



87

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 05 DIC 2019

DEMANDANTE: WILMAR ANCISAR TRIANA GONZALEZ - JOSE ARMANDO QUIÑONES GARZON - CIRO ALEJANDRO RAMIREZ CORTES - RODRIGO ARTURO ROJAS LARA - GUSTAVO HERNAN PUENTES DIAZ - CESAR AUGUSTO PACHON ACHURY

DEMANDADO: MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA - EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIQUINQUIRA EMPOCHIQUINQUIRA ESP EICE - CONCEJO MUNICIPAL DE CHIQUINQUIRA - SANTIAGO RESTREPO ESTRADA

RADICACIÓN: 150013333014-2019-00194-00

MEDIO DE CONTROL: POPULAR

Ingresa el presente cuaderno con informe secretarial que antecede, donde se advierte que se corrió el traslado ordenado en auto anterior, conforme obra a folio 9, término durante el cual se pronunció el MINISTERIO PUBLICO, SANTIAGO RESTREPO ESTRADA, MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA y EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIQUINQUIRA EMPOCHIQUINQUIRA ESP.

Conforme a lo anterior procede el despacho a resolver la solicitud de medida cautelar obrante en el escrito de subsanación, consistente en:

1. *DECRETAR MEDIDA CAUTELAR CON EL PROPOSITO DE PROTEGER LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO SOBRE LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO DEL ORDEN MUNICIPAL - EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P EICE. Esta medida se solicita cuando se quiere prevenir un daño inminente o irremediable.*
2. *Ordenar la cesación inmediata de los efectos del contrato de prestación de servicios No. 042 de 2018 suscrito entre EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P EICE y SANTIAGO RESTREPO ESTRADA y su respectivo producto final; es decir todos aquellos actos que se deriven como consecuencia del mencionado contrato se solicitan sean suspendidos de manera inmediata. Esta medida se solicita cuando se quiere prevenir un daño Inminente o irremediable.*
3. *Ordenar al Municipio de Chiquinquirá (Boyacá), a la empresa EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P EICE y al Concejo Municipal de Chiquinquirá abstenerse de emplear o utilizar cualquier producto derivado del contrato de prestación de servicios No. 042 de 2018 para justificar y ejecutar cualquier proceso de privatización, enajenación, concesión o conformación sociedades de economía mixta que desee realizarse sobre la empresa EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P EICE. Esta medida se solicita cuando se quiere prevenir un daño inminente o irremediable.*
4. *Ordenar al Municipio de Chiquinquirá (Boyacá), a la empresa EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P EICE y al Concejo Municipal de Chiquinquirá abstenerse de realizar cualquier proceso de enajenación, privatización, concesión, conformación de sociedades de economía mixta y todos los relacionados, mediante la constitución de acuerdos municipales, acuerdos de junta directiva, contratos, etc, esto teniendo en cuenta las altas inversiones en recursos públicos que han sido destinados para la empresa EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P EICE en proyectos de optimización para la empresa, plantas de tratamiento de aguas residuales, contratos de obra, suministro de planta y equipo, preservación de la cuenca hidrica, fuente de abastecimiento y laguna de Fuquene, construcción de pozos profundos, plantas de tratamiento de agua potable, entre otros. Esta medida se solicita cuando se quiere prevenir un daño inminente o irremediable.*



5. Ordenar la cesación inmediata de los efectos del acto administrativo ACUERDO DE JUNTA DIRECTIVA No. 01 de 2016 por el cual se adopta el Estatuto de Contratación de EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P EICE; dado a que es un acto administrativo que vulnera derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, este acto administrativo desarrolla y sustenta la totalidad de los procesos de contratación de EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P.EICE, y aun sin ser objeto de aprobación de la Junta Directiva de la empresa, está siendo aplicado en la entidad desde hace 4 años y con él se ha ejecutado el presupuesto de los últimos cuatro años que supera los TREINTA MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000.000.00). se presume que este Estatuto de Contratación será empleado para realizar el proceso de enajenación, privatización, concesión, conformación de sociedades de economía mixta y todos los relacionados dado a que es el estatuto de contratación que actualmente funciona en la empresa, y aun sin ser aprobado por la Junta directiva de la empresa. Esta medida se solicita cuando se quiere prevenir un daño inminente o irremediable...”

I. ANTECEDENTES

• OBJETO DE LA DEMANDA

Los señores WILMAR ANCISAR TRIANA GONZALEZ - JOSE ARMANDO QUIÑONES GARZON - CIRO ALEJANDRO RAMIREZ CORTES - RODRIGO ARTURO ROJAS LARA - GUSTAVO HERNAN PUENTES DIAZ - CESAR AUGUSTO PACHON ACHURY, en ejercicio del medio de Control ACCION POPULAR, de que trata el artículo 144 del C.P.A.C.A, formulan demanda contra del MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA - EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIQUINQUIRA EMPOCHIQUINQUIRA ESP EICE - CONCEJO MUNICIPAL DE CHIQUINQUIRA - SANTIAGO RESTREPO ESTRADA, a efectos de demandar la protección de los derechos colectivos a la MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO, en razón a que EMPOCHIQUINQUIRA ESP EICE, por la ejecución del Acuerdo No. 01 de 2016 denominado estatuto de contratación, que según los accionantes no fue aprobado ni avalado por la Junta Directiva de la Empresa; circunstancia que genera un peligro y perjuicio inminente, actual y constante de cómo se están ejecutando los recursos públicos. Así mismo que en virtud de dicho estatuto EMPOCHIQUINQUIRA adjudicó erróneamente un contrato de prestación de servicios, cuya naturaleza y objeto según los accionantes merece un determinado modo de selección; transgrediendo los principios de la contratación pública a la libre concurrencia entre otros.

II. FUNDAMENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

La parte actora fundamenta la medida cautelar bajo el sustento de una posible amenaza o vulneración de derechos colectivos en los que pueden figurar como actores el Municipio de Chiquinquirá y EMPOCHIQUINQUIRA ESP EICE, el Concejo Municipal y el Contratista Santiago Restrepo Estrada, pues si no se ordena la cesación de los efectos de los actos administrativos y productos obtenidos de manera irregular la empresa EMPOQCHIQUINQUIRA, podría perder su naturaleza de pública y sufriría una serie de afectaciones de tipo patrimonial, ya que actualmente se están realizando altas inversiones de recursos públicos para su fortalecimiento como empresa pública 100% y oficial. Así mismo considera que es nugatorio decretar medidas cautelares sobre el contrato de prestación de servicio N°042 de 2018 y sus efectos, ya que el desconocimiento de realizar el estudio técnico de viabilidad para obtener el producto de consultoría sin aplicar el modo de selección correcto (concurso de méritos), ha vulnerado el principio de selección objetiva, libre concurrencia de oferentes, igualdad, publicidad, transparencia y objetividad, se presume que fue empleado este modo de selección de



contratación directa con el objeto de entregar la realización del contrato a cierto contratista y así “amarrar” los resultados del producto final de la consultoría, para justificar el proceso de enajenación o entrega en concesión de EMPOCHIQUINQUIRA.

Además de lo anterior, consideran que es gravísimo que no se surtan los procedimientos legales y estatutarios para la correcta aprobación e implementación dentro de la entidad pública con respecto al Acuerdo 01 de 2016, lo que a su vez genera la violación de los derechos que después de cuatro años de ser aprobado es la base para ejecutar y sustentar la totalidad de los procesos de contratación en la entidad, situación que es gravísima para los intereses de la empresa y de los usuarios, ya que los recursos públicos, los procesos de evaluación, adjudicación, etc, pueden verse totalmente viciados y tendría consecuencias nefastas para los intereses colectivos y generales en razón de su objeto social.

III. OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR

- MINISTERIO PUBLICO (fls. 10-38):

La Procuradora 68 Judicial I para Asuntos Administrativos de Tunja, presenta su concepto bajo los siguientes argumentos:

Efectúa un resumen del caso, resalta los requisitos para el decreto de medidas cautelares conforme al art 231 del CPACA, y al respecto señaló:

1. Del **fomus boni iuris** o **apariciencia de buen derecho** que aparece desarrollado en los numerales 1 y 2 del artículo 231 del CPACA, indica que implica la existencia de un “*examen anticipado, provisional y sumario, de las perspectivas de éxito de la demanda, es decir de un examen liminar que no constituye prejuzgamiento*”¹. Se trata de que el derecho que se pretenda tutelar, aparezca como probable y verosímil. La apariencia de buen derecho no deviene de un criterio subjetivo del operador jurídico, sino que debe estar sustentada en parámetros objetivos, más si se tiene en cuenta las particularidades del proceso administrativo.

Así en el caso bajo estudio, respecto de la solicitud de cesación o suspensión de los efectos del “estatuto de contratación” adoptado por Empochiquinquirá EICE ESP, a través de Acuerdo 01 de 2016 y como consecuencia de ello, la suspensión de los efectos del Contrato de Prestación de Servicios No. 042 de 2018 suscrito por la empresa de servicios accionada y el señor Santiago Restrepo Estrada, y en últimas impedir que el Municipio de Chiquinquirá, la empresa a través de su representante y Junta Directiva, así como el Concejo Municipal, aprueben, adopten, suscriban cualquier acto, contrato o iniciativa tendiente a modificar el status jurídico de Empochiquinquirá, aduciendo que avisoran la implementación de un proceso de privatización que en su criterio pone en riesgo la inversión de recursos públicos, la prestación de los servicios ofertados por la empresa y el patrimonio de la empresa.

Frente a lo primero, es decir la **suspensión de los efectos del Acuerdo 01 de 2016 - Estatuto de Contratación de Empochiquinquirá**, realiza una relación de pruebas aportadas al proceso, Acuerdo No. 019 de 30 de noviembre de 1997 adoptado por el Concejo Municipal de Chiquinquirá, en el que se transforma en *Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal*,

¹ FAJARDO GÓMEZ, *Ibidem*. p. 334.



denominada *Empochiquinquirá ESP*, **Acuerdo 001 de 2016** por el cual se adopta el “estatuto de Contratación de Empochiquinquirá”, Actas de Junta Directiva de la empresa, correspondientes a la vigencia 2016 de Empochiquinquirá.

