

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Clase de Proceso : **ACCIÓN DE TUTELA**

Accionante : **JAIRO LUIS POLANÍA CARRIZOSA Y OTROS**

Accionado : **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS, CONTRALORÍA GENERAL DE LA
REPÚBLICA, AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Radicación No. : 11001-33-42-047-**2022-00288**-00

Asunto : **DEBIDO PROCESO, IGUALDAD E INTERESES
COLECTIVOS**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el art. 86 de la C.P., el Decreto 2591 de 1991 y el 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela, promovida por el señor Jairo Luis Polanía Carrizosa, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.295.752, y otros, quienes actúan en nombre propio, contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, por la presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad en intereses colectivos.

1.1. HECHOS

1. La Empresa de Servicios Públicos de Flandes- ESPUFLAN, fue intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la Resolución No. SSPD-20151300015835 del 12 de junio de 2015, por lo que la empresa ESPUFLAN y el Municipio de Flandes perdieron el derecho de administrar, dirigir e intervenir el objeto de la misma, esto es, el suministro de agua a la población del municipio de Flandes, por lo que la Superintendencia designó gerente y demás funcionarios.
2. La parte demandante señala que, con esos nombramientos, la Superintendencia está sobrepasando sus funciones de control, inspección y vigilancia.
3. Con ocasión de lo anterior, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante Acta No. 001-2022 del 05 de julio de 2022, inició proceso de invitación de licitación pública para ceder la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, en comodato por un periodo de 20 años.
4. El 5 de julio de 2022 se emitió acta de cierre del proceso de invitación pública No. 001-2022 ESPUFLAN (SECOPI 050-2022).
5. A la invitación de licitación se presentaron 2 oferentes: i) Sociedad Futura Prometida AQUAFLANDES S.A. E.S.P., y ii) Promesa de Sociedad Futura AQUALIA FLANDES S.A.S. E.S.P.
6. La parte demandante sostiene que la comunidad del municipio de Flandes no conoce a las empresas oferentes, por lo que consideran que se debía conocer su origen, recursos, socios, objeto social y demás, para que pudieran ser admitidas como oferentes en el proceso de licitación y el proceso fue llevado a cabo como si fuera una venta, por lo que la parte demandante considera que, las entidades accionadas dentro de la presente acción de tutela desconocieron y omitieron proteger los derechos colectivos para: i) prevenir se presente corrupción por la venta y o licitación pública; ii) evitar el detrimento del patrimonio del municipio y la Empresa intervenida; iii) proteger los derechos de los habitantes del municipio, al goce de un servicio sano, para que no se dispare el incremento de las tarifas de servicios públicos, la seguridad y salud pública, dado que el agua que consumen los habitantes de Flandes no cumple con las exigencias de potabilidad.
7. Con escrito del 4 de agosto de 2022, dos de los accionantes dentro de esta acción de tutela, estos son, los señores Jairo Luis Polanía Carrizosa y Jorge Andrés Ramírez Prieto dieron a conocer a las funcionarias María Ximena Gómez Albarelo, Lina Marcela Barrera González y Caludía Patricia Aponte Hernández, quienes actúan como Agentes Especiales por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la acción popular

No. 25000-23-41-000-2022-00840-00 a cargo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, las irregularidades en que se han incurrido en el proceso de invitación pública y que terminó con la adjudicación del contrato a la empresa AQUALIA, por lo que es la nueva administradora de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes.

8. El abogado Jairo Luis Polanía Carrizosa, uno de los accionantes en la tutela, el día de la audiencia pública pidió la suspensión de la audiencia de adjudicación, al advertir errores en el proceso, sin embargo, su solicitud no fue atendida, entre los argumentos presentados se tienen los siguientes:

- No se hizo mención sobre el trámite de apertura del sobre del oferente No. 2.
- En la actualidad cursa un proceso de acción popular en el que se pretende la nulidad de todos los actos administrativos relacionados con el proceso de licitación.

