de esas mega obras, se deben tener por demostradas similares estipulaciones entre los CONVENIOS DE COFINANCIACION PARA LOS DISEÑOS Y CONSTRUCCION DE LAS PTAR DE LOS MUNICIPIOS DE CUNDINAMARCA, como los celebrados por todas las entidades concurrentes para los DISEÑOS DE LA ESTACIÓN ELEVADORA Y LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE CANOAS, en especial los diseños definitivos de la FASE II, en tanto la ejecución de tales obras sólo se desarrollarán con posterioridad a la apropiación de vigencias futuras para cada una de ellas.” (fls 1296-1297 del Incidente 62)

De la lectura de este aparte se establece que todos los convenios de cofinanciación de las PTAR del departamento de Cundinamarca, entre ellos CHIA, se encuentran en similares situaciones, es decir, todos ellos se celebraron sin tener los diseños definitivos.

- 3) Igualmente, en el Auto de mayo 21 de 2019, en los numerales **1.6** se resumen las razones expuestas por la CAR sobre esta situación; en el numeral **1.8** se refieren las manifestaciones de la aquí demandada; en el núm. **1.15.13** se refiere la conclusión a que llegaron las entidades distritales y la CAR respecto a poder celebrar el convenio para cofinanciación de PTAR CANOAS, sin contar previamente con diseños constructivos completos, suficientes y actualizados; en el núm. **1.13.15**, el Despacho trae en cita lo expuesto por el aquí demandante sobre la situación presentada en los otros Convenios para cofinanciación de la construcción de plantas de tratamiento de aguas residuales en cumplimiento de la orden 4.57, y en concreto los criterios que se tuvieron en cuenta para la firma del Convenio 1267 de 2015 con el Municipio de Chía (fls 1239 a 1242 Auto del 21 de mayo de 2019); en el numeral **1.15.17** se evidencia la remisión de todos los antecedentes precontractuales del Convenio 1267 de 2015, y las explicaciones técnicas sobre el proyecto (fls 1255 a 1258 ídem); en el núm. **1.15.18** se refieren a los análisis comparativos del diseño de PTAR CHIA 2 por parte del equipo técnico de la CAR. (fls 1260 a 1261 ídem); y en el numeral **1.18**, se refiere todo lo dicho por el aquí demandante respecto a las razones que tuvo la primera instancia disciplinaria para imponer la medida de destitución e inhabilidad (fls 1265 a 1266 ídem).
- 4) En el capítulo **II CONSIDERACIONES** del referido Auto de mayo 21 de 2019, se encuentra lo siguiente:

- ✓ En el numeral 2.2., folio 1276, el Tribunal resume la ratio decidendi del fallo sancionatorio de la Procuraduría General de la Nación contra el aquí demandado, con ocasión de la suscripción del Convenio interadministrativo 1267 de 2015, para luego en el numeral 2.3., folios 1277 a 1281, trae “LA POSTURA DEL DIRECTOR DE LA CAR, NESTOR FRANCO”.
- ✓ En el numeral 2.4. se hacen las consideraciones pertinentes sobre la “MANIFESTACION DE SUSTRACCION E IMPEDIMENTOS JURIDICOS

PARA DARLE CUMPLIMIENTO A LA SENTENCIA ELEMENTO SUBJETIVO COMO JUSTIFICACION PAA CUMPLIR LAS ORENES DE LA SENTENCIA QUE SE ANALIZAN” (fls 1281-1282) y en numeral 2.5 lo referido a la “CONCURRENCIA DEL ELEMENTO OBJETIVO QUE JUSTIFICA EL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO.” fls 1282-1291)

- ✓ Ya en el numeral 2.6 el Tribunal expone sus “OBSERVACIONES EN TORNO AL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO 171 DE 2007, AL ACUERDO 21 DE FEBRERO DE 2011, AL ACUERDO 03 DE DICIEMBRE DE 2011, AL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE ASOCIACION DE 2016” (fls 1291.1294) así como sus CONCLUSIONES SOBRE EL ANALISIS COMPARATIVO ENTRE LOS CONVENIOS Y ACUERDOS DE COFINANCIACION PARA LA CONSTRUCCION DE LA PTAR CHIA 2 (fls 1294.1299)

Todas esas referencias fácticas y consideraciones judiciales que hace el Tribunal Administrativo en el plurimencionado Auto, giren en torno a la situación planteada por el aquí demandante, y que no era otra a poner de presente ante el Juez de la Acción Popular su impedimento para suscribir el convenio de cofinanciación para la construcción de la PTAR CANOAS, con el Distrito Capital, en tanto que para ese momento, dicho proyecto carecía de diseños constructivos de detalle completos, suficientes y actualizados, razón esencial que tuvo la primera instancia de la aquí demandada para concluir que el convenio 1267 de 2015, para la construcción de una obra similar pero en el Municipio de Chía, había incurrido en FALTA DE PLANEACION.