Al respecto luego de un estudio minucioso de las pruebas concluye que frente a la petición de suspensión de los efectos del Acuerdo 01 de 2016, que corresponden al Estatuto de Contratación de Empochiquinquirá, debe indicarse que por ahora, no obran en el proceso medios de convicción que evidencien que su iniciativa, discusión y aprobación se hizo desconociendo las normas contenidas en el Acuerdo 019 de 1997 y sus modificatorios Acuerdo 045 de 1998 y Acuerdo 002 de 2004 de Junta Directiva y Decreto 031 de 3 de marzo de 2004 expedido por el Alcalde de Chiquinquirá conforme a las facultades otorgadas en el artículo 3 del Acuerdo 002 de 2004, pues la sola afirmación de la falta de competencia de quienes suscribieron el Acuerdo 01 de 2016 para predicar vicios de legalidad, sin soporte probatorio, por sí sola no tiene la virtud de avalar la medida de suspensión de los efectos en sede de medida cautelar, pues por ahora, el requisito de apariencia de buen derecho de la petición no estaría acreditado, aspecto que debe ser verificado durante el debate del proceso en el que se requieran las grabaciones de las sesiones de junta, de existir, así como los antecedentes de las actas, la verificación de existencia de registros de asistencia de cada sesión, el reglamento de funcionamiento de la Junta Directiva e incluso el testimonio de sus integrantes para la vigencia 2016, especialmente de Ivan Mauricio Forero Garcia - Vocal de Control de Servicios Públicos, **medios de prueba que desde ahora solicita se decreten en la etapa pertinente.**

En segundo lugar, la medida cautelar se encamina a la **suspensión de los efectos y producto entregado en virtud de Contrato de Prestación de Servicios No. 042 de 30 de noviembre de 2018**, al verificar el objeto del contrato 042/2018, y del **contrato antecedente - Consultoría No. 002 de fecha 28 de febrero de 2014**, sus adiciones y demás documentos, extrajo las siguientes recomendaciones del producto **entregado en el Contrato de Consultoría**, con oficio de 25 de febrero de 2014 suscrito por Santiago Restrepo Estrada y dirigido al Interventor Mauricio Suárez Hernández (fs. 179-450):

- **Esquema de Fortalecimiento a través de un Gobierno Corporativo** fijando estándares de mejores prácticas y compromisos cuya gestión sea pública, medible, que incorpore el modelo de responsabilidad social empresarial y cuya Junta Directiva sea conformada por miembros independientes. (fs. 306-307)
- **Esquema de Concesión**, el cual debe ser autorizado por el Concejo Municipal a través de Acuerdo y la vinculación de un operador especializado mediante convocatoria pública, aplicando la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico; lo que implica una reestructuración de la empresa de prestadora a supervisora, indicando como alternativas del esquema las siguientes (fs. 308-312):
 - **Concesión - Liquidación de Empochiquinquirá:** Concesión del Municipio a un concesionario seleccionado por concurso y liquidación de la empresa autorizada por el Concejo Municipal.
 - **Concesión a través de Empochiquinquirá**, que también implica autorización del Concejo Municipal y la suscripción de contrato por la empresa que se convertiría en supervisora, con el concesionario seleccionado mediante concurso público.

En todo caso resalta la necesidad de brindar apoyo al Municipio de Chiquinquirá, adoptando un modelo de funcionamiento y planificación para la empresa.

- Concluye el consultor que las alternativas sean evaluadas, y que “el método y el nivel de asistencia técnica al municipio de Chiquinquirá y su personal participe en el proceso desde la elaboración de los pliegos de condiciones de la licitación de la concesión.” (fl. 312)

Este contrato de consultoría fue objeto de auditoría por la Gerencia Departamental Boyacá de la Contraloría General de la República, atendiendo denuncia formulada por Sintraemsdes, bajo el No. 2014-74660-82111-D, realizando hallazgo con presunta incidencia disciplinaria y penal, aspectos que en su momento fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía, Procuraduría y Alcalde de Chiquinquirá (fs. 463-492).

También señalo que con oficio de 3 de febrero de 2019 el contratista hace entrega al Gerente de Empochiquinquirá del **producto del Contrato 042 de 2018**, denominándolo “consultoría para actualizar estudios que permitan una estrategia empresarial para una mejor gestión de Empochiquinquirá ESP” (fl. 142). El documento en su versión No. 1 de diciembre de 2018 cita en su objeto “*actualizar las principales variables que permitan medir la evolución de la gestión empresarial entre la fecha en que fue realizada la consultoría 002 de 2014 y la actualidad a fin de validar, rechazar, ajustar y/o complementar la recomendación para adoptar un mejor modelo de gestión empresarial en consonancia con los compromisos adquiridos con la Gobernación de Boyacá, la Superintendencia de Servicios Públicos y el Viceministerio de Agua*”, (fs. 143-178).

En el documento, el contratista admite que se trata de una “consultoría” que “*pretende observar la evaluación del diagnóstico que en su momento se llevó a cabo en el estudio (...) que se adelantó en el año 2013-2014, para reconocer su evolución y revisar las propuestas presentadas allí para mejorar la prestación de los servicios.*”

El documento hace un recorrido o evolución financiera, administrativa, comercial, comercial y tarifaria, técnico operativa, acciones de reposición y expansión de infraestructura, que en buena parte corresponde a un resumen del producto entregado en la consultoría, actualizado con cifras a octubre de 2018 en cuanto a régimen tarifario e información financiera a 2017, concluyendo que el modelo de gestión de los últimos cuatro años fue regresivo, por lo que sugiere como necesario cambiar el modelo de gestión. Agrega que si se opta por un modelo de gestión de entrega de la gestión de los servicios a un tercero se requiere de un acuerdo municipal, pero que si se opta por un aliado o socio para la empresa los estatutos permiten hacer esa contratación con la sola autorización de la Junta Directiva y que el papel de la empresa sería hacer la vigilancia o interventoría al desempeño o trabajo del operador.

En la conclusión final refiere que: “*las metas y su cuantificación precisa, así como la definición de montos mínimos de inversión debe obedecer a la sensibilización de un modelo técnico económico similar al que este consultor presentó en los estudios del año 2013-2014 pero ello debe ser (sic) repensarse ante las nuevas realidades de los sistemas y la importancia de que la operación se comparta con Empochiquinquirá ESP, todo lo cual demanda un estudio de detalle a través de una consultoría especializada, trabajo que fue elaborado en el año 2014 a través de la consultoría que adelantó este consulto pero que demandaría su actualización*”.



De lo anterior, la procuradora concluye: que bajo el principio de la moralidad administrativa, que no es ajeno a las empresas de servicios públicos sino que es uno de sus pilares, el cual fue incorporado por Empochiquinquirá en su Estatuto de Contratación - Acuerdo 01 de 2016, debe decirse que prima facie, el contrato suscrito por la empresa con el señor Santiago Restrepo Estrada no cumplió su propósito y además fue suscrito con desconocimiento de las reglas de contratación que rigen la empresa, pues indica que los arts 14, 15, 18 del Acuerdo 01 de 2016 - Estatuto de Contratación. Así mismo señaló que al revisar el contenido del contrato de prestación de servicios 042 de 2018, junto con el producto entregado es fácil advertir que se trató de una “consultoría” bajo el ropaje de prestación de un servicio profesional, pues Empochiquinquirá contrata en forma directa a la misma persona con la que en 2013 suscribe Contrato 02, para adicionar su primer producto, tanto así que el propio contratista en el oficio de entrega del informe o “actualización” y en el documento final hace alusión a que su labor en realidad es una consultoría, entendida como tal el *“estudio necesario para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión”*; definición que Empochiquinquirá toma en forma casi literal de la Ley 80 de 1993 y traslada al Acuerdo 01 de 2016.

Entonces, para la Procuraduría, el medio de selección escogido por la empresa a través de su Gerente, desconoce el principio de la libre concurrencia y publicidad que rige el concurso de méritos, modo de selección que debió aplicarse, el cual habría permitido contar con una pluralidad de oferentes que pudieran “actualizar” el estudio de modernización de la empresa, pues no existe un criterio objetivo y razonable que por ahora sustente la necesidad de la empresa para contratar en forma directa a la misma persona con la que en el 2013 se suscribió la consultoría, trasgrediendo su propio Estatuto de Contratación. Lo cual se agrava con la conclusión a la que llega el contratista, donde acepta que es necesario *“un estudio de detalle a través de una consultoría especializada, trabajo que fue elaborado en el año 2014 a través de la consultoría que adelanto este consulto pero que demandaría su actualización”*, esto permite inferir que los \$38´610.000 pactados y pagados como precio, se entregaron como contraprestación de un trabajo “preliminar”, no concluyente, ni certero, que pretendió analizar la “evolución de la empresa” en los últimos cuatro años, admitiendo que en realidad se requiere un nuevo estudio a través de una “consultoría”.

En su criterio las afirmaciones contenidas en el libelo introductorio a la luz de la documental que lo acompañan, permiten señalar que con la suscripción y ejecución del Contrato de Prestación de Servicios 42, suscrito el 30 de noviembre de 2018 por el Gerente de la Empresa Luis Eduardo Cortés Pirazán, con el señor Santiago Restrepo Estrada, revisado por Liliana del Pilar López Santa como Asesora Jurídica y proyectado por Pablo Mauricio Zambrano Román como Jefe de División Administrativa de la empresa, existe una seria evidencia para considerar que se vulneraron los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público por el pago de un producto generado como consecuencia de un contrato que desconoció el estatuto de contratación de la empresa y por el que se pagó un precio por un documento “preliminar”, y adicionalmente existe un alto riesgo para el patrimonio público de la empresa en el evento que el Gerente y la Junta Directiva de la empresa decidan acoger las recomendaciones con sustento en dicho producto, pues cualquier decisión puede incidir en la existencia o transformación de la empresa, junto con los efectos económicos y en la prestación de los servicios que ello convellaría, por lo que la apariencia de buen derecho del medio de control incoado no deviene del criterio subjetivo de los accionantes, o de quien interviene, sino que por ahora aparece sustentada en forma objetiva.