9. Finalmente, la parte demandante afirma que en la audiencia de adjudicación no fueron tenidos en cuenta los reclamos de la ciudadanía en cuanto a la falta de idoneidad de la empresa a la que se le asignó la operación de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, esta es, AQUALIA y los daños que esto podría generar a los habitantes y a la prestación del servicio.

1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La parte activa sostiene que las entidades accionadas están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad e intereses colectivos.

1.3. PRETENSIONES

A través de la acción de tutela la parte accionante pretende:

“PRIMERA.- Se declare la existencia de la violación al DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA IGUALDAD por omisión, negligencia, VIOLACION DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, todo debido al atropello, al abuso de poder, a los adesios jurídicos, a la imponencia y a la prepotencia como desarrolló la funcionaria pública de nombre CLAUDIA PATRICIA APONTE HERNANDEZ Agente Especial (E) designada por el Superintendente de Servicios Públicos (Encargado) señor LORENZO CASTILLO B., al desconocer totalmente las normas que regulan las Licitaciones Públicas, la Ley de Contratación Pública y Administrativa, en el desconocimiento y aplicación de los Artículos 1, 2, 7, 8, 73, 74, 76, 77, 79, del Código de Procedimiento Administrativo, todo debido a coartar y cercenar los derechos e intereses colectivos que en ese instante suplicaban e imploraban en ese momento y estado mediático la comunidad del municipio de Flandes Tolima dentro de la audiencia pública VIRTUAL que se llevó a cabo el día 5 de agosto del 2022 iniciada a las 10 de la mañana en las instalaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos en Bogotá D.C., respecto a la invitación o licitación pública y ADJUDICACIÓN No. 001-2022 de la Empresa Espuflan (SECOP 050-2022) de apertura del sobre 2 del oferente llamado PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AQUALIA FLANDES S.A.S. E.S.P.

SEGUNDA.- Para los efectos mencionados y consecuencias de las violaciones antes mencionadas, pedimos a ustedes, se dignen declarar NULO DE NULIDAD ABSOLUTA toda la diligencia de audiencia pública VIRTUAL celebrada el 5 de agosto de 2022 a las 10 A.M. en las instalaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos en Bogotá D.C. respecto a la invitación o licitación pública y ADJUDICACIÓN No. 001-2022 de la Empresa Espuflan (SECOP 050-2022) de apertura del sobre 2 del oferente llamado PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AQUALIA FLANDES S.A.S. E.S.P.”

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 08 de agosto de 2022, siendo repartida al Despacho del Magistrado Carlos Alberto Orlando Jaiquel; mediante auto de la misma fecha, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 333 de 2021, la Corporación ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá, correspondiéndole a este Despacho por reparto el 08 de agosto de 2022; recibido el expediente, con auto del 09 de agosto de 2022, se admitió la tutela, se ordenó notificar al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, al Contralor General de la República, al Auditor General de la República y a la Procuraduría General de la Nación y se negó el decreto de una medida provisional.

Contra el anterior proveído, la parte accionante interpuso recurso de apelación, el cual fue rechazado de plano, con auto del 17 de agosto de 2022.

Dentro del término de traslado, se recibió contestación a la tutela por parte de la Auditoría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.1. Auditoría General de la República

Con memorial remitido mediante mensaje de datos el 11 de agosto de 2022¹, el apoderado judicial de la Auditoría General de la República presentó contestación a la acción de tutela informando que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 272 de 2000, su ámbito de competencia corresponde a la vigilancia y control de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales, distritales y municipales, por lo que considera que no existe conexidad entre lo pretendido en la tutela y la competencia de dicha autoridad.

De acuerdo con lo anterior, solicita se le desvincule del proceso ya que la controversia va dirigida a las acciones de la Superintendencia de Servicios

¹ Cfr. Documento digital 14

Públicos, y dicha entidad que no es sujeto de control por parte de la Auditoría General de la República.