- 5) De igual forma, se tiene que las consideraciones del Juez Popular no solo van encaminadas a imponerle la orden al aquí demandado, de firmar el Convenio para cofinanciar la construcción de la PTAR CANOAS, sino también a concluir que para la firma del mismo no era requisito indispensable contar previamente con los diseños constructivos de detalle completos, suficientes y actualizados de las obras a ejecutar, agregándole que ello se hacía extensivo a los demás convenios de similares objetos celebrados por la entidad, y en específico el Convenio 1267 de 2015, como se determinó en la primera resolutive de esa auto, previa la siguiente consideración:

“Bajo todos esos raciocinios acerca de las contingencias y circunstancias en el desarrollo de esas mega obras, se deben tener por demostradas similares estipulaciones entre los CONVENIOS DE COFINANCIACION PARA LOS DISEÑOS Y CONSTRUCCION DE LAS PTAR DE LOS MUNICIPIOS DE CUNDINAMARCA, como los celebrados por todas las entidades concurrentes para los DISEÑOS DE LA ESTACION ELEVADORA Y LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE CACNOAS, en especial los diseños definitivos de la FASE II, en tanto la ejecución de tales obras solo se desarrollaran con posterioridad a la apropiación de vigencias futuras para cada una de ellas.” (fls 1296-1297 del Incidente 62)

- 6) Si alguna duda existe sobre que, el análisis del principio de planeación, se surtió respecto del Convenio 1267 de 2015, basta leer el primer resolutivo del Auto de mayo 21 de 2019, en el que se anotó lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARANSE probadas las razones invocadas por el director general de la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA- Dr NESTOR GUILLERMO FRANCO GONZALEZ en cuanto a la similitud de las estipulaciones consignadas en el CONVENIO DE COFINANCIACION 1267 DE (sic) 2011 para la construcción de la PTAR CHIA II Y LAS DEMAS PTAR DE LOS MUNICIPIOS DE LA CUENCA DEL RIO BOGOTA con respecto a las acordadas en el CONVENIO DE COFINANCIACION 171 DE 2007 Y SUS MODIFICATORIOS 1, 2 y 3, los ACUERDOS 21 Y 02 DE 2011, para el desarrollo de los contratos de diseño y construcción de la ESTACION ELEVADORA Y LA FASE II DE LA PTAR CANOAS de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. COMO CONSECUENCIA: DECLARASE NO DESACATADO EL CUMPLIMIENTO DE LAS ORDENES RELACIONADAS CON ESTAS MEGA OBRAS.”

Y para reafirmar lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, le ordena en el segundo Resuelve, al aquí demandante proceder a *“SUSCRIBIR los convenios de cofinanciación para la construcción de las FASES I Y II DE LA PTAR CANOAS EN EL MUNICIPIO DE SOACHA, como también proceda a ejecutar el CONVENIO COFINANCIACION 1267 de (sic) 2011...”*

- 7) En relación con las facultades disciplinarias del Juez Popular y las facultades disciplinarias dadas en sede administrativa a la Procuraduría General de la Nación, debe advertirse que no se ha planteado en la demanda, o en la medida cautelar, la imposibilidad de que el órgano disciplinario administrativo despliegue sus facultades disciplinarias, ante el sujeto disciplinable, en aras a establecer su debida actuación pública.

Cosa distinta es que hemos indicado, cómo en este caso en concreto, y estando plenamente establecido que las actuaciones públicas hechas por el aquí demandante, estaban circunscritas al cumplimiento de una orden judicial derivada de Sentencia dictada dentro de una Acción Popular, la potestad disciplinaria prevalente es la dada por la Constitución al Juez de la Acción, sin que se pierda la facultada disciplinaria administrativa de la PGN, pero en todo caso, **cuando una y otra convergen sobre actuaciones del servidor público enmarcadas en la Acción Popular**, es el Juez de la Acción quien prevalece, en caso de pronunciarse sobre los mismo hechos por los cuales la Procuraduría decide actuar.

- 8) La misma Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación ha entendido así, lo arriba dicho, como se puede ver en la decisión dictada el 7 de febrero de 2018, al ocuparse de apelación dentro de la Radicación No161-6517 (IUS 2012 - 210124/IUC-2012-608-526074) siendo precisa en afirmar que:

“En el caso en estudio se advierte que la accionante interpuso el incidente de desacato respecto del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Corozal, el 7 de mayo de 2012, el cual fue resuelto por la misma autoridad judicial absteniéndose de imponer sanción, por considerar que la Alcaldía de Morroa (Sucre) había cumplido el fallo de tutela con la expedición de la Resolución 190 del 22 de mayo de 2012, y analizó los argumentos allí expuestos.

La Sala destaca que el auto que resolvió el incidente de desacato no fue citado ni señalado en ningún aparte del fallo de primera instancia, razón por la cual la Sala Disciplinaria asume que tal elemento probatorio no fue valorado cuando se concluyó que el reproche se mantenía incólume.

Para la Sala Disciplinaria la decisión del incidente de desacato afirmando el cumplimiento del fallo de tutela que se reprochó como incumplido desvirtúa el cargo imputado al investigado, toda vez que la misma autoridad judicial que lo emitió aseveró su cumplimiento mediante una providencia proferida dentro de un trámite incidental establecido con ese fin.