2. **Sobre el *Periculum in mora***, indicó que puede presentarse en dos situaciones: *i.*) La existencia del riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, y, *ii.*) El temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso (Corte Constitucional. Sentencia SU-913 de 2009). La urgencia de la medida aparece reseñada en el numeral 4 del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, mediante dos conceptos que son requisitos para su procedencia: La existencia de “perjuicio irremediable” en caso de no otorgarse la medida, o en su defecto, la presencia de “serios motivos” que determinen que de no otorgar la medida, los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Luego de describir en que consiste el perjuicio irremediable, ya en el caso concreto resaltó que en la solicitud de la medida, los actores ofrecen argumentos que indican el porqué la inminencia (que está por suceder) de la medida solicitada y del perjuicio que se ocasionaría si no se concediese y que se relacionan con el alto riesgo de la implementación de la recomendación del documento “preliminar” producto del Contrato 042 de 2018, respecto del cambio de naturaleza o modificación de Empochiquinquirá para entrega la gestión de los servicios públicos que presta a un tercero denominado “operador especializado”, “aliado” o “socio”, con la potencialidad de reducir el papel de la empresa a un simple interventor o vigilante del operador; actividades que según el modelo que se adopte, implican la adopción de decisiones por la Junta Directiva de la empresa y su Gerente que conforme a las competencias asignadas en el Acuerdo 01 de 1997, puede presentar la iniciativa al órgano colegiado para que aprueba las modificaciones recomendadas tanto en la consultoría 02 de 2013, con en el documento resumen de 2018, que como se admitió por el “consultor”, es preliminar pues requiere de una “actualización”, riesgo que se estima latente.

Adicionalmente, ante el cambio de administración en el Municipio de Chiquinquirá, cobra relevancia la alerta de los actores, en el entendido que los miembros de la Junta Directiva, son a la vez servidores públicos de la entidad territorial que posee la mayor participación accionaria, a saber, Secretario de Planeación y Secretario Jurídico, circunstancia que impone la adopción de la medida suspensiva a fin de impedir que se tome cualquier decisión por el órgano corporativo, sin que exista una decisión de fondo en el proceso que nos ocupa, pues eventualmente los efectos de la decisión serían nugatorios y retrotraer decisiones que impliquen el cambio de naturaleza de la entidad e incluso la disposición de su patrimonio, bienes, activos, o su participación en los contratos que en la actualidad se encuentra ejecutando podría generar múltiples traumatismos e incidir en la prestación de los servicios que hoy se ofertan a la comunidad.

Para la Procuradora, también sustenta la necesidad de suspender la aplicación del producto del Contrato 042 de 2018, que en que ante el Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 6, se tramita el medio de control de protección de derechos colectivos No. 15001233300020160062400 instaurado por Jorge Enrique Lancheros Delgadillo contra el Municipio de Chiquinquirá, la CAR y Empochiquinquirá, en el cual, con fallo de primera instancia de 18 de julio de 2019, con el propósito de lograr la recuperación de la Laguna de Fuquene y del río Suárez, así como garantizar la prestación del servicio de agua para los habitantes de Chiquinquirá en condiciones de cantidad, continuidad y potabilidad, entre otras ordenes, señala que en pro de garantizar la prestación eficiente del servicio de agua potable en forma continua a los habitantes de Chiquinquirá, se ordena al Municipio en cabeza de su Alcalde con la colaboración directa de la Empresa y apoyo técnico de la CAR, efectuar estudios para determinar si el servicio público referido debe separarse de aquellos que hoy tiene a cargo Empochiquinquirá, decisión que si bien fue apelada, también tiene la potencialidad de incidir en cualquier modificación de la estructura y naturaleza de la empresa industrial y comercial existente.



Adicional a lo anterior, cualquier decisión que se adopte por la empresa a través de su representante legal y junta directiva, debe observar los compromisos adquiridos en el marco del “programa de gestión” suscrito el 27 de septiembre de 2017 por la Gerente de Empochiquinquirá con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - Superservicios. Dicho programa se suscribe en aquellos eventos en que los prestadores amenazan en forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, que para el caso concreto implicó la realización de inspección a la empresa por la Superintendencia los días 14 a 16 de diciembre de 2016, 3 de abril, 25 y 26 de mayo de 2017, en el que se evidenciaron dificultades en el aspecto comercial, técnico, administrativo y financiero, que de continuar ponen en riesgo la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en el municipio, y el servicio de aseo en el componente de disposición final. Por lo anterior en el documento (que se anexa) se fijan tres objetivos y la necesidad de establecer un plan de acción, plazos y responsables, cuya ejecución también afecta cualquier modificación a la estructura de la empresa.

Sobre este punto concluye que, la necesidad de proteger el patrimonio público, aunado a la existencia de otra acción popular cuyas órdenes pueden incidir en los servicios que hoy tiene a cargo la empresa, aunado a los compromisos que la propia empresa suscribió con la Superservicios, refuerza la necesidad de decretar la medida cautelar de suspensión de la aplicación del producto del Contrato 042 de 2018 como medida preventiva para evitar que la decisión de fondo del proceso que nos ocupa sea nugatoria y adicionalmente, que cualquier medida que pueda tomar el Gerente, la Junta Directiva de Empochiquinquirá e incluso el Concejo Municipal de Chiquinquirá sea irreversible.

3. **Sobre la Proporcionalidad en estricto sentido**, que consiste en establecer si el sacrificio del derecho implicado no resulta excesivo frente a la realización de los logros o beneficios obtenidos. Señalo que la adopción de la suspensión de la aplicación del producto entregado en virtud del Contrato 042 de 2018, se considera adecuada y en principio, mientras se define el asunto a través de sentencia de fondo, resulta necesaria, pues impide la utilización de un documento que en su contenido admite ser preliminar y no concluyente, con la potencialidad de modificar la naturaleza jurídica de la empresa de servicios públicos y eventualmente poner en riesgo la prestación de los servicios que hoy oferta Empochiquinquirá, con el agravante de la existencia de otra acción popular en la que por lo menos en primera instancia se ordena analizar si los servicios de acueducto y alcantarillado deben continuar a su cargo, así como el cumplimiento de los compromisos suscritos por la empresa con la Superservicios en el marco del acuerdo de gestión, por lo que la inaplicación del producto resulta menor frente a las consecuencias que se generaría de permitir su implementación por la actual administración de la empresa de servicios públicos.

Finalmente considera el Ministerio Público que, la medida cautelar debe decretarse en forma parcial, pues no se estructuran los requisitos necesarios para disponer la suspensión del Acuerdo 01 de 2016 - Estatuto de Contratación de Empochiquinquirá; sin embargo, respecto de la utilización del documento “preliminar” producto del Contrato 042 de 2018, existen serias evidencia de la vulneración de los derechos a la moralidad administrativa y patrimonio público en la suscripción y ejecución del citado contrato bajo una modalidad que trasgredió el Estatuto de Contratación de la empresa, pues su objeto era propio de una “consultoría”, para lo cual debió acudirse al procedimiento del concurso de méritos en los términos del Acuerdo 01 de 2016, aunado a que el “estudio” de actualización, admite que se requiere de una nueva consultoría para actualizar la entregada como producto del Contrato 002 de 2013.



Por lo anterior, se debe impedir por ahora la utilización o implementación del documento “preliminar” entregado en 2018 para soportar el cambio de naturaleza o modificación de Empochiquinquirá a fin de entregar la gestión de los servicios públicos que presta a un tercero denominado “operador especializado”, “aliado” o “socio”, con la potencialidad de reducir el papel de la empresa a un simple interventor o vigilante del operado, existiendo serios indicios que una medida de tal magnitud tiene la potencialidad de generar graves consecuencias para los derechos colectivos que se pretenden proteger, especialmente, para garantizar la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo a los habitantes del Municipio de Chiquinquirá, circunstancias por la que solicito al señor Juez decretar la medida cautelar de suspensión de la aplicación o utilización del producto o estudio entregado por el señor Santiago Restrepo Estrada derivado del Contrato de Prestación de Servicios No. 42 de 2018 hasta que se emita un pronunciamiento de fondo.

- **SANTIAGO RESTREPO ESTRADA** (fls 40-54)

Vía correo electrónico, se pronunció respecto al decreto de la medida cautelar solicitada por los actores populares, y al respecto manifestó:

COSA JUZGADA: considera que con la medida cautelar se atacan dos situaciones diferentes: *i) Cuestionan la legalidad del Acuerdo 01 de 2016 y ii) estiman que se vulnera la moralidad administrativa con la suscripción del contrato N° 042 de 2018*, a través de la modalidad de selección debió ser la del concurso de méritos y no la de prestación de servicios, y en consecuencia estima que la actual administración decida poner en práctica un nuevo modelo de gestión de EMPOCHIQUINQUIRA, en los pocos meses que le quedan de gobierno, pone en riesgo el patrimonio público.

Señala que las dos situaciones carecen de sustento, advierte que en pasada acción popular N° 15001333300120150004901, el Tribunal Administrativo de Boyacá, cuya parte actora fue Alejandro Ochoa González y parte pasiva: Municipio de Chiquinquirá, Empochiquinquirá y Santiago Restrepo, se decidió sobre la medida cautelar que se solicitó “*abstenerse de adelantar cualquiera de las posibilidades contempladas dentro del estudio fruto del contrato de consultoría N° 002 de 2013 y suspender de forma provisional los efectos del mismo y de los documentos que tengan origen...*”, en esa oportunidad al igual que en el presente caso también consistía en la defensa del patrimonio público y en que al no detener las acciones que se pueden adelantar para la modernización de la empresa, los efectos del fallo serían irreversibles, es decir para evitar que la administración llevara a cabo lo recomendado en el estudio de consultoría. En esa oportunidad el tribunal concluyó que la modalidad de selección de contratación pública no afectó el contenido de los estudios ni las recomendaciones de modernización, por tanto al tratarse de la misma pretensión en este proceso, señala que corre la suerte de la acción popular N° 2015-0049, es decir decidirse negativamente.

Considera que para el decreto de la medida conforme al art 231 del CPACA, tendría que enfocarse en la apariencia del buen derecho, prevalencia del interés público y perjuicios por la mora y demás exigencias legales, señala que en el caso no se realizó un análisis al respecto, pues se limita a señalar que la modalidad de contratación no era la adecuada, lo que considera peligroso y atentatorio de los derechos colectivos.



Señala que en los estudios de los contratos 002 de 2013 y 042 de 2018, se acepta que la forma como actualmente Empochiquinquirá presta sus servicios públicos de acueducto y alcantarillado, no se compadecen con los estándares de calidad, continuidad y eficiencia.