3.2. Procuraduría General de la Nación

Con memorial remitido mediante mensaje de datos el 11 de agosto de 2022², la Asesora de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, presentó contestación a la acción de tutela aportando copia del informe PDGGT No. 447 del 10 de agosto de 2022 rendido por la Procuradora Delegada para la Gestión y la Gobernanza Territorial, en el que, sobre los hechos de la tutela, informó que, de acuerdo con sus funciones preventivas y de control en materia de servicios públicos domiciliarios, la Procuraduría Provincial de Girardot inició la actuación preventiva, como consecuencia de una solicitud realizada en el debate de control político en el Consejo Municipal de Flandes, con ocasión de la intervención ordenada por la Superintendencia de Servicios Públicos, a la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, en el año 2015, y al inicio del proceso de invitación pública para encargar a un tercero de la operación de la empresa estatal.

Asimismo, informó que, el marco de la actuación preventiva adelantada por esa delegada y la Procuraduría Provincial, se realizaron las siguientes actuaciones:

- I. *“El 31 de marzo de 2022 la procuraduría provincial realizó visita en las instalaciones de la empresa ESPUFLAN E.S.P. con la finalidad de recopilar información sobre los fundamentos para iniciar el proceso de invitación pública.*
- II. *El 10 de mayo de 2022 un funcionario de esta delegada, en conjunto con la procuraduría provincial competente, asistieron a sesión ordinaria convocada por la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes. Como consecuencia de ello, el 17 de mayo de 2022 se recibió solicitud de acompañamiento permanente al proceso de “privatización” de la empresa ESPUFLAN E.S.P.*
- III. *El 19 de mayo de 2022, la delegada y la provincial realizaron una mesa de trabajo con la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en la que se revisaron varios temas críticos entre los cuáles se incluyó ESPUFLAN ESP y el plan estratégico previsto por la Superservicios. Dentro de los compromisos de la mesa, se anunció por parte de la PGN que se harían observaciones a los pliegos.*
- IV. *El 23 de mayo de 2022, esta delegada y la Procurador Provincial de Instrucción de Girardot, enviaron al agente especial el documento denominado: “Observaciones y preguntas al pliego de condiciones definitivo del Proceso No. 050-2022 “Invitación Pública ESPUFLAN 001-2022”*
- V. *El 1° de junio de 2022 se dio respuesta a las observaciones y solicitudes de aclaración formuladas a los pliegos definitivos, con ocasión de las cuales se realizaron algunas adendas dentro del proceso.*

² Cfr. Documento digital 15

VI. *El 5 de agosto de 2022, cumplida la designación del comité evaluador y presentado el correspondiente informe de elegibilidad se adjudicó el proceso mediante Resolución A.E. No. 0190.”*

De acuerdo con lo anterior, la entidad accionada afirma que, en lo que corresponde a sus funciones, durante el proceso de invitación pública, ha velado por la protección de los derechos colectivos de la población del municipio de Flandes, vigilando de cerca que no se afecte la continuidad de la prestación de los servicios públicos, por lo que realizada la adjudicación, las funciones de la Procuraduría irán encaminadas a verificar que, por una parte, durante el periodo de transición que se deriva del traspaso de la operación del servicio del actual operador a la nueva empresa adjudicataria no haya ninguna interrupción y, por la otra, a que una vez se inicie la operación por parte de la nueva empresa, esta cumpla o mejore los índices de continuidad, calidad y cobertura en la operación de suministro de agua potable y demás componentes de la prestación para la comunidad lo que implica una gestión continua para el amparo del derecho colectivo cuya protección se invoca, sin perjuicio de que, en virtud de los hechos denunciados por el accionante, pueda haber lugar a rendir los informes con fines disciplinarios respectivos.