Considera esta instancia disciplinaria que si afirmó el cumplimiento del fallo de tutela la autoridad que compone la jurisdicción constitucional que lo emitió, y no obra en el proceso ningún otro pronunciamiento emitido de otra instancia de esa misma jurisdicción que lo contraríe, no es jurídicamente viable continuar aseverando su inobservancia..." (destacado fuera de texto)

- 9) Por ende, necesariamente el juez de la acción popular, analizó esta específica circunstancia y concluye que no se dio esa falta de planeación contractual, decisión que debía ser considerada, a posteriori, por el operador disciplinario en atención a que tanto en el incidente de desacato, como en el expediente disciplinario, se pretendía establecer si hubo o no falta de planeación en la celebración del convenio 1267 de 2015.
- 10) Se debe insistir en que en el auto del 21 de mayo de 2019, esto es **ANTES** de dictarse la decisión disciplinaria de segunda instancia por parte de la Procuraduría, el Juez Constitucional de la A.P. No **25000.23.27.000.2001.90479**, se resolvió el **Incidente de desacato No 62 de 2019** y en él se abordó de manera concreta la presunta falta de planeación en la celebración del Convenio 1267 de 2015, pues era la sanción disciplinaria impuesta en relación con este convenio, lo que motivaba la negativa del Dr. Franco en suscribir el convenio de cofinanciación de la PTAR CANOAS.
- 11) Actuar como actuó la aquí demandada, para concluir sobre un mismo sujeto, sobre unos mismos hechos y sobre unas mismas razones legales, conclusión diametralmente opuesta a la que meses antes expuso el Juez popular, no es nada distinto a que el aquí demandado **fue sometido a juzgamiento de su actuar en DOS oportunidades por autoridades de diferente orden** y contrario a lo dicho por la Magistrada, **la decisión dada en el curso incidental de la acción popular, sí era determinante para la decisión disciplinaria a adoptar.**
- 12) A esa misma conclusión arribó el juez 9º Administrativo de Bogotá, al resolver favor del Dr. Franco, la Acción de Tutela **110013335 009 2020 00121 00** en primera instancia, cuando afirmo que *"...el Juzgado procedió a dar lectura completa a las diferentes providencias allegadas, esto es, a los fallos disciplinarios de primera y segunda instancia y a las decisiones judiciales adoptadas dentro del trámite de la acción popular y encontró que, en efecto, los criterios de valoración frente a un mismo actuar (la suscripción de convenio interadministrativo 1267 de 2015) resultan sustancialmente diferentes."*, conforme reposa dentro del plenario.
- 13) No sobra anotar que lo mínimo que se espera de la Procuraduría General de la Nación, como parte del Ministerio Público a quien *corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público* (Art. 118 C.P.) es que actúe con respeto a sus propios actos y decisiones y que actúe de manera congruente con ellas (decisión de febrero 7 de 2018- Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación) y no que un día asuma una posición jurídica y luego otro, a su capricho.

- 14) Sobre todo lo dicho, me remito a lo expuesto tanto en la demanda como en el escrito de solicitud de medida cautelar, en relación con la potestad disciplinaria del Juez Popular y su preeminencia ya por su calidad de Juez, ya por su carácter especial constitucional.

3. DECISIÓN DEL AUTO RESPECTO DEL DENOMINADO TERCER PROBLEMA JURÍDICO.

11

En el auto de febrero 18 de 2021, se identificó un “tercer problema jurídico”, así:

El actor señala que la medida cautelar debe ser decretada por cuanto, se quebrantó el principio de confianza legítima, porque, la Procuraduría General de la Nación hizo parte del Comité de Verificación de la Sentencia del Río Bogotá y nunca encontró reparos respecto a la ejecución de la orden 4.57.

En relación con este tercer problema jurídico, en la providencia recurrida se manifestó:

En consecuencia, la Procuraduría en el Comité de Verificación, debe advertir si las partes están o no cumpliendo el fallo de la acción popular, reportando a la autoridad judicial que dictó la sentencia a través de las actas de control, ya que, si vislumbra que un funcionario público de cualquiera de las autoridades, está o no cumpliendo el fallo judicial, pero con comportamientos descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización, debe iniciar la investigación disciplinaria, sin que tenga que hacer referencia a ellas en las reuniones del Comité por cuanto allí no es la instancia en la que corresponda realizar dicha actuación.

Adicionalmente, no se acepta el argumento de la confianza legítima alegado por el actor, porque, tal como lo señaló la Corte Constitucional este consiste en que el medio jurídico sea estable y previsible, y en este caso, el medio correspondiente para investigar y sancionar disciplinariamente era el proceso llevado a cabo por la Procuraduría General de la Nación, sin que se observe cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas que hubieran impedido el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción del señor Franco González.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

- 1) En el auto de febrero 18 de 2021 se trata a la Procuraduría General de la Nación como una entidad dividida, en la que, lo que hace un Procuraduría puede ser diferente y contradictoria con lo que se hace en otra. La entidad es una sola, así tenga diferentes dependencias y atribuciones.
- 2) En la demanda, como tampoco en la solicitud de la media cautelar, se pretende que los integrantes de la Procuraduría General de la Nación en el Comité de Verificación adelanten procesos disciplinarios, si eso no hace parte de su Manual de Funciones, pero como servidores públicos, tienen el deber de
 - ✓ Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente (Nral 1 Art. 43 CDU)

- ✓ *Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función. (Nral 2 Art. 43 CDU)*
- ✓ *Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley. (Nral 24 Art. 43 CDU)*