Argumenta que resulta más gravoso suspender los efectos del producto final arrojado en el contrato de prestación de servicios 042 de 2018, que permitir su ejecución; así mismo que el estudio técnico realizado no fue controvertido y no puede objetarse con la simple afirmación de los actores y la actividad precontractual esta en cabeza de la administración y no de los contratistas. Anexa copia de la providencia del Tribunal en la acción popular.

- **MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA (fls. 56- 65)**

La entidad territorial se pronuncia a través de su apoderado, oponiéndose al decreto de la medida. Argumenta que en el escrito de solicitud se limitan a enunciar, en su juicio una presunta vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, sin ninguna prueba que la sustente, sino con apreciaciones subjetivas. También señala que en el escrito de las medidas cautelares no se expone la concurrencia de los elementos para que se predique la existencia de un perjuicio irremediable, de no suspenderse los efectos del Acuerdo N° 01 de 2016 y del contrato de prestación de servicios 042 de 2018, ni mucho menos arroja certeza de la amenaza que recae sobre los bienes jurídicos invocados.

Aduce que se omitió el requisito de procedibilidad previsto en el art 144 del CPACA, y que se desconocen las razones por las cuales el despacho admitió la demanda sin tener en consideración lo allí previsto, cuando no es demostrable que haya amenaza al derecho colectivo.

Señala los requisitos del art 231 de la ley 1437 de 2011, para indicar que no se cumplen ninguno de ellos, resalta que son apreciaciones subjetivas de la parte actora, sin sustento jurídico o factico que la soporte.

Aduce que el propósito que ha tenido la empresa EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P es tomar decisiones de tipo contractual y administrativo que logren hacer más eficiente la prestación de los servicios públicos en el Municipio de Chiquinquirá, y es lo que se persigue con el contrato de prestación de servicios No. 042 de 2018 suscrito entre la empresa y Santiago Restrepo; esto con el propósito de dar cumplimiento a los fines estatales del artículo 2 de la Constitución Política de Colombia.

En cuanto al acuerdo de junta directiva 01 de 2016, mediante el cual se aprueba y pone en funcionamiento el estatuto de contratación de la entidad, es una responsabilidad que sobrepasa las competencias del gerente y representante legal de EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P, son competencias exclusivas del mayor organismo directivo de esta empresa, se parte del principio de la buena fe en que todos los actos y acuerdos propuestos y aprobados en las sesiones de ese organismo, suplieron y agotaron todos los procesos de aprobación según lo consagra el acuerdo 019 de 1997 del concejo municipal de Chiquinquirá.

Señala que los actores fundamentan su demanda y su solicitud de medida cautelar por estimar vulnerado el derecho colectivo de la moralidad administrativa, ya que en su sentido, hubo falencias en la celebración del contrato de prestación de servicios No. 042 de 2018, mismo que nace del estatuto de contratación de la entidad acuerdo No. 01 de 2016 de la junta directiva, al respecto, se aclara que la moralidad administrativa como derecho colectivo, en el entender del Consejo de Estado, es



necesario que se pruebe la afectación de bienes jurídicos, por lo que considera que no han vulnerado ningún derecho colectivo ni prevé la existencia de alguna situación irregular para la intervención del juez de la acción popular

Por el contrario, el proceso contractual se rige por lo dispuesto en los artículos 30, 31, 32, y 39 de la Ley 142 de 1994, el artículo 3 de la ley 689 de 2001 y la Resolución CRA No. 151 de 23 de enero de 2001. Y mal hacen los demandantes al contrastar inexactamente la presunta vulneración al derecho colectivo de moralidad administrativa, con el régimen de contratación estatal consagrado en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, desconociendo el régimen de contratación privada que ostentan las empresas prestadoras de servicios públicos por disposición legal. Por lo tanto, queda así demostrado que no hubo acción u omisión tendiente a vulnerar el derecho colectivo de la moralidad administrativa.

En el mismo sentido, el derecho de defensa del patrimonio público, "*como derecho colectivo implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial*". No obra prueba en la demanda de las razones fácticas o de derecho que permitan obtener certeza de la vulneración a este derecho colectivo.

En el escrito de medidas cautelares, NO refleja razonabilidad con respecto a los derechos colectivos presuntamente vulnerados, de la libre competencia económica, y derechos de los consumidores y usuarios. La falta de razonabilidad se evidencia en la ausencia de relación que tienen los hechos que fundamentan la demanda y los derechos que los accionantes estiman vulnerados, pues se observa que no obra prueba de que manera causa un perjuicio o pone en riesgo los bienes jurídicos conjurados con ocasión de la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 042 de 2018 y del estatuto de contratación de la empresa EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P que es el acuerdo de junta directiva 01 de 2016.

Con relación a segundo requisito concerniente a demostrar la titularidad de los derechos presuntamente vulnerados, se evidencia que varios de los accionantes entre ellos CIRO ALEJANDRO RAMIREZ CORTES - RODRIGO ARTURO ROJAS LARA - GUSTAVO HERNAN PUNTES DIAZ - CESAR AUGUSTO PACHON ACHURY no demuestran la titularidad de los derechos invocados ya que relacionan como lugar de residencia la ciudad de Bogotá en el Congreso de la Republica.

El tercer requisito concerniente a la presentación de documentos, informaciones, argumentos y justificaciones por parte del demandante que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de interés, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, señala que los documentos aportados como pruebas no constituyen soporte para deducir la presunta vulneración de derechos colectivos, dejando sin fundamento las aseveraciones hechas por los accionantes, luego, resulta común a lo largo del escrito de demanda encontrar que se procura "evitar un daño mayor", pero lo cierto es que en esquema de procedencia de medidas cautelares no basta con mencionar la posible contingencia de un daño, sino que además debe **probarse** la inminencia del daño y demás requisitos que deben concurrir para predicar la existencia del mismo.

Como cuarto requisito, el legislador prevé que adicionalmente deberá cumplirse con uno de los siguientes requisitos:

- 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 serian nugatorios.*



A la luz de la definición de lo que jurisprudencialmente se ha categorizado como perjuicio irremediable se tiene que la solicitud de la medida cautelar presentada a su despacho por los accionantes dentro del proceso de la referencia, concerniente a la cesación inmediata de los efectos del contrato de prestación de servicios No. 042 de 2018 suscrito entre EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P y SANTIAGO RESTREPO ESTRADA, igualmente como ordenar al municipio de Chiquinquirá, EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P y al Concejo Municipal abstenerse de emplear o utilizar cualquier producto derivado del contrato de prestación de servicios No. 042 de 2018, así como abstenerse de realizar cualquier proceso de enajenación, privatización, concesión, conformación de sociedades de económica mixta y todos lo relacionados mediante la constitución de acuerdos municipales, y finalmente la cesación de los efectos del ACUERDO DE JUNTA DIRECTIVA No. 01 DE 2016; adolece de elementos de juicio que representen la intensidad de un daño contingente, la gravedad y la necesidad de tomar medidas urgentes y previas, los posibles efectos antijurídicos derivados de la ejecución de los actos administrativo y contrato en mención y la amenaza de bienes jurídicamente protegidos o la lesión de intereses legítimos.

Solicita se niegue la solicitud total de medidas cautelares requerida por los accionantes y las pretensiones de la acción popular.

Finalmente, es importante se tenga en cuenta por el Despacho que los Actos Administrativos emitidos por EMPOCHIQUINQUIRA E.P.S., a través de la Junta Directiva de dicha Empresa, respecto de los cuales se pide la "Suspensión", a través de la medida cautelar, gozan de la presunción de legalidad, y la acción idónea para discutir su legalidad es por medio de la Acción de Simple Nulidad, o de Acción de Lesividad por la misma Administración, en cualquier tiempo, y nótese que ha transcurrido bastante tiempo desde que fueron expedidos y aún a la fecha NO han sido demandados, por lo tanto se encuentran ajustados a derecho por ser proporcionales a los fundamentos que les sirvieron de causa.

Adicionalmente, indica que los contratos sobre los cuales se pide como medida cautelar su suspensión, se encuentran terminados, es decir se ejecutó en forma total su objeto, por lo que resultaría innecesaria la aplicación de una medida cuando su objeto se encuentra agotado, terminado y con recibo a satisfacción del objeto contratado.

Así las cosas, las medidas cautelares solicitadas son absolutamente improcedentes, impertinentes e inconducentes, por tanto solicita se NIEGUEN LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS.

- **EMPOCHIQUINQUIRA (fls. 66-70 y 72-79)**

A través del Gerente la entidad se pronuncia sobre la medida cautelar en los mismo términos de la contestación del MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA, respecto de los supuestos fáctico del escrito de la solicitud de medida cautelar no tienen sustento probatorio pues son apreciaciones subjetivas. Reitera que no se configuró el perjuicio irremediable, también expone que el despacho judicial accede y admite la acción popular sin el agotamiento del requisito de procedibilidad del artículo 144 del CPACA, se desconocen las razones con las que el operador judicial admite una acción popular que no ha agotado una etapa obligatoria para dar inicio al proceso, también surge la duda de las consideraciones legales que el despacho pretende aplicar al caso para omitir este trámite con anterioridad a la interposición de la acción popular, aun cuando no es demostrable que haya amenaza a algún derecho colectivo. Añade que el despacho admite una acción popular sobrepasando sus competencias constitucionales y legales y aun así insiste en darle trámite y correr traslado de solicitud de medida cautelar; situación que alude a una interpretación errónea por parte del despacho



que inadmite la acción popular por el indebido agotamiento del requisito de procedibilidad y luego la admite sin aparecer acreditado el agotamiento del requisito del artículo 144 del CPACA, señalando que desconoce las razones por las que el despacho actúa de esta manera tan arbitraria.

Resalta los requisitos del art 231 del CPACA, para el decreto de la medida cautelar, pues los supuestos facticos y jurídicos, de la demanda son apreciaciones subjetivas. Informa que el contrato de prestación de servicios 042 de 2018 formalizado entre EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P y Santiago Restrepo Estrada tiene el único propósito de optimizar y mejorar las condiciones para la prestación de los servicios públicos en el municipio de Chiquinquirá, de acuerdo a exigencias del Ministerio de vivienda, ciudad y territorio, viceministerio de aguas y plan departamental de aguas de Boyacá. La exigencia recaía exactamente en que el viceministerio de aguas aprobaba la ejecución del proyecto de optimización por un valor de \$15.400.000.000 siempre y cuando el plan departamental de aguas de Boyacá y el alcalde municipal de Chiquinquirá pudieran garantizar el sostenimiento de las inversiones y operación del proyecto mediante la entrega de la operación de la empresa en todos sus componentes a un operador especializado con el propósito de mejorar el servicio público de acueducto. El destino final del contrato 042 de 2018 además de lo anterior garantizaba la transferencia y sustitución patronal de todo el personal de planta (trabajadores sindicalizados) al nuevo operador con todos sus derechos y acreencias laborales, por tal razón no se puede hablar de una violación a derechos colectivos.