Finalmente, la Procuraduría General de la Nación, considera que, en el caso de autos no se cumple con el requisito de subsidiariedad, dado que no es el mecanismo idóneo para debatir la legalidad de los actos administrativos expedidos dentro del proceso de contratación No. 001 de 2022, por lo que solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela, por existir otros mecanismos de defensa judicial y no haberse acreditado dentro del proceso la configuración de un perjuicio irremediable.

3.3. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios:

Con memorial remitido mediante mensaje de datos el 12 de agosto de 2022³, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contestó la acción de tutela, informando, que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cuenta con la facultad de tomar posesión de los prestadores de los servicios, cuando quienes están encargados de la prestación del servicio público, incumplen de manera reiterada con los índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad definidas por el ente de control. El objetivo de la toma de posesión es salvaguardar la prestación de los servicios públicos y buscar soluciones empresariales que permitan con la continuidad y calidad del servicio a largo plazo.

³ Cfr. Documento digital 16

La implementación de los esquemas de solución empresarial es liderada por el Agente Especial designado por la Superintendencia, el cual es el encargado de la administración y representación legal de la empresa intervenida, por lo que este Agente es independiente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tal como lo disponen los artículos 291, 294 y 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010.

En cuanto a la intervención de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, informó que, desde su toma de posesión se ha mejorado la infraestructura y prestación del servicio; asimismo, se ha apalancado el déficit operacional, a través de préstamos otorgados por el Fondo Empresarial, pese a lo anterior, la Superintendencia afirma que la Empresa de Servicios Públicos de Flandes no tiene la capacidad de proveer los recursos necesarios para hacer las inversiones que requiere la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios prestados, especialmente en materia de alcantarillado, estimadas por cerca de \$75 mil millones, ni para el pago de sus pasivos, de allí que, para evitar la liquidación de la empresa y garantizar la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, se encontró la posibilidad de licitar la prestación del servicio a un operador privado. Lo anterior, se realizó a través de la invitación pública ESPUFLAN 001-2022, NÚMERO SECOP 050-2022, cuyo objeto es contratar la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento de la infraestructura y gestión comercial de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Flandes, departamento del Tolima, a 20 años.

Iniciado el proceso, verificados los pliegos de peticiones y realizadas las reuniones, varias empresas del sector privado manifestaron su interés en la adjudicación del contrato. Cerrado el proceso de revisión de aspirantes y recepción de ofertas, el Agente Especial remitió las propuestas habilitadas, al comité de evaluación, para ser abiertas en audiencia pública. Las propuestas recibidas correspondieron a las empresas Promesa de Sociedad Futura AQUAFLAN DES S.A. ESP y Promesa de Sociedad Futura AQUALIA FLANDES S.A.S. E.S.P. En audiencia del 05 de agosto de 2022, el comité de evaluación determinó que el proponente que cumplía con los requisitos de la convocatoria era sociedad Futura AQUALIA FLANDES S.A.S. E.S.P.

Conforme lo anterior, con Resolución No. 190 del 05 de agosto de 2022, la Agente Especial adjudicó a la sociedad Futura AQUALIA FLANDES S.A.S. E.S.P., el contrato de operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento de la infraestructura y gestión comercial de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Flandes, departamento del Tolima, a 20 años.

Realizado el resumen de los antecedentes del proceso de intervención y adjudicación de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios manifiesta que en sus actuaciones no se demuestra omisión o negligencia en el desarrollo del proceso y que como la parte demandante se muestra inconforme con el proceso, cuenta con otros mecanismos judiciales que, al ser procedentes hace improcedente la acción de tutela, por lo que solicita que así se declare.

Finalmente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que dicha entidad no tuvo lugar en las actuaciones que el demandante acusa de vulneradoras de derechos fundamentales, sin perjuicio de no demostrarse vulneración alguna de los derechos, según indica.