- 3) La labor del Comité de Verificación comporta examinar que los medios utilizados por la CAR, y demás autoridades involucradas, para cumplir la sentencia de la acción popular están acordes con la orden impartida por el juez y con el ordenamiento jurídico, pues si no lo está, se está incumpliendo la sentencia a la que se le está haciendo el seguimiento.
- 4) Adicionalmente, en virtud a los deberes antes mencionados y a los principios de diligencia, eficacia y eficiente, la mínima conducta que debería esperarse es que, cuando los miembros del Comité de Verificación de la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de las funciones de seguimiento, es advertir al Juez de la acción popular y a las entidades involucradas, en este caso la CAR, que el o los convenios a través del cual se va acumplir la sentencia de la acción popular, quebrantan el principio de planeación.
- 5) Al no haberse efectuado ninguna manifestación al respecto, en virtud al principio de buena fe y confianza legítima, mi mandante tenía elementos para concluir, válida y razonablemente, el convenio de cofinanciación 1267 de 2015, y los demás celebrados en iguales condiciones, estaba ajustado al ordenamiento jurídico.
- 6) Adicionalmente, se reitera que la conducta de la Procuraduría va en contra al derecho a la igualdad, aspecto no analizado en el auto de febrero 18 de 2021 y, por ello se reitera lo indicado al solicitar la medida cautelar, sobre las pautas de violación del principio de igualdad, así:
 - a. **Deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio:** En este caso en concreto, el contraste ha de hacerse entre lo que el aquí demandante estipulo en el Convenio Interadministrativo de Asociación No 1267 de 2015 de 2015, frente a lo que la misma entidad que él dirigió, pacto en los Convenios que a continuación se relacionan.
 - b. **Debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si se puede dar un trato distinto a ambos grupos:** Para satisfacer esta condición, tenemos que tanto el Convenio Interadministrativo de Asociación No 1267 de 2015 de 2015, como los demás convenios relacionados en el cuadro precedente, fueron celebrados por la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR-, con los municipios de la cuenca del Rio Bogotá, y con sus empresas prestadoras de servicios públicos, según sea el caso, teniendo todos como finalidad el COFINANCIAR desde la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA -CAR, lo necesario para que ellos como EJECUTORES, procedieran a la construcción u optimización de sistemas de tratamiento de aguas residuales y obras complementarias. Igual

se encuentra que tanto el citado Convenio Interadministrativo de Asociación No 1267 de 2015 de 2015, como los otros convenios, se hicieron teniendo como insumo técnico, los diseños constructivos elaborados por el Consultor Consorcio Diseños Saneamiento para la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA -CAR-, y entregados en el año 2011, teniendo también como elemento común, que en uno y otros se pactó por las partes la obligación por parte del EJECUTOR, respecto a REVISAR Y ACTUALIZAR esos diseños, antes de iniciar obras civiles.

- c. **Debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente:** En este aspecto, ha de señalarse que es común a todos los convenios celebrados por la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA -CAR-, desde 2014, e incluso desde antes, con miras a cumplir con la Sentencia del Rio Bogotá, que su objeto esencial no es otro distinto a concurrir en Cofinanciación para con los Municipios de la Cuenca del Rio Bogotá que hacen parte de su jurisdicción y que tal objeto se cumplía en camino a satisfacer lo dispuesto en la Orden 4.57 de sentencia del Rio Bogotá, orden que no fue dictada con énfasis o aplicación en un solo Municipio de la cuenca alta del Rio, sino que debía ser acatada de manera similar por la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA -CAR-, y por todos los Municipios de esa cuenca, como en efecto ha sucedido.
- d. **Debe constatararse si un tratamiento distinto entre iguales o un tratamiento igual entre desiguales es razonable; es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación.** En otras palabras, debe acudirse a un juicio integrado de igualdad que parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación y permite determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario.

Visto lo anterior, no existe justificación alguna para el trato desigual dado por la demandada respecto del Convenio Interadministrativo de Asociación No 1267 de 2015 de 2015 y los demás convenios celebrados en iguales condiciones, y ello comporta, además, una violación del principio de confianza legítima (Art. 83 C.P.)

4. DECISIÓN DEL AUTO RESPECTO DEL DENOMINADO CUARTO PROBLEMA JURÍDICO.

En el auto de febrero 18 de 2021, se identificó un “**cuarto problema jurídico**”, así:

El señor Néstor Guillermo Franco González manifiesta que se vulneró el debido proceso al aplicar indebidamente la normativa respecto al Convenio Interadministrativo de Asociación 1267 de 2015, toda vez que, este no se trata de un contrato de obra, razón por la cual, no se rige por los principios de la contratación previstos en la Ley 80 de 1993.

En relación con este *cuarto problema jurídico*, en la providencia recurrida analiza precedentes del Consejo de Estado, del que se destaca la sentencia de agosto 12 de 2019, de

la Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: Maria Adriana Marín. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01377-02(33555)

Señala el auto recurrido que

“De conformidad con lo transcrito, se observa que la conclusión a la que llegó la Procuraduría respecto al Convenio Interadministrativo de Asociación 1267 de 2015, está acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues, es claro que, en este se realizó un acuerdo de dos o más partes para constituir entre ellas una relación patrimonial, por ende, corresponde a cualquier otro contrato celebrado por una autoridad pública, de allí que sea válida la aplicación de los principios de la Ley 80 de 1993.

(...)