Advierte también que la nueva administración municipal de Chiquinquirá de los años 2020- 2023 deberá tomar las decisiones pertinentes para continuar con la ejecución del proyecto, según las exigencias del ministerio de vivienda, ciudad y territorio, viceministerio de aguas y plan departamental de aguas de Boyacá.

Ahora respecto del acuerdo de junta directiva 01 de 2016, mediante el cual se aprueba y pone en funcionamiento el estatuto de contratación de la entidad, es una responsabilidad que sobrepasa las competencias del gerente y representante legal de EMPOCHIQUINQUIRA E.S.P, son competencias exclusivas del mayor organismo directivo de esta empresa, se parte del principio de la buena fe en que todos los actos y acuerdos propuestos y aprobados en las sesiones de ese organismo, suplieron y agotaron todos los procesos de aprobación según lo consagra el acuerdo 019 de 1997 del concejo municipal de Chiquinquirá, la actual administración de Empochiquinquirá.

Reitera al igual que el **MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA** que el proceso contractual se desarrolló conforme a lo dispuesto en los arts. 30, 31, 32, y 39 de la Ley 142 de 1994, el artículo 3 de la ley 689 de 2001 y la Resolución CRA No. 151 de 23 de enero de 2001. Y mal hacen los demandantes al contrastar inexactamente la presunta vulneración al derecho colectivo de moralidad administrativa, con el régimen de contratación estatal consagrado en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, desconociendo el régimen de contratación privada que ostentan las empresas prestadoras de servicios públicos por disposición legal.

Por lo tanto, señala queda así demostrado que no hubo acción u omisión de la empresa que legalmente represento tendiente a vulnerar el derecho colectivo de la moralidad administrativa.

Frente al requisito de demostrar la titularidad de los derechos presuntamente vulnerados, se evidencia que varios de los accionantes entre ellos CIRO ALEJANDRO RAMIREZ CORTES-
RODRIGO ARTURO ROJAS LARA- GUSTAVO HERNAN PUENTES DIAZ - CESAR AUGUSTO PACHON



ACHURY no demuestran la titularidad de los derechos invocados ya que relacionan como lugar de residencia la ciudad de Bogotá en el Congreso de la Republica.

También señala que el tercer requisito concerniente a la presentación de documentos, informaciones, argumentos y justificaciones por parte del demandante que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de interés, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, pues en el escrito de la demanda resulta común encontrar que se procura "evitar un daño mayor", pero lo cierto es que en esquema de procedencia de medidas cautelares no basta con mencionar la posible contingencia de un daño.

Adicionalmente considera que el cuarto requisito tampoco se cumple, relativo a 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 serian nugatorios.

Por tanto solicita se niegue la medida cautelar.

IV. CONSIDERACIONES

La acción popular consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, y reglamentada mediante la ley 472 de 1998, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados o cuando exista peligro, agravio, o un daño contingente por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúan en desarrollo de funciones públicas. Los supuestos sustanciales de la acción popular son los siguientes:

- (i) una acción u omisión de la parte demandada.
- (ii) un daño contingente, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y
- (iii) la relación de causalidad entre la acción y omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

La finalidad de la acción popular² es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva, ejerciéndose para evitar el daño o hacer cesar el agravio sobre los derechos colectivos y así restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. La ley 472 de 1998, en su artículo 25 previo las Medidas cautelares, y al respecto señala:

"Artículo 25. Medidas Cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.*

PARÁGRAFO 1o. *El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.*

² Ver Radicación No. 52001-23-33-000-2015-00179-01, sentencia del 15 de septiembre de 2016, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.



PARÁGRAFO 2o. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

El Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia reciente³, recordó que las medidas cautelares en materia de acciones populares no son una novedad que a éstas introdujo la Ley 1437 de 2011, pues las mismas se contemplaron desde la Ley 472 de 1998 que autorizaba al juez popular a adoptar las que fueran necesarias para la protección de los derechos colectivos, sin considerar un listado preciso, como sí se hace para el ejercicio de los medios de control ordinarios de competencia de la jurisdicción contenciosa.

También indicó que a la luz de la Ley 1437 de 2011 -*norma aplicable a este medio de control conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 229 ibídem*-, las medidas cautelares fueron fortalecidas para proteger la efectividad de la sentencia, **lo cual no implica prejuzgamiento** y, por el contrario, busca materializar la tutela judicial efectiva. Las medidas cautelares así instituidas por el legislador son un instrumento para la realización de la finalidad del proceso y en este orden, permiten que lo decidido en sentencia con fuerza de cosa juzgada, solucione el problema jurídico propuesto, de tal forma que sus efectos no sean nugatorios, lo que en últimas redundaría en la realización del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (artículo 228 C.P.) En efecto, su fundamento es de carácter constitucional y su decreto procede por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

Así las cosas, la solicitud, requisitos, trámite y decreto de las medidas cautelares, se encuentran regulados del artículo 229 al 241 del CPACA.

El artículo 229 *ibídem*-, prevé que las medidas cautelares pueden ser decretadas en providencia motivada, a solicitud de parte, cuando se considere necesario para proteger y garantizar de manera provisional el objeto del proceso, en procura de la efectividad de la sentencia.

A su turno, el artículo 230 establece que éstas pueden ser **preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión**.

Al tenor del artículo 231 del OPACA, el solicitante debe acreditar los siguientes requisitos:

"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. 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.*

³ MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO Tunja, 12 de Junio de 2018. Rad: 150012333000-2017-00270-00



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."

El Consejo de Estado en reciente pronunciamiento⁴, sobre la necesidad de que existan suficientes medios de prueba y convicción para la adopción de medidas cautelares al interior del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, dijo: "Además, la Constitución Política otorgó especial importancia a los derechos colectivos, tanto así, que le otorgó al juez de conocimiento la facultad de salvaguardar derechos colectivos de manera anticipada o cautelar, mediante la adopción de medidas preventivas, protectoras, correctivas o restitutorias⁵. Para la prosperidad de las mencionadas medidas, el juez de instancia debe contar con elementos de juicio suficientes para concluir que se encuentra ante una amenaza o afectación de tal entidad, que la espera de un eventual fallo supondría la configuración de un daño irreversible. Teniendo en cuenta estas disposiciones, la jurisprudencia ha señalado que el decreto de una medida cautelar en el trámite de una acción popular está sujeta a los siguientes presupuestos de procedencia: "a) Que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó; b) Que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y c) Que para adoptar esa decisión, el juez tenga en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido."

En ese orden de ideas, el juez de la acción popular cuenta con suficientes mecanismos para dar protección a los derechos colectivos, por lo que, en el caso de imponer una medida cautelar, debe contar con un material probatorio suficiente, para que, sin entrar a resolver de fondo el proceso, ponga de manifiesto el riesgo de la configuración del daño o afectación irreversible a los intereses litigados."

- **PROBLEMA JURIDICO:**

Corresponde entonces al despacho establecer si hay lugar o no al decreto de medidas cautelares en el asunto en estudio. Para lo cual se estudiará la solicitud teniendo en cuenta lo siguiente: (i) la finalidad de la medida cautelar solicitada (ii) material probatorio allegado al plenario y, (iii) caso concreto.

I. La finalidad de la medida cautelar solicitada

Pretende la parte actora lo señores **Wilmar Ancisar Triana Gonzalez, Ciro Alejandro Ramírez Cortes, Rodrigo Arturo Rojas Lara, Gustavo Hernán Puentes Díaz, César Augusto Pachón Achury y José Armando Quiñonez Garzón**, para la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, el decreto de la medida cautelar, consistente en la cesación definitiva de los efectos del Acuerdo de Junta Directiva No. 01 de 2016, por el cual la ESP adopta el Estatuto de Contratación de Empochiquinquirá, al no haberse aprobado por la Junta Directiva, y por

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A". Auto del 12 de julio de 2016. Rad. No. 25000- 23-24-000-2011-00136-01(AP). C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁵ Artículos 25 y 26 de la Ley 472 de 1998.

tanto expedido de forma ilegal. También se pretende la cesación definitiva de los efectos del Contrato de Prestación de Servicios No. 42 de 2018, suscrito entre Empochiquinquirá y Santiago Restrepo Estrada, y la aplicación de su producto final, que justifica procesos de privatización, enajenación, concesión o conformación de sociedades de economía mixta por la empresa de servicios públicos domiciliarios; de manera concreta solicitan se ordene que la empresa de servicios y el Concejo de Chiquinquirá, se abstengan de realizar cualquier proceso de privatización, enajenación, concesión o conformación de sociedades de economía mixta de la empresa de servicios públicos domiciliarios, mediante la constitución de acuerdos municipales, acuerdos de junta directiva, contratos o cualquier otra figura.