3.4. Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República no contestó la acción.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, es considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, y tiene como objeto salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, el cual está consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y fue desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio de defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues

de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

4.2. Problema jurídico

El problema jurídico se contrae a determinar si la acción de tutela es procedente para declarar la nulidad de la audiencia pública de Apertura y Evaluación de sobres 2, dentro de invitación pública ESPUFLAN 001-2022 Número SECOP 050-2022, cuyo objeto es "contratar la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento de la infraestructura y gestión comercial de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Flandes, departamento del Tolima, a 20 años.", celebrada el 05 de agosto de 2022, por la Agente Especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN ESP.

De ser procedente la acción de tutela, se verificará si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad e intereses colectivos de los accionantes, por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

4.3. Examen de procedencia de la acción de tutela

4.3.1. Legitimación en la causa

- Por activa:

De acuerdo con lo regulado por el artículo 86 de la Constitución Política, *"toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales"*.

Asimismo, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.

Dentro de la acción de la referencia aparecen como accionantes:

1. Jairo Luis Polanía Carrizosa, con CC No. 11.295.752
2. Hayde Sabogal Portela, con CC No. 20.620.855
3. Crisostomo Leal Saenz, con CC No. 5.908.603

4. Fernando Cuevas Crespo, con CC No. 5.909.446
5. Gustavo Sarmiento Maldonado, con CC No. 19.147.355
6. Rosana Vásquez de Sarmiento, con CC No. 41.578.064
7. Patricia Molina Ramírez, con CC No. 39.574.266
8. María del Carmen Crespo, con CC No. 28.730.862
9. Pedro Leal Saenz, con CC No. 11.306.889

El señor Jorge Andrés Ramírez Prieto, con CC No. 1.060.174.742, no será tenido en cuenta como accionante, como quiera que no firmó el escrito de tutela ni demostró que ninguno de los accionantes actuara en su nombre o representación.

Con la demanda de tutela, algunos de los accionantes allegaron copia de recibos públicos del servicio de acueducto, emitido por la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, ESPUFLAN E.S.P., con los que se demuestra que son habitantes del municipio de Flandes, los demás accionantes, pese a no haber allegado prueba que demuestre que viven en el municipio, este Despacho, en virtud de los principios de la buena fe y la confianza legítima, tendrá como ciertas las manifestaciones relacionadas en la demanda que refieren que todos los demandantes están domiciliados en Flandes, Cundinamarca y les asiste intereses en el proceso.

- Por pasiva:

El inciso segundo del artículo 86 de la Constitución Política dispone que la protección constitucional consistirá en impartir una orden para aquel que respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

En el mismo sentido, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 reza:

“ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. *La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.*

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”

De acuerdo con lo anterior, están legitimados en la causa por pasiva, las autoridades públicas que vulneran o amenazan el o los derechos fundamentales solicitados en protección.

Al verificar las pretensiones de la acción se encuentra que la tutela va encaminada a que se declare la nulidad de la audiencia pública de Apertura y Evaluación de sobres 2, dentro de invitación pública ESPUFLAN 001-2022 Número SECOP 050-2022,

cuyo objeto es “contratar la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento de la infraestructura y gestión comercial de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Flandes, departamento del Tolima, a 20 años.”, celebrada el 05 de agosto de 2022, por la Agente Especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN ESP.

Ahora bien, las autoridades que fueron vinculadas al proceso por solicitud de la parte demandante son: la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

Del estudio de la acción se verifica que, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, no están legitimadas en la causa por pasiva, para actuar dentro del proceso de la referencia, como quiera que, como ya se estableció, la pretensión de la acción de tutela va encaminada a que se declare la nulidad de una audiencia pública adelantada por la Agencia Especial que nombró la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para adelantar, temporalmente, las operaciones de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes y, tanto en la audiencia realizada por la Agente Especial, como en los actos previos emitidos por dicha autoridad y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, las autoridades mencionadas, si bien ejercen control, no ejercieron acto alguno respecto a la intervención e invitación pública, pues, sus competencias no están atribuidas a la toma de posesión de empresas de servicios públicos, ni a las decisiones que los agentes especiales o liquidadores adopten en dichos procesos.