Del mismo modo, no se observa como la naturaleza dada por la autoridad disciplinaria en el acto administrativo acusado de nulidad, hubiera modificado la voluntad de las partes, ya que, los fallos disciplinarios únicamente sancionaron al señor Néstor Guillermo Franco González, sin que hubiera modificado el convenio interadministrativo. Adicionalmente, la voluntad de las partes no puede estar por encima de la ley² Por ello, cuando la Procuraduría General de la Nación considera que existe un comportamiento descrito como falta en la ley, está investida de las facultades para adelantar la investigación correspondiente.

En consecuencia, no prospera el argumento planteado por el demandante, para que proceda la medida cautelar”

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

- 1) En el auto de febrero 18 de 2021 se afirma que los convenios interadministrativos que involucran prestaciones patrimoniales, asumen idéntica naturaleza obligatoria y, en consecuencia, idénticos efectos vinculantes y judicialmente exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial”...”

En sentencia de agosto 12 de 2019, de la Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: Maria Adriana Marín. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01377-02(33555), se consignó:

“El negocio jurídico celebrado entre CAJANAL y COINCO, posteriormente cedido a CODETER, fue denominado por las partes como "Convenio Interadministrativo", sin embargo, en él se fijaron prestaciones patrimoniales, con lo cual el negocio jurídico

² Sentencia C-341 de 2003 que cita: “[...] Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. (...) Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana. [...]” Sentencia C-934 de 2013 que indica “[...] En suma, la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser objeto de limitación por causa del interés general y del respeto a los derechos fundamentales, por lo que “lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las necesidades básicas de la economía de mercado” [...]”

asumió idénticos efectos a cualquier otro contrato³ celebrado entre entidades estatales⁴, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993; caracterizado por su conmutatividad⁶, en el que una de las partes, CODETER, se obligó en favor de CAJANAL a entregar unos equipos médicos, a cambio de un precio previamente establecido entre ellas...”

El antecedente del convenio interadministrativo materia de la sentencia en cita, conforme se lee en el numeral 3 Hechos Probados es:

El objeto del presente Convenio Interadministrativo es la venta que “COINCO LTDA” hace a CAJANAL - EPS y la compra que ésta hace a aquel de los siguientes bienes, de acuerdo con las características básicas que se indican a continuación, para equipar y dotar la CLINICA SANTA ROSA en Santafé de Bogotá, CLINICA DE TUNJA en Boyacá y CENTRO MEDICO DE MEDELLÍN en Antioquia: (...)

Nótese que CAJANA EPS le compra a COINCO LTDA unos equipos médicos por un precio pactado entre ellas (cláusula tercera), es decir, es un contrato de compra venta, regulado en el art. 1849 del Código Civil, así: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”

La relación negocial entre ambas entidades es bilateral y conmutativa, es decir, que existe una entidad compradora y otra vendedora y el precio pagado se mira equivalente al bien recibido.

En esa misma sentencia, en aparte que se omite transcribir en el Auto de febrero 18 de 2021, se consignó:

³ El artículo 32 de la ley 80 de 1993, establece que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”. Tanto CAJANAL como CODETER, por su naturaleza jurídica, se encuentran comprendidos dentro de la definición de entidades estatales que trae el artículo 2 de la ley 80 de 1993. CAJANAL era un establecimiento público del orden nacional creado mediante la Ley 6ª de 1945, transformado por la ley 490 de 1998 en Empresa Industrial y Comercial del Estado; por su parte CODETER era una cooperativa conformada por entidades territoriales.

⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 2º.- De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos. Para los solos efectos de esta Ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

(...)

Parágrafo.- Para los solos efectos de esta Ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.

⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

⁶ Artículo 1498 del Código Civil: ARTICULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Por su parte, los convenios interadministrativos comparten estructura y elementos constitutivos comunes, sin embargo, su principal característica reside en el interés común o mutuo de las partes por satisfacer necesidades de interés general, a partir de la coordinación en el ejercicio de sus respectivas competencias⁷.

- 2) El Convenio interadministrativo de asociación No. 1267 de 2015 tiene el siguiente objeto *“Convenio interadministrativo de asociación entre la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR, el Municipio de CHÍA y la Empresa de Servicios Públicos de Chía - EMSERCHIA ESP, para realizar el proyecto de CONSTRUCCIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL MUNICIPIO DE CHIA, CUNDINAMARCA- PTAR CHIA II”* (Cláusula primera).
- 3) La finalidad del convenio es dar cumplimiento a la sentencia de marzo 28 de 2014, en la cual se ordenó a la CAR cofinanciar los proyectos de construcción de plantas de tratamientos de aguas residuales de los municipios.
- 4) La Corporación Autónoma de Cundinamarca no tiene la función de construir y operar plantas de tratamiento de aguas residuales, pero si tiene el deber, conforme al principio de colaboración armónica entre entidades públicas y a la orden judicial antes mencionada, de cofinanciar estos proyectos, es decir, aportar recursos financieros para que, los municipios directamente, o a través de sus Empresas Públicas de Servicios construyan y operen plantas de tratamiento de aguas residuales.
- 5) En las cláusulas segunda, tercera y cuarta del convenio 1267 de 2015 se establece que la CORPORACIÓN y el MUNICIPIO debe efectuar el aporte de los recursos establecidos en el Convenio, que el MUNICIPIO aporta los terrenos en los que se efectuará la obra de la PTAR II, EMSERCHIA se compromete a aportar los recursos establecidos en el Convenio y a adelantar los procesos de contratación de las obras y de la interventoría.
- 6) La CAR no contrató a EMSERCHIA para *“...la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago...”*, pues la PTAR CHIA II no es una obra de propiedad de la CAR, ni luego de construida queda bajo su custodia y administración.
- 7) Los recursos destinados a la ejecución del proyecto fueron aportados por la CAR, provenientes del Fondo para las Inversiones Ambientales en la cuenta del Río de Bogotá - FIAB, conforme a la orden de cofinanciación dada por la sentencia de marzo 28 de 2014, por EMSERCHIA y por el municipio de CHIA, quien aportó los terrenos donde se ubica la Planta de Tratamiento.
- 8) EMSERCHIA, ejecutor del proyecto, celebró el contrato de obra pública No. 2 de 2016 para la construcción de la obra PTAR CHIA II.
- 9) La planta de tratamiento de aguas residuales - PTAR CHIA II, una vez construida la obra, queda a cargo del municipio de Chia, sea directamente, o través de su Empresas Públicas de Servicios- EMSERCHIA, no es un bien que ingresa al