II. Material probatorio allegado:

Se aporta con la demanda, lo siguiente:

- Copia del Contrato de prestación de servicios N° 042 de 2018, suscrito entre **LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIQUINQUIRA-EMPOCHIQUINQUIRA ESP** y **SANTIAGO RESTREPO ESTRADA**, con el objeto de :
“..ACTUALIZAR LAS PRINCIPALES VARIABLES QUE PERMITAN MEDIR LA EVOLUCIÓN DE LA GESTIÓN EMPRESARIAL ENTRE LA FECHA EN QUE FUE REALIZADA LA CONSULTARÍA 002 DE 2014 Y LA ACTUALIDAD A FIN DE VALIDAR, RECHAZAR, AJUSTAR Y/O COMPLEMENTAR LA RECOMENDACIÓN PARA ADOPTAR UN MEJOR MODELO DE GESTIÓN EMPRESARIAL EN CONSONANCIA CON LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS CON LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ, LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y EL VICEMINISTERIO DE AGUA..”, actas modificatorias, invitación, y demás documentos soporte del contrato. (fl. 50 y ss).
- Copia del Contrato de Consultoría N° 002 de 2013, suscrito entre **LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIQUINQUIRA-EMPOCHIQUINQUIRA ESP** y el señor **SANTIAGO RESTREPO ESTRADA**, con el objeto de: “... ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO Y FORMULACIÓN DE ALTERNATIVAS DE MODERNIZACIÓN EMPRESARIAL PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRÁ - BOYACÁ..”, Junto con sus anexos actas modificatorios, liquidación y demás (fl. 83- 142).
- Copia del informe rendido por el contratista **SANTIAGO RESTREPO ESTRADA** a **EMPOCHIQUINQUIRA**, entregado en fecha 3 de febrero de 2019, titulado “Contrato de consultoría N° 042 de 2018”, donde se concluye finalmente lo siguiente:
“...las metas y su cuantificación precisa, así como la definición de montos mínimos de inversión debe obedecer a la sensibilización de un modelo técnico económico similar al que este consultor presentó en los estudios del año 2013-2014 pero ello debe ser (sic) repensarse ante las nuevas realidades de los sistemas y la importancia de que la operación se comparta con Empochiquinquirá ESP, todo lo cual demanda un estudio de detalle a través de una consultoría especializada, trabajo que fue elaborado en el año 2014 a través de la consultoría que adelanto este consulto pero que demandaría su actualización”.
- Copia del informe rendido por el contratista **SANTIAGO RESTREPO ESTRADA** a **EMPOCHIQUINQUIRA**, entregado en fecha 25 de febrero de 2014, titulado “Contrato de consultoría N° 02 de 2013”, donde se concluye finalmente lo siguiente:
 - *Esquema de Fortalecimiento a través de un Gobierno Corporativo fijando estándares de mejores prácticas y compromisos cuya gestión sea pública, medible, que*



incorpore el modelo de responsabilidad social empresarial y cuya Junta Directiva sea conformada por miembros independientes.

- **Esquema de Concesión**, que debe ser autorizado por el Concejo Municipal a través de Acuerdo y la vinculación de un operador especializado mediante convocatoria pública, aplicando la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico; lo que implica una reestructuración de la empresa de prestadora a supervisora, indicando como alternativas del esquema las siguientes.
 - **Concesión - Liquidación de Empochiquinquirá**: Concesión del Municipio a un concesionario seleccionado por concurso y liquidación de la empresa autorizada por el Concejo Municipal.
 - **Concesión a través de Empochiquinquirá**, implica autorización del Concejo Municipal y la suscripción de contrato por la empresa que se convertiría en supervisora, con el concesionario seleccionado mediante concurso público.
 - En todo caso resalta la necesidad de brindar apoyo al Municipio de Chiquinquirá, adoptando un modelo de funcionamiento y planificación para la empresa.
 - Concluye el consultor que las alternativas sean evaluadas, y que “el método y el nivel de asistencia técnica al municipio de Chiquinquirá y su personal participe en el proceso desde la elaboración de los pliegos de condiciones de la licitación de la concesión
- Copia del Acuerdo 001 de 2006, por el cual se adopta el “estatuto de Contratación de Empochiquinquirá”, de fecha 13 de abril de 2016 , suscrito por el Presidente Exneyder Velasco Burgos y la Secretaria María Alejandra Pedreros Quiroga (fl. 521-545)
- Copia del Acuerdo 019 de 1997, por el cual se transforma la empresa de servicios públicos de Chiquinquirá Empochiquinquirá en empresa industrial y comercial del estado (fls. 547 y ss), así como sus modificaciones posteriores.
- Copia de las actas de reunión de la Junta Directiva de Empochiquinquirá, N° 01 a 014 de 2016, (fl.581 y ss)
- A folios 19-38 C.MC, la Procuradora judicial I para Asuntos Administrativos de Tunja, allega copia del Programa de Gestión que EMPOCHIQUINQUIRA suscribió ante la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios y sus respectivos anexos, plan de gestión que tenía como fecha de cumplimiento el día 27 de septiembre de 2018.
- Copia de la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Boyacá de fecha 01 de septiembre de 2015, proferida en el expediente N° 150013133001201500049-01, mediante el cual se niega una medida cautelar, documento aportado por parte del señor SANTIAGO RESTREPO ESTRADA (fls. 44-54 C.M.C)

III. Caso concreto:

Conforme al anterior recuento probatorio, se procede a despejar entonces el interrogante planteado en el problema jurídico, anticipándose el despacho a acoger en su totalidad el Concepto que rindió el Ministerio Público, donde se aprecia un estudio juicioso y pormenorizado del caso, tendiente a establecer la procedencia de la medida cautelar.



Al respecto señala el art 231 del CPACA⁶, que existen unos requisitos para la procedencia del decreto del medidas cautelares, a saber.

1. **Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho:** se ha entendido este requisito como el “ *fomus boni iuris*”, es decir la apariencia del buen derecho, y este no depende del criterio subjetivo del juez, sino que esté sustentado en parámetros objetivos y dadas las particulares circunstancias del caso en concreto.

- Recordemos que la parte actora solicita “ *la cesación definitiva de los efectos del Acuerdo de Junta Directiva No. 01 de 2016, por el cual la ESP adopta el Estatuto de Contratación de Empochiquinquirá, al no haberse aprobado por la Junta Directiva, y por tanto expedido de forma ilegal.*”; este tipo de medida cautelar, implica un estudio de legalidad, donde se confronte la ilegalidad que se aduce en la demanda con las pruebas aportadas; al respecto, se señala que el Acuerdo fue expedido de forma ilegal, en la medida en que no fue suscrito por todos los miembros de la Junta Directiva de EMPOCHIQUINQUIRA.

Con la documentación aportada, actas de la Junta Directiva, Acuerdo N° 01 de 2016, Acuerdo 019/97 y sus modificaciones, no se puede acreditar que el Acuerdo objeto de la medida haya sido expedido con esa irregularidad que se señala en la demanda, es decir, que no fue aprobado por la mayoría de los miembros de la junta, y que al suscribirse el Acta y Acuerdo en comento únicamente por el Presidente y la secretaria y no por todos los miembros, ello constituye una irregularidad que lo afecta de nulidad, pues como bien lo analizo la Procuradora, para verificar esa situación se hace necesario contrastar el reglamento interno de la Junta Directiva, las actas de las sesiones con los audios de las grabaciones de esas sesiones, para establecer quienes asistieron y en realidad como se desarrollaron los debates del acuerdo N°01/2016, si están o no acordes a su propio reglamento. Por ello, no puede decirse que en este caso, y para este momento procesal, que sea procedente el decreto de la medida cautelar solicitada, así las cosas este primer requisito no se cumple.

- Ahora, en relación a la solicitud de “*.. cesación definitiva de los efectos del Contrato de Prestación de Servicios No. 42 de 2018, suscrito entre Empochiquinquirá y Santiago Restrepo Estrada, y la aplicación de su producto final, que justifica procesos de privatización, enajenación, concesión o conformación de sociedades de economía mixta por la empresa de servicios públicos domiciliarios; de manera concreta solicitan se ordene que la empresa de servicios y el Concejo de Chiquinquirá, se abstengan de realizar cualquier proceso de privatización, enajenación, concesión o conformación de sociedades de economía mixta de la empresa de servicios públicos domiciliarios, mediante la constitución de acuerdos municipales, acuerdos de junta directiva, contratos o cualquier otra figura...*”; conforme al recuento probatorio que se allegó para el estudio de la medida cautelar, puede decirse **en primer lugar**

⁶ 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.



que existió un contrato que antecede al que es objeto hoy de la medida, y este consistió en la **Consultoría N° 002 de 2013**, realizada bajo los lineamientos del Acuerdo 004 de 2004 Manual de Contratación que regía para ese momento⁷, suscrito entre **LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIQUINQUIRA-EMPOCHIQUINQUIRA ESP** y el señor **SANTIAGO RESTREPO ESTRADA**, con el objeto de realizar: "... *ESTUDIOS Y DISEÑOS PARA LA OPTIMIZACIÓN DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO Y FORMULACIÓN DE ALTERNATIVAS DE MODERNIZACIÓN EMPRESARIAL PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DEL MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRÁ - BOYACÁ.*"(fls. 42 y ss), el resultado de esta consultoría fue entre otros las recomendaciones relativas a **Esquema de Fortalecimiento a través de un Gobierno, Esquema de Concesión, Concesión - Liquidación de Empochiquinquirá, Concesión a través de Empochiquinquirá**, resalta la necesidad de brindar apoyo al Municipio de Chiquinquirá, finalmente concluye que las alternativas sean evaluadas, y que "el método y el nivel de asistencia técnica al municipio de Chiquinquirá y su personal participe en el proceso.

Posteriormente se celebró el Contrato de Prestación de Servicios N° 042 de 2018, suscrito entre **LA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE CHIQUINQUIRA-EMPOCHIQUINQUIRA ESP** y **SANTIAGO RESTREPO ESTRADA**, con el objeto de : "...*ACTUALIZAR LAS PRINCIPALES VARIABLES QUE PERMITAN MEDIR LA EVOLUCIÓN DE LA GESTIÓN EMPRESARIAL ENTRE LA FECHA EN QUE FUE REALIZADA LA CONSULTARÍA 002 DE 2014 Y LA ACTUALIDAD A FIN DE VALIDAR, RECHAZAR, AJUSTAR Y/O COMPLEMENTAR LA RECOMENDACIÓN PARA ADOPTAR UN MEJOR MODELO DE GESTIÓN EMPRESARIAL EN CONSONANCIA CON LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS CON LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ, LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y EL VICEMINISTERIO DE AGUA.*" (fl. 50 y ss), el resultado de este contrato fue entregado en fecha 3 de febrero de 2019, titulado "Contrato de consultoría N° 042 de 2018", donde se concluye finalmente lo siguiente: "...*las metas y su cuantificación precisa, así como la definición de montos mínimos de inversión debe obedecer a la sensibilización de un modelo técnico económico similar al que este consultor presentó en los estudios del año 2013-2014 pero ello debe ser (sic) repensarse ante las nuevas realidades de los sistemas y la importancia de que la operación se comparta con Empochiquinquirá ESP, todo lo cual demanda un estudio de detalle a través de una consultoría especializada, trabajo que fue elaborado en el año 2014 a través de la consultoría que adelanto este consulto pero que demandaría su actualización.*"

Al efectuar una revisión de estos contratos, y confrontándolos con la medida cautelar hoy solicitada, es importante resaltar el argumento manifestado por el señor SANTIAGO RESTREPO ESTRADA, en su escrito de oposición a la medida, donde señala que por haber existido otros proceso con el Radicado N° 15001333300120150004901, cuya parte actora fue Alejandro Ochoa González y parte pasiva: Municipio de Chiquinquirá, Empochiquinquirá y Santiago Restrepo, donde el Tribunal Administrativo de Boyacá, decidió sobre la medida cautelar que consistió en " *abstenerse de adelantar cualquiera de las posibilidades contempladas dentro del estudio fruto del contrato de consultoría N° 002 de 2013 y suspender de forma provisional los efectos del mismo y de los documentos que tengan origen...*", en esa oportunidad al igual que en el presente caso también en la defensa del patrimonio público y en que al no detener las acciones que se pueden adelantar para la modernización de la empresa, los efectos del fallo serian irreversibles, es decir para evitar que la administración

⁷ Ver folio 91 Contrato de Consultorio N° 002 de 2013.



llevara a cabo lo recomendado en el estudio de consultoría. En esa oportunidad el tribunal concluyo que la modalidad de selección de contratación pública no afecto el contenido de los estudios ni las recomendaciones de modernización, por tanto al tratarse de la misma pretensión en este proceso, señala que corre la suerte de la acción popular N° 2015-0049, es decidirse negativamente, argumento que titula "Cosa Juzgada".