Por lo anterior, en la parte resolutive de esta providencia, se ordenará la desvinculación de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

En cuanto a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, este Despacho advierte que esta autoridad si cuenta con legitimación en la causa por pasiva para actuar dentro del presente debate, dado que, en ejercicio de sus funciones de control tomó posesión de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes, designando a la persona que actuaría como Agente Especial, en consecuencia, por su rol de ente de control tiene competencia para responder ante las vulneraciones de derechos fundamentales que los habitantes del municipio de Flandes relacionen con esa toma de posesión.

4.3.2. Inmediatez

Según lo reiterado por la Corte Constitucional⁴, la acción de tutela debe ser presentada en un periodo razonable desde la ocurrencia del hecho u omisión que genera la vulneración del derecho fundamental. El principio de inmediatez está orientado a proteger la seguridad jurídica y los intereses de terceros, por eso es necesario que exista una limitación en el tiempo y esa es determinada conforme a las circunstancias de cada caso concreto.

Este principio va encaminado a que los interesados en la protección de derechos fundamentales actúen a tiempo, es decir cuando se presentan las vulneraciones, lo que permitirá al juez evitar perjuicios que pudieren resultar irremediables, como también evitar decisiones que pudieren resultar lesivas para el ordenamiento jurídico por el paso del tiempo, dado que no es sano que existan situaciones jurídicas que persistan indefinidamente sin una decisión.

Como la parte accionante presenta la acción de tutela para que se declare la nulidad de una audiencia pública celebrada el 05 de agosto de los corrientes, se observa que los hechos a los que se hace alusión en la demanda son actuales, en consecuencia, se cumple con el requisito de inmediatez exigido para ejercer la acción de tutela.

4.3.3. Subsidiariedad

Conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el mismo sentido, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, dispone que la acción de tutela no procede: *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”*. (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia del Órgano de Cierre Constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela ha sido concebida *“únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las*

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-1140 de 2005, T-279 de 2010, T-832 de 2012, T-719 de 2013 y T-138 de 2017.

cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho.”⁵

De allí la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción; precisamente el carácter subsidiario conlleva a que las discrepancias que resulten sobre derechos deben ser resueltas por regla general por los mecanismos ordinarios que el ordenamiento prevé y solo i) cuando existe ausencia de mecanismo ordinarios; ii) cuando los mecanismos ordinarios no sean efectivos para proteger el derecho que se aduce vulnerado; o iii) cuando se presente un perjuicio irremediable, se podrá acudir a la acción de amparo constitucional, dado que la acción de tutela no puede reemplazar a las vías administrativas y/o judiciales, pues ello atentaría contra el principio de subsidiariedad.

Para verificar si la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la protección de los derechos fundamentales solicitados se realizará el análisis de los hechos probados.

4.4. Hechos probados

Con la demanda fue allegados:

- Cinco (5) vídeos contentivos de la audiencia pública de Apertura y Evaluación de sobres 2, dentro de invitación pública ESPUFLAN 001-2022 Número SECOP 050-2022, celebrada el 05 de agosto de 2022, por la Agente Especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN ESP. Asimismo, con memorial radicado el 10 de agosto de los corrientes, los demandantes allegaron 14 vídeos contentivos de la misma audiencia.
- Oficio radicado el 03 de agosto de 2022, remitido por el Jefe de Control Interno de la Alcaldía Municipal de Flandes a la Agente Especial (E) de ESPUFLAN ESP, por medio del cual presenta puntos a tener en cuenta en la audiencia pública virtual de apertura de sobre No. 2 sobre el oferente AQUALIA FLANDES SAS.
- Copia de la demanda de acción popular, iniciada por los señores Jairo Luis Polanía Carrizosa y Jorge Andrés Ramírez Prieto, contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, identificada con el Número de Radicado 25000-23-41-000-2022-00840-00 a