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de junio de 2019, radicado 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP). CP: Marta Nubia Velásquez Rico.

patrimonio de la CAR ni queda bajo su custodia y/o administración y/u operación.

- 10) En consecuencia, conforme a las mismas jurisprudencias citadas por el auto de febrero 18 de 2021, es evidente que la relación entre la CAR, el municipio de CHIA y EMSERCHIA no involucran *prestaciones patrimoniales, asumen idéntica naturaleza obligatoria y, en consecuencia, idénticos efectos vinculantes y judicialmente exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial”...*
- 11) Por el contrario, el convenio No. 1267 de 2015 se caracterizó por el “...*interés común o mutuo de las partes por satisfacer necesidades de interés general, a partir de la coordinación en el ejercicio de sus respectivas competencias...*”
- 12) Por lo anotado, no es cierto que estamos frente a un contrato de obra y es palmaria la equivocación del auto de febrero 18 de 2021 al avalar esta afirmación.
- 13) Ahora, es cierto, como lo señala el auto recurrido que la voluntad de las partes no prima sobre la ley, cosa que no ha ocurrido en este caso. Pero no es menos cierto que la voluntad de la Procuraduría General de la Nación tampoco prima sobre la ley y ella no tiene la competencia de modificar, caprichosamente, la naturaleza de un convenio interadministrativo, para hacerlo pasar por un contrato de obra y así justificar una supuesta violación al principio de planeación que es, a todas luces, inexistente.
- 14) No sobra reiterar que los estudios previos de un convenio de cofinanciación no tienen que incluir diseños de detalle de la obra pública que será cofinanciada; pero, en todo caso, tanto en estos documentos, como en el contrato, como se indicó en aparte previo de este documento, en la demanda, en la solicitud de medida cautelar y en el proceso disciplinario, se estableció que el ejecutor del proyecto EMSERCHIA tenía como parte de sus obligaciones revisar y ajustar los diseños de la PTAR CHIA II.
- 15) En este punto, vale la pena traer a colación el concepto C-702-2020 de diciembre 11 de 2020⁸ emitido por la Agencia Nacional de Compras-Colombia Compra Eficiente, ente rector del Sistema de Compra Pública de Colombia, en el que se explicó:

“(...) Dicho lo anterior, es posible concluir que es un deber jurídico de la entidad estatal adecuar los diseños y estudios, con el fin de procurar que la ejecución de la obra cumpla con las finalidades previstas. En este sentido, el alcance del objeto del contrato de obra permitiría que una de las obligaciones del contratista sea el ajuste, revisión y modificación de los estudios con que cuenta la entidad pública contratante. De hecho, esta situación se prevé en los documentos tipo para la licitación de obra pública de infraestructura de transporte⁹. Así lo

⁸ Puede ser consultado en el enlace <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#>

⁹ En efecto, en el Anexo Técnico 1 de la Resolución 240 de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020», dispone que dentro de los documentos que la entidad entrega para la ejecución del contrato se encuentran los estudios y diseños que ésta posea. En este sentido, en el literal b del numeral 6 se indica lo siguiente:

«El contratista deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a conocer, revisar y estudiar completamente los estudios y diseños que la entidad entregue para la ejecución de las obras objeto de este contrato. En consecuencia, finalizado el plazo previsto por la entidad para la revisión de estudios y diseños [cuando aplique], si el contratista no se pronuncia en sentido contrario, se entiende que ha aceptado los estudios y

Carrera 7 N° 113 - 43 ofc. 1204

(+571) 629 43 27 fax (+571) 629 45 87 ext. 110

info@ortizgutierrez.com.co / www.ortizgutierrez.com.co

Bogotá - Colombia

explica la doctrina sobre el tema:

A menos de que el contrato se ordene, el constructor no está obligado a revisar ni a completar los diseños constitutivos del proyecto, porque el diseño y la construcción son actividades especializadas. Pero en ocasiones el constructor es llamado a verificar y al complementar los diseños, e incluso adoptarlos como suyos. Entonces el dueño le traslada verdaderas obligaciones profesionales tocantes con la concepción misma del proyecto cuya ejecución le ha confiado [...]»¹⁰. (Énfasis fuera de texto)

*Incluso, en el marco de los contratos de obra también es posible elaborar los diseños, lo cual también puede incluirse dentro del alcance de las obligaciones. En efecto, el contrato «llave en mano» es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que el contratista se compromete a ejecutar la totalidad de prestaciones, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que al finalizar la labor, permita a la entidad contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega.
(...)*

No obstante, sin perjuicio de lo explicado en los párrafos anteriores, estas no son las únicas posibilidades con que cuentan las entidades públicas para actualizar, ajustar o revisar los estudios necesarios para los contratos de obra. En efecto, la entidad, en ejercicio de su discrecionalidad, podría optar por adelantar un concurso de méritos con el fin de celebrar un contrato de consultoría que, según la definición contenida en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tienen como objeto –entre otros– «[...] la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos».