Sobre el particular, se advierte que no se configura *cosa juzgada* en el asunto bajo estudio por haber existido otra acción popular que fue tramitada en primera instancia ante el juzgado primero Administrativo Oral de Tunja y en segunda Instancia ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, pues si bien allá se pretendía la suspensión del contrato N° 002 de 2013, aquí en este proceso que hoy se ventila, el estudio no está encaminado al análisis del contrato de consultoría N° 002/2013, sino al de Prestación de servicios N° 042/2018, si bien se evidencian invocadas pretensiones y derechos colectivos similares, con la tendencia a evitar que se lleve a cabo las recomendaciones de uno y otro contrato, lo cierto es que, existe un hecho nuevo posterior que no fue analizado en ese momento por el juzgado de primera instancia y por el Tribunal, y es precisamente que en fecha 30 de noviembre de 2018, se suscribió el contrato de Prestación de servicios N°042/2018, contrato que se rige por otro Estatuto de Contratación diferente al que fue base para el contrato de consultoría del año 2013, por esta razón, no puede seguir la misma suerte la solicitud de la presente medida cautelar. Le asiste razón al accionado cuando señala que en esa oportunidad el Tribunal concluyó que la modalidad de contratación y la forma en que esa se desarrolló estuvo acorde a los lineamientos legales, y que debía cumplirse las recomendaciones de la consultoría, so pena precisamente de afectar el patrimonio público, debe señalarse que en ese proceso el tribunal cuando emite la sentencia de segunda instancia⁸, inclusive ordena remitir copias a la Contraloría y Procuraduría, para que de manera preventiva vigilen que se cumplan las recomendaciones de la consultoría en aras de evitar un perjuicio patrimonial al Estado. Así las cosas, por el hecho de haberse fallado un asunto de similares contornos ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, no es de recibo para el despacho que la solicitud de medida cautelar deba proferirse tomando como base la que negó el Tribunal Administrativo de Boyacá en esa oportunidad y menos que se configure cosa juzgada.

Ahora bien retomando, se puede decir que frente al Contrato de Prestación de servicios N° 042 de 2018, con el análisis de las pruebas allegadas, esto es, el Estatuto de Contratación - Acuerdo 01 de 2016, se evidencia que es la norma que rige la contratación en la entidad EMPOCHIQUINQUIRA ESP EICE que no se rige por las normas de contratación estatal de la ley 80 de 1993, sino por normas de carácter privado, vale decir, entre otras por su propio estatuto de contratación estatal, conforme se advierte a folios 521 y ss. Entonces, al revisar dicho estatuto se logra apreciar que existen varias modalidades de contratación, una de ellas la **contratación directa, menor cuantía, mayor cuantía y concurso de méritos**, que son desarrolladas en los arts. 14 y ss del Acuerdo 01 de 2016, para el caso se alega que el contrato de prestación de servicios N° 042/2018, conforme a su objeto no debió haberse realizado en la modalidad de contratación directa a través de contrato de prestación de servicios, sino a través de la modalidad de concurso de méritos, por cuanto el contrato se trataba de un estudio de **factibilidad, pre factibilidad o consultoría**, estudio que no es propio de un contrato en la modalidad de prestación de servicios, lo cual a su vez va en contravía de principios generales

⁸ Página web rama judicial, Estados electrónicos tribunal administrativo de Boyacá, año 2017 mes septiembre exp 15001333300120150004901 MP. DRA CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ.



de la contratación, consagrados también en el estatuto de contratación de EMPOCHIQUINQUIRA, como es el de selección objetiva, que impide valga decir, la “contratación a dedo”.

En vista que el debate para analizar la apariencia del buen derecho respecto del contrato de prestación de servicios N° 042/2018, se centra en establecer, si al cotejar el estatuto de contratación de EMPOCHIQUINQUIRA con el contrato en mención, este fue el modelo acorde con lo que se pretendía en el contrato?; debe señalarse que a simple vista no era el modelo de contratación, pues como bien lo reconoció el contratista Santiago Restrepo Estrada, cuando concluye en el informe del contrato que para efectuar la actualización de la consultoría del año 2013, ello demanda otra consultoría, y esto sumado a las prescripciones del estatuto de contratación de la entidad accionada el objeto de un contrato de factibilidad o pre factibilidad se efectúa es a través de concurso de méritos, es decir, que esos contratos de factibilidad son para desarrollar estudios referidos específicos de inversión, diagnóstico, etc., lo cual traducido al caso bajo estudio, un contrato para actualizar una consultoría anterior, implica un estudio de diferentes variables para establecer un diagnóstico específico, lo cual no hace parte de la misión de la entidad EMPOCHIQUINQUIRA que es una empresa que presta servicios públicos, de acueducto, aseo, alcantarillado, y ello, es decir la actualización de la consultoría que en el año 2013 estudió las diferentes posibilidades de modernización de la empresa, requiere entonces un estudio específico a través de una consultoría⁹ y no a través de un contrato de prestación de servicios¹⁰ (o de apoyo a la gestión). Acogiendo la argumentación del Ministerio Público sobre el particular, el contrato 042/2018, es una consultoría que se suscribió bajo la modalidad de prestación de servicios, al parecer con el fin de contratar directamente al contratista de la consultoría anterior; esa forma de contratación desconoció principios señalados en su propio estatuto, como son el de selección objetiva, planeación, publicidad, participación, contenidos en el art.4.

Adicional a lo anterior, nótese que en el objeto del contrato se establece: “...**COMPLEMENTAR LA RECOMENDACIÓN PARA ADOPTAR UN MEJOR MODELO DE GESTIÓN EMPRESARIAL EN CONSONANCIA CON LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS CON LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ, LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y EL VICEMINISTERIO DE AGUA.**”, luego se señala que se suscribe para cumplir con esos compromisos, no obstante con el traslado de la medida en relación a esa justificación del contrato solo se aporta por parte del Ministerio Público, el Plan de gestión que suscribió la gerente de EMPOCHIQUINQUIRA con la Superintendencia de servicios públicos (fls. 19 y ss), donde en el **anexo N° 8 componente técnico**, indica como acción específica entre otras tantas, “**ESTUDIO DE FACTIBILIDAD Y SELECCIÓN DE ALTERNATIVAS**”, quiere decir lo anterior, que para el efecto, se estableció fue un estudio de factibilidad, que como lo señala su propio estatuto de contratación hace referencia es en la modalidad de concurso de méritos, ello sin importar la

⁹ **Contrato de Consultoría:** “ son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

¹⁰ **Contrato de Prestación de Servicios:** “ Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.



cuantía. Señala también la procuradora que se advierte como grave, que a través del contrato de prestación de servicios, se pactó la suma de \$38.610.000, donde el contratista concluye en un estudio preliminar, no certero, que pretendió analizar la evolución de la empresa desde el año 2013 al 2018, admitiendo que en realidad se requiere un nuevo estudio a través de una consultoría.

Así las cosas, para el despacho se hace evidente que al contraste de la normatividad que regla la Contracción de EMPOCHIQUINQUIRA con el contrato N° 042/2018, se vulnero principios que rigen la contratación al utilizar la modalidad de contratación diferente a la que realmente correspondía. Encontrado que este requisito para el decreto de la medida cautelar se cumple.

Hace parte también de la apariencia del buen derecho, los requisitos relativos a que la parte demandante demuestre la titularidad de los derechos colectivos invocados, sobre el particular **MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA y EMPOCHIQUINQUIRA**, consideran que ello no se demostró, pues varios de los accionantes entre ellos **CIRO ALEJANDRO RAMIREZ CORTES - RODRIGO ARTURO ROJAS LARA - GUSTAVO HERNAN PUENTES DIAZ - CESAR AUGUSTO PACHON ACHURY** pues relacionan como lugar de residencia la ciudad de Bogotá en el Congreso de la Republica. Al respecto el **Artículo 12** de la Ley 472/98. **Titulares de las acciones**, prescribe la norma que podrán ejercitar las acciones populares: **1. Toda persona natural o jurídica, entendiéndose que como es una acción pública**, la puede ejercer cualquier persona., no tiene que residir en el sitio donde se señala la vulneración de los derechos colectivos, en consecuencia, para el despacho este requisito también se cumple.

En conclusión la apariencia del buen derecho, para el Contrato 042/2018, en este caso, no deviene de un criterio subjetivo, si no objetivo, como ya se dijo, pues con la documentación acreditada se logra establecer que el objetivo perseguido con el contrato de prestación de servicios, debió haberse efectuado a través de otra modalidad de contratación, como es el concurso de méritos, por tratarse de una actualización de un estudio de factibilidad o de una consultoría, que preservara los principios de contratación, y además los derechos colectivos invocados como son la moralidad administrativa y el patrimonio público, ya que se efectuó un gasto ocasionado por el costo del contrato, cuando las recomendaciones realizadas por el contratista no son definitivas ni concluyentes, luego si se llevaran a cabo respecto de realizar una transformación de la Empresa de servicios públicos, se afectaría gravemente el patrimonio del Estado al implantarse un modelo como resultado de un contrato que lo sugiere, sin realizarse el estudio acorde al mismo, esto es, sin haberse actualizado la consultoría precisamente a través de otra consultoría, esto como presunta afectación a los derechos colectivos, sin dejar de lado que se realizó un gasto innecesario en un contrato de prestación de servicios, que se reitera no fue concluyente. Por ello, el despacho considera que este examen preliminar, que no constituye prejuzgamiento, avizora la probabilidad de que los derechos colectivos se vulneren por parte de las accionadas.