⁵ Ver sentencia C 132 de 2018

cargo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, la cual se encuentra al Despacho para calificar, según se pudo verificar en el sistema de gestión judicial Siglo XXI. De acuerdo con el documento, se verifica que, en esa acción, los accionantes solicitan se declare la nulidad de todos los actos administrativos que dieron lugar a la administración, manejo y dirección por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios frente a la Empresa de Servicios Públicos de Flandes E.S.P., así como los actos que dieron lugar a la licitación pública de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes E.S.P., por parte de la Agente Especial designada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Junto a la demanda, los accionantes presentaron solicitud de medidas cautelares, para que se suspendan, cesen o paralicen todas las actividades relacionadas con la licitación pública de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes E.S.P.

- Acta de cierre del proceso de invitación pública No. 001-2022 ESPUFLAN (SECOP 050-2022).
- Memorial radicado por el señor Fernando Cuevas Crespo, en calidad de veedor municipal, el 04 de agosto de 2022, ante ESPUFLAN, por medio del cual informa sobre la radicación de una acción popular.
- Resolución A.E. No. 0186 del 01 de agosto de 2022, por la cual la Agente Especial de ESPUFLAN ESP, fija nueva fecha y hora para continuar la audiencia pública virtual de apertura de los sobres No. 2 de la invitación pública ESPUFLAN 001-2022, para el 05 de agosto de 2022 a las 10:00 am.

4.5. Caso concreto

Los accionantes pretenden que, a través de este mecanismo constitucional, se declare la nulidad de la audiencia pública de Apertura y Evaluación de sobres 2, dentro de invitación pública ESPUFLAN 001-2022 Número SECOP 050-2022, cuyo objeto es “contratar la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento de la infraestructura y gestión comercial de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Flandes, departamento del Tolima, a 20 años.”, celebrada el 05 de agosto de 2022, por la Agente Especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN ESP, al considerar que, por las decisiones emitidas en esa audiencia, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, en su condición de entes de control, vulneraron

sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad en intereses colectivos.

Dado que, en el acápite de legitimación en la causa por pasiva, se dispuso la desvinculación de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, en esta etapa se verificará la procedencia de la acción y presunta vulneración de derechos fundamentales por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

De los documentos allegados al proceso, se pudo colegir que, la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESPUFLAN ESP, desde el año 2015, está intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en virtud de la Resolución SSPD 20151300015835 del 16 de junio de 2015, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, por lo que fue designada Agente Especial para su administración temporal.

Los artículos 2, 47, 58, 59 y 79 establecen que el Estado intervendrá en los servicios públicos y el control interno de las empresas de servicios públicos será ejercido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por lo que, al verificar el incumplimiento en la prestación de los servicios, la autoridad de control podrá ordenar la separación de los gerentes o miembros de las juntas directivas de la empresa, de los cargos que ocupan y tomar posesión de la empresa.

En virtud de la toma de posesión, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en virtud de lo previsto en el artículo 121 de la Ley 142 de 1994 y los artículos 291, 294 y 295 de la Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del Decreto 2555 de 2010, entregó la administración y representación legal de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes E.S.P., a una Agente Especial, la cual, conforme a las normas mencionadas, ejerce funciones públicas transitorias y es responsable directa e inmediata de las gestiones que adelanta respecto a la entidad intervenida, por lo que los actos y contratos suscritos por esta agente son de su exclusiva competencia y responsabilidad.

En los procesos de intervención, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene las funciones de seguimiento y monitoreo a la gestión de los agentes especiales y liquidadores, sin perjuicio de la vigilancia y control respecto de la prestación de los servicios públicos.

En la actualidad, la Empresa de Servicios Públicos de Flandes ESP, se encuentra en proceso de entregar a un operador la administración y operación de esa empresa, el cual es liderado por la Agente Especial.

Los accionantes se manifiestan inconformes con el proceso de invitación pública, por lo que consideran que las decisiones allí adoptadas les están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad e intereses colectivos.