En este sentido, la actualización y/o ajuste de los diseños se enmarca perfectamente dentro del alcance normativo del contrato de consultoría. Un consultor podría tener la obligación contractual de actualizar o ajustar diseños previamente elaborados, toda vez que se trata de una actividad necesaria para la ejecución de proyectos de inversión; o de estudios de diagnóstico, precisamente, de los diseños ya elaborados; o del análisis de prefactibilidad o de factibilidad de estudios previamente realizados, siempre con la finalidad de revisar la viabilidad del proyecto de obra¹¹...” (Negrilla fuera de texto)

diseños presentados por la entidad y asume toda la responsabilidad de los resultados para la implementación de los mismos y la ejecución de la obra contratada, con la debida calidad, garantizando la durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras.

»Cualquier modificación y/o adaptación y/o complementación que el contratista pretenda efectuar a los estudios y diseños deberán ser tramitadas por el contratista para su aprobación por la Interventoría, sin que ello se constituya en causa de demora en la ejecución del proyecto». Cfr. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-version-3>

¹⁰ VALLEJO, Felipe. Responsabilidad profesional en la construcción de obras. Revista Derecho Del Estado, n.º 20 (1), 97-120. <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derest/article/view/706>. pp. 106-107.

¹¹ Al respecto, la doctrina considera viable la celebración de un contrato de consultoría con un interventor de estudios y diseños. Concretamente, explica que: «En las obras mayores es frecuente que los diseños sean revisados y aprobados por profesionales independientes al diseñador original del proyecto. Esta es una práctica de buena ingeniería: el dueño o gestor del proyecto busca garantizar mejor la calidad de los diseños, lo que a su turno es fundamento de toda construcción estable y duradera.

»Estos profesionales reciben el nombre de interventores de estudios y diseños. Su trabajo consiste en revisar y aprobar el proyecto elaborado por el diseñador original. Se trata de verificar que los diseños encargados por el

- 16) En este orden de ideas, no es contrario al ordenamiento jurídico establecer como una obligación a cargo del contratista que seleccionara EMSERCHIA, ni a cargo de este, como ejecutor del proyecto, la obligaciones de ajuste, revisión y modificación de los estudios y diseños, al punto que tal posibilidad está prevista en los documentos contractuales tipo del sector transporte.
- 17) Finalmente, se pone de presente la decisión de archivo de mayo 22 de 2017 de la la Procuraduría Delegada para al Economía y la Hacienda Pública.

En esta decisión, al analizar los convenios interadministrativos suscritos con los municipios de: Guatavita, Cogua, Anapoima, Cota, San Antonio del Tequendama, El Rosal, Zipaquirá, Facatativá, Madrid, y Cajicá, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca-CAR para la cofinanciación de las obras de saneamiento de la cuenca del Río Bogotá (Plantas de Tratamiento de Aguas residuales, Sistemas de Bombeo, Interceptores, Colectores y Obras complementarias), en los que se incluyó la actualización de los estudios y diseños (los mismos del Convenio 1267 de 2015), al igual que en el caso que nos ocupa, la Procuraduría, señaló:

“(…) Es evidente, bajo los principios de economía del Estado, que lo anteriormente referido era apropiado por cuanto reflejaba el no desconocimiento de diseños anteriores y por lo contrario podía volverlos útiles, efectivos y eficaces, en pro del éxito constructivo y económico.

Por lo tanto, si no se consideran los diseños preexistentes no se podrían utilizar en el proyecto y los entes territoriales se verían obligados a acudir a contratar nuevamente consultorías, lo cual implica nuevos recursos del Estado y retroceso en los proyectos.

Observa el Despacho que la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca-CAR-, considera procedente y razonable que el contratista de obra adelante revisiones, observaciones y de ser necesario ajustes a los diseños, en un proceso sistemático que da confianza o seguridad en los resultados de cada etapa y en el logro del propósito fundamental. Se asegura una detallada revisión al proyecto antes de emprender la obra, dándole la oportunidad de ajustar diseños de componentes, para garantizar que en la obra se sigan de manera confiable los mismos y en la puesta en marcha se logren los resultados en cuanto a trazabilidad propuestos…”

5. DECISIÓN DEL AUTO RESPECTO DEL DENOMINADO QUINTO PROBLEMA JURÍDICO.

En el auto de febrero 18 de 2021, se identificó un “quinto problema jurídico”, así:

La parte demandante señala que se debe conceder la medida cautelar, pues el señor Franco González se encuentra en una edad en la cual ha obtenido reconocimiento y status laboral se impone entender que de mantenerse la sanción vigente mientras se resuelve la litis, conduce a un mayor daño al demandante, en tanto está ya en la línea final de su vida laboral activa.