2. Respecto a lo que se denomina el **Periculum in mora**: entendido este como el desarrollo de los numerales 3 y 4 del art 231 del CPACA, relacionado con la urgencia en el decreto de la medida cautelar, y no esperar hasta la culminación del proceso judicial.

Es importante establecer si se configura el "**perjuicio irremediable**", el cual para los actores populares consiste en la posibilidad de que La Empresa de servicios Públicos, pierda su



naturaleza de pública, que implicaría afectaciones de tipo patrimonial, ya que actualmente se están realizando altas inversiones de recursos públicos para su fortalecimiento como empresa pública 100% y oficial. Así mismo considera que es nugatorio decretar medidas cautelares sobre el contrato de prestación de servicio N°042 de 2018 y sus efectos, ya que el desconocimiento de realizar el estudio técnico de viabilidad para obtener el producto de consultoría sin aplicar el modo de selección correcto (concurso de méritos), ha vulnerado el principio de selección objetiva, libre concurrencia de oferentes, igualdad, publicidad, transparencia y objetividad, se presume que fue empleado este modo de selección de contratación directa con el objeto de entregar la realización del contrato a cierto contratista y así "amarrar" los resultados del producto final de la consultoría, para justificar el proceso de enajenación o entrega en concesión de EMPOCHIQUINQUIRA.

Por su parte, EMPOCHIQUINQUIRA y MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA, consideran que este requisito no se cumplió inclusive desde la admisión de la demanda, al no exigirse el requisito de procedibilidad de la acción popular, aducen que se desconocen las razones con las que el operador judicial admite una acción popular que no ha agotado una etapa obligatoria para dar inicio al proceso, también surge la duda de las consideraciones legales que el despacho pretende aplicar al caso para omitir este trámite con anterioridad a la interposición de la acción popular, aun cuando no es demostrable que haya amenaza a algún derecho colectivo. Y que se admite la acción popular sobrepasando las competencias legales y aun así se insiste en darle trámite y corre traslado a una medida cautelar, por una interpretación errónea del despacho que inadmite la acción popular por la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y luego la admite sin aparecer acreditado, indicando desconocer por qué el despacho actúa de manera arbitraria.

En lo que toca a la configuración del *perjuicio irremediable*, se rechaza de manera notoria las afirmaciones tendenciosas y descalificantes que realizan las accionadas EMPOCHIQUINQUIRA y MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA sobre este aspecto, porque contrario a lo manifestado, este Juzgado tiene competencia para resolver sobre la Acción Popular, además fue relevante y no se pasó por alto el requisito contenido en el art 144 del CPACA, tanto así que se procedió a inadmitir la demanda por haberlo echado de menos, no obstante se admite por cuanto la parte accionante explica por qué no lo agotó, encontrando el despacho que la acción se debía admitir. Ahora ante la solicitud de medida cautelar, tampoco el despacho se debió abstener de darle trámite, por el contrario se hizo precisamente para que los accionados se pronunciaran al respecto, inclusive aportaran pruebas que rebatieran lo señalado en la demanda.

Por tanto, de los hechos que indican e individualizan los actores, se deducen las condiciones en que puede ocurrir o se va a presentar en el caso bajo estudio el perjuicio irremediable, son aspectos objetivos que tienen sustento probatorio precisamente por no ajustarse el contrato 042/2018, a la modalidad de contratación que prevé el estatuto contractual de la entidad, conforme al objeto del contrato, lo cual genera un detrimento del patrimonio público, en la medida en que el peligro o amenaza al derecho colectivo de la moralidad administrativa, por presuntamente celebrar un contrato sin las formalidades legales, que afectó el patrimonio del estado, pues se invirtió una suma en un contrato que no fue concluyente, que inclusive señala requerir otra consultoría para efectuar la actualización de la anterior, poniendo en un riesgo, inminente, actual, potencial, pues existe la amenaza latente a EMPOCHIQUINQUIRA, consistente en que las accionadas pueden ejecutar alguna actuación que lleve a cabo alguna de las recomendaciones realizadas por el contratista a través de ese contrato de prestación de



servicios, precisamente por estar *ad portas* de terminar el periodo de alcaldías y concejos municipales, entidades que para el caso concreto tienen injerencia en las diferentes posibilidades de modernización que se plantean para la empresa de servicios públicos. Así mismo EMPOCHIQUINQUIRA tiene su Junta Directiva, con facultades específicas para propender a ejecutar las recomendaciones que pueden cambiar la naturaleza de la empresa, tomando como base unas recomendaciones señaladas en un contrato que se suscribió sin el cumplimiento de requisitos legales y además sin que las recomendaciones sean concluyentes al caso, sobre todo en un aspecto de tanta relevancia para la colectividad, como es la suerte de la empresa de servicios públicos, la posibilidad de entregar a un tercero el patrimonio del estado, arriesgando además la prestación de un servicio público esencial.

No pasa por alto el despacho, el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, "*establecer que los beneficios que arroja la medida son mayores que los perjuicios que ocasiona*"¹¹. Suspender los efectos de un contrato que se traducen en que las accionadas ejecuten actuaciones administrativas tendientes a cumplir con las recomendaciones señaladas en el contrato N° 042 de 2018, es una medida adecuada y necesaria, mientras se resuelve de fondo el asunto, y se allega material probatorio tendiente a establecer de manera concreta la vulneración de derechos colectivos, sobre todo por cuanto la problemática de la prestación eficiente del servicio público, se ha puesto en conocimiento de autoridades judiciales en otras acciones populares como es la que señala el Ministerio público con radicación N° 15001233300020160062400 la cual se falló en fecha 18 de julio de 2019, donde se emitieron ordenes tendientes entre otras a que se realicen estudios que garanticen la prestación del servicio público, pero que además determinen la opción acorde a la empresa ya sea oficial, privada o mixta, al establecerse que se debe construir un nuevo acueducto. Esto supone entonces, que debe existir un estudio previo que sea definitivo y que determine esa opción para EMPOCHIQUINQUIRA, lo cual no se cumple con las recomendaciones del contrato de prestación de servicios N° 042/2018. Adicionalmente por cuanto de esas recomendaciones, *resultado del contrato en mención*, no están sustentadas con el plan de gestión que EMPOCHIQUINQUIRA suscribió con la SUPERSERVICIOS; así la suspensión de esas recomendaciones generaría un daño potencial menor, al que se daría si se llevaran a cabo, por cuanto fueron el fruto de una contratación que va en contravía del mismo fin del contrato "actualizar una consultoría" donde se decide la suerte de EMPOCHIQUINQUIRA.

Conforme al análisis anterior, el despacho decretará la medida cautelar de carácter preventivo, y Ordenara a **EMPOCHIQUINQUIRA, MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA Y CONCEJO MUNICIPAL**, abstenerse de realizar cualquier actuación administrativa soportada en el cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el señor SANTIAGO RESTREPO ESTRADA en el documento entregado como resultado de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 042 de 2018, recibido por el Gerente de Empochiquinquirá de fecha 3 de febrero de 2019, obrante a folios 143 y ss como anexo de la demanda.

Se advierte que no se accederá a decretar medida cautelar sobre los efectos de un contrato cuando esta ya se encuentra ejecutado y liquidado, conforme a la manifestación de las accionadas, ello no tendría razón de ser. Tampoco se decretará medida cautelar relacionada con los efectos del Acuerdo 01 de 2016.

¹¹ **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA** Consejero ponente: **GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)** Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00611-01(AP)A



No obstante lo anterior, el despacho considera procedente de oficio, compulsar copias a la **CONTRALORIA GENERAL DE BOYACA, PROCURADURIA REGIONAL DE BOYACA Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con el fin de que investigue la actuación adelantada para la suscripción del contrato de prestación de servicios N° 042 de 2018, por la presunta celebración indebida de un contrato, y el posible detrimento patrimonial que ello conlleva. Para el efecto por secretaria se remitirá copia de toda la actuación adelantada y los anexos allegados al expediente.

Por lo anterior el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja,

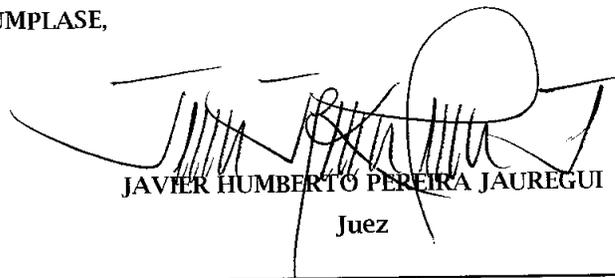
RESUELVE:

PRIMERO.- DECRETAR como Medida cautelar preventiva, Ordenar a **EMPOCHIQUINQUIRA ESP EICE, MUNICIPIO DE CHIQUINQUIRA Y CONCEJO MUNICIPAL**, abstenerse de realizar cualquier actuación administrativa soportada en el cumplimiento de las recomendaciones realizadas por el señor **SANTIAGO RESTREPO ESTRADA** en el documento entregado como resultado de la ejecución del Contrato de Prestación de Servicios N° 042 de 2018, recibido por el Gerente de Empochiquinquirá en fecha 3 de febrero de 2019, obrante a folios 143 y ss como anexo de la demanda, de acuerdo a lo antes expuesto.

SEGUNDO: POR SECRETARIA, compulsar copias a la **CONTRALORIA GENERAL DE BOYACA, PROCURADURIA REGIONAL DE BOYACA Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con el fin de que investiguen la actuación adelantada para la suscripción del contrato de prestación de servicios N° 042 de 2018, por la presunta celebración indebida de un contrato, y el posible detrimento patrimonial que ello conlleva. Para el efecto se remitirá copia de toda la actuación adelantada y los anexos allegados al expediente.

TERCERO: NEGAR las demás solicitudes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
Juez

slro

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA	
El auto anterior se notificó por Estado N°	52
HOY	06 DIC 2019
a las 8:00 A.M.	
SECRETARIA	