Evaluadas las pruebas aportadas, en especial los vídeos contentivos de la audiencia del 05 de agosto de 2022, de Apertura y Evaluación de sobres 2, dentro de invitación pública ESPUFLAN 001-2022 Número SECOP 050-2022, este Despacho llega a la conclusión de declarar la improcedencia de la acción por las siguientes razones:

- El señor Gustavo Sarmiento Maldonado, quien intervino en la diligencia, informó que en la actualidad cursa una demanda de acción popular contra, entre otras, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por la toma en posesión de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes E.S.P.
- Los señores Jairo Luis Polanía Carrizosa y Jorge Andrés Ramírez Prieto, presentaron acción popular contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, identificada con el Número de Radicado 25000-23-41-000-2022-00840-00 a cargo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, M.P. Dra. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, la cual se encuentra al Despacho para calificar.
- La audiencia celebrada el 05 de agosto de 2022, fue fijada y dirigida por la Agente Especial de la Empresa de Servicios Públicos de Flandes E.S.P.
- La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no está liderando ni ejecutando acciones relacionadas con la invitación pública ESPUFLAN 001-2022 Número SECOP 050-2022.
- En el escrito de demanda y anexos lo que se evidencia es una exclusiva inconformidad con la decisión de continuar con el proceso de contratar la operación, ampliación, rehabilitación, mantenimiento de la infraestructura y gestión comercial de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Flandes, departamento del Tolima, a 20 años.
- No se evidencia afectación de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad de los accionantes, como quiera que, de la revisión de la audiencia del 05 de agosto de 2022, a todos los intervinientes se les concedió el uso de la palabra y se decidieron sus solicitudes, si bien, estas no fueron resueltas de forma favorable, ello no indica vulneración.
- La acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar la nulidad de una actuación proferida dentro de un proceso contractual.

- Los derechos reclamados por los accionantes están encaminados a la protección de intereses colectivos y, el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con el mecanismo de acción popular para la reclamación de esos derechos, mecanismo que ya fue iniciado por los accionantes.
- Los accionantes no aportaron prueba, si quiera sumaria, de perjuicio irremediable que exija el estudio transitorio de protección a través de la tutela.

Con fundamento en lo anterior, se declarará la improcedencia de la acción de tutela al no cumplir con el requisito de subsidiariedad y no demostrarse vulneración de los derechos fundamentales solicitados en protección por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, recordándole a los accionantes que, la acción de tutela no es el mecanismo procesal idóneo para declarar la nulidad de actos o actuaciones realizadas dentro de procesos de liquidación, como tampoco es un instrumento que pueda ser usado de manera caprichosa cuando los accionantes estén inconformes con los procedimientos adelantados por las autoridades, dado que para esos eventos, como ya se explicó existen mecanismos ordinarios que, con el conocimiento del juez natural de la casusa y el procedimiento adecuado, pueden vincular a todas las partes interesadas y analizar los elementos de prueba necesarios para determinar la legalidad o no de las actuaciones.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y la Procuraduría General de la Nación y ordenar su desvinculación, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE TUTELA presentada por el señor Jairo Luis Polanía Carrizosa, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.295.752, y otros, contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia, a las partes y al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE⁶ Y CÚMPLASE,

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

⁶ **Parte demandante:** jailopa54@gmail.com ing.andresramirez16@gmail.com
Parte demandada: notificacionesjudiciales@superservicios.gov.co,
oficinajuridica@contraloriabogota.gov.co, procesosjudiciales@procuraduria.gov.co,
notificacionesjudiciales@auditoria.gov.co.
Ministerio Público: zmladino@procuraduria.gov.co

Firmado Por:
Carlos Enrique Palacios Alvarez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
047
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **91bc54742c0c2afdd9da117445db62f600fbdcf6aedf712563eeae531f21f166**

Documento generado en 19/08/2022 05:32:12 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>