dueño y entregados al constructor sean idóneos, completos y detallados y satisfagan los requerimientos de la obra que se va a construir» (Cfr. VALLEJO, Felipe. Responsabilidad profesional en la construcción de obras. Revista Derecho Del Estado, n.º 20 (1), 97- 120. <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derest/article/view/706>. p. 101

Carrera 7 N° 113 - 43 ofc. 1204

(+571) 629 43 27 fax (+571) 629 45 87 ext. 110

info@ortizgutierrez.com.co / www.ortizgutierrez.com.co

Bogotá - Colombia

Respecto de este quinto problema, el auto recurrido se concluye que los argumentos expuestos en la medida cautelar son insuficientes y no hay prueba del perjuicio causado.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

20

- 1) En la solicitud de medida cautelar se expicó que “...de mantenerse vigente la gravosa sanción disciplinaria que se le ha impuesto por virtud de los actos acusados, esto es destitución más DIEZ AÑOS de inhabilidad para ejercer cargos o funciones públicas, lo cual por la calidad del sujeto afectado, su status profesional, su edad (56) y demás factores que adelante expongo, se convierte prácticamente en una expulsión de la vida pública e incluso de la privada por siempre, con ocasión de la afectación reputacional y al buen nombre que se deriva de esa decisión, y pese a que existen pruebas suficientes que permiten sumariamente demostrar cuando menos provisionalmente que los cargos de esta demanda son verosímiles y con alta probabilidad de existir derecho y razón al aquí demandado sobre lo injusto de los actos demandados, con lo cual se configura de manera adecuada la materialización tanto el principio periculum in mora como el de fumus boni arriba señalados pues no resulta adecuado someter al demandante a soportar la carga de la sanción impuesto por los actos acusados, durante el tiempo ordinario en que incurra el juez contencioso, en decidir de fondo sobre el petitum de la demanda...”
- 2) La sanción disciplinaria de destitución por diez (10) años le impide a mi mandante ser nombrado en cargos públicos, incluso se aportó prueba de la renuncia a su aspiración para ser reelegido como Director de la CAR.
- 3) Es evidente que tener una sanción disciplinaria por diez (10) años afecta su buen nombre y reputación, lo que afecta sus posibilidades de ejercer su profesión y de obtener un empleo, incluso en el sector privado.
- 4) Dado el término que se tardan los procesos judiciales, hecho notorio y conocido por cualquier profesional del derecho, no conceder la medida cautelar, materializ tanto el principio periculum in mora como el de fumus boni arriba señalados pues, se reitera, no resulta adecuado someter al demandante a soportar la carga de la sanción impuesto por los actos acusados, durante el tiempo que dura un proceso ordinario, igual o casi igual de extenso al término de la inhabilidad impuesta por la sanción de destitución.
- 5) Visto lo anterior, esta sustentado y probado, sumariamente, el perjuicio causado a mi mandante por no conceder la medida cautelar.

6. OMISIONES EN LAS QUE INCURRE EL AUTO DE FEBRERO 18 DE 2021.

- 1) En la solicitud de medida cautelar se alegó la “VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR NO VALORACIÓN DE PRUEBA SOBREVINIENTE POR PARTE DE LA SALA DISCIPLINARIA”, aspecto que no fue analizado en el auto recurrido.

Al respecto, reitero lo manifestado en la solicitud de medida cautelar.

- 2) En la solicitud de medida cautelar se alegó la “VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD, FAVORABILIDAD Y PRO HOMINE”

Si bien en el auto se hace mención a la violación a los principios de imparcialidad, favorabilidad y pro homine, en el segundo problema jurídico planteado, no se efectuó un análisis de estos principios ni se pronunció, expresamente sobre su violación

Precisamente, es en este aparte en el que se incluye y analizan, entre otros, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- PIDCP, artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- CADH, artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales -PIDESC y art. 11 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, los que según el auto, no fueron objeto de argumentación en la medida cautelar.

Al respecto, reitero lo manifestado en la solicitud de medida cautelar, que no fue objeto de pronunciamiento expreso en el auto de febrero 18 de 2021.

7. CONCLUSIONES

Los argumentos expuestos en los motivos de inconformidad, respecto de cada uno de los problemas jurídicos expuestos en el auto de febrero 18 de 2021, son suficientes para concluir que existen elementos jurídicos y probatorios suficientes para conceder la medida de suspensión provisional del fallo de primera instancia de 6 de mayo de 2019 y del fallo de segunda instancia de 18 de diciembre de 2019, notificado personalmente el 9 de enero de 2020, proferidos por la Procuraduría Segunda Delegada en Contratación Estatal y la Sala Disciplinaria de la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**.

III. PETICION

Conforme a lo expuesto, solicito se revoque el auto de febrero 18 de 2021 y, en su lugar, se conceda la medida cautelar solicitada.

IV. ANEXOS

Se adjunta:

1. Concepto C-702-2020 de diciembre 11 de 2020 emitido por la Agencia Nacional de Compras-Colombia Compra (12 folios)
2. Decisión de mayo 22 de 2017 de la Procuraduría Delegada para al Economía y la Hacienda Pública. (75 folios)

Atentamente,



JULIO CÉSAR ORTIZ GUTIÉRREZ
C.C No. 13.833.214 de Bucaramanga
T.P. No. 37.489 del C.S de la J.