



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE YOPAL SISTEMA ORAL

Exp. No.	850013333002-2022-00219-00
Medio constitucional:	Popular
Accionante:	René Leonardo Puentes Vargas
Accionada:	Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal
Auto:	Resuelve solicitud de medida cautelar.

Yopal – Casanare, dos (2) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO

Vencido el término de traslado a la parte demandada y al Ministerio Público de la medida cautelar solicitada por la parte accionante en forma conjunta con la demanda, ingresa el proceso al despacho para resolver lo que en derecho corresponda.

ANTECEDENTES

Mediante autos de fecha 7 de diciembre de 2022, se inadmitió la demanda y se negó la solicitud de impartir el trámite de urgencia a la medida cautelar solicitada.

Subsanada la demanda en el término previsto por la norma, a través de autos calendados 7 de diciembre de 2022, se dispuso su admisión y se corrió traslado a la solicitud de medida cautelar.

A través de auto calendado 30 de enero de 2023, se ordenó vincular al proceso a la Empresa SSYAM de Colombia S.A.S., contratista dentro del Contrato No. 00147.22 celebrado con la Empresa de acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal, EAAAY E.I.C.E. ESP; por auto separado de la misma fecha se le corrió traslado de la medida cautelar solicitada.

Llevada a cabo la notificación personal de los anteriores autos en los términos dispuestos en el artículo 199 del CPACA, la entidad demandada y la empresa vinculada como parte pasiva de la acción popular, presentaron réplica a la solicitud de la medida cautelar.

SOLICITUD DE LA MEDIDA

La parte accionante solicita la medida cautelar con el fin de prevenir el daño inminente y hace cesar el que ya se hubiere causado con la suscripción del contrato EAAAY 147 de 2022 con fundamento en los cargos que a continuación se extractan:

“La EAAAY suscribió el contrato No. 147 de 2022 con la empresa SSYAM de Colombia S.A.S. cuyo objeto es “Construcción e implementación de una planta de tratamiento, aprovechamiento y manejo integral e industrial de residuos sólidos urbanos con tecnología de punta en el relleno sanitario el “Cascajar” del municipio de Yopal”, con cargo a la tarifa del servicio público de aseo que pagan los ciudadanos de Yopal, sin haber desarrollado los estudios, análisis, verificaciones y cotejos mínimos, tendientes a avaluar los costos de las obras, su calidad, eficiencia, ni la confiabilidad tecnológica de los equipos a instalar; tampoco se verificó, aseguró ni contrastó la capacidad financiera del contratista ni la experiencia del mismo en la operación de este tipo de proyectos, ni la veracidad de la información suministrada, ni el respaldo y las garantías ofrecidas por unos supuestos fondos internacionales. No evaluó el panorama de riesgos, ni el impacto para la economía de los ciudadanos y las finanzas de la empresa. No hubo proceso de selección objetiva del contratista ni de la tecnología contratada. La empresa se limitó a bendecir la información suministrada por el particular que tuvo la iniciativa del negocio.”

Permitir que un contrato de semejante magnitud y plazo-26 AÑOS-, abiertamente violatorio de la legalidad(Ley 142/94, Ley 80/93, Ley 1508/12, Resolución CRA 943/21,Resolución EAAAY 1273/21),que NO TIENE SU FINANCIACIÓN ASEGURADA, que desacata abiertamente una sentencia judicial(Sentencia TAC Popular 2013-00144), que arrasa intereses directos de sectores poblacionales y agremiados que son sujeto de protección constitucional especial(Auto Corte Constitucional 275/2011),que transgrede prohibiciones expresas del servicio de aseo(Decreto MVCT 1784/17),que podría dar lugar a una nueva intervención de la EAAAY por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ,se consolide y empiece sus actos ejecutorios con la entrega de bienes públicos, la realización de inversiones, la constitución de garantías etc., es mucho más perjudicial para el interés colectivo y público que detenerlo ahora mismo: Cada día que pase es nefasto para los intereses colectivos y nos conduce inexorablemente a la mayor CRISIS SANITARIA DEL MUNICIPIO DE YOPAL EN SU HISTORIA.

De la confrontación del objeto contractual con las normas que regulan la materia se concluye que es un contrato de CONCESIÓN de uno de los componentes del servicio público de aseo, que ha debido tramitarse por la vía de la Ley 1508 de 2012: La EAAAY recoge y transporta las basuras, mientras el concesionario, con sus equipos, hace el aprovechamiento y se cobra con las tarifas que por ese concepto de aseo pagaremos todos los ciudadanos. Es más, este contrato no ha debido celebrarse, tal como se sustentó en la demanda, como quiera que está prohibida la instalación y operación de equipos de aprovechamiento dentro de Rellenos Sanitarios (Decreto MVCT 1784/17).”

En un contrato con 26 años de plazo, suspender su ejecución por unas semanas o meses, no tendría ningún efecto significativo frente a la prestación de un servicio público esencial para la salubridad pública ni de cara a las obligaciones contractuales de las partes, mientras que no suspenderlo ante semejante nivel de riesgo y ostensible ilegalidad puede acarrear efectos catastróficos y muy graves para los derechos colectivos invocados; y con absoluta certeza, llevar a hacer nugatorios los efectos de una sentencia definitiva, cuyos términos de tiempo son imposibles de prever en este momento”.

Solicita se adopten las siguientes medidas:

1. Que se ordene de manera inmediata la suspensión de los procedimientos tendientes al perfeccionamiento y/o ejecución del Contrato No. 147 de 2022 y/o la cesación de las actividades derivadas de su ejecución. Y según el estado en que se encuentre el contrato:
2. Que se ordene, con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, la realización de los estudios para establecer la naturaleza del daño que se puede causar al patrimonio público del Municipio de Yopal, de la EAAAY y de los usuarios del servicio de Aseo con la suscripción del contrato referido.

RÉPLICA DE LA EAAAY E.I.C.E. ESP

Luego de hacer un repaso de los argumentos que sustentan la solicitud de la medida cautelar, lleva a cabo los descargos haciendo alusión a i) la naturaleza del contrato celebrado, ii) el cumplimiento del ordenamiento jurídico sobre el proceso contractual que se adelantó, iii) la relevancia – necesidad y alcance del proyecto celebrado. Se extracta de la sustentación los siguientes aspectos relevantes:

“En este sentido se observa que, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo o contrato resulta necesario que, del análisis realizado por el juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud. (C.E., Sec. Primera, Auto2013-00231, mar.11/2014. M.P. Luis Alberto Sandoval Navas).

Al respecto, es necesario resaltar que el accionante realiza una asignación jurídica errónea al derecho aplicable en el presente caso, puesto que señala que la normatividad aplicable es la

detallada en la ley 80 de 1993, desconociendo la remisión legal establecida en la ley 142 de 1994, y la ya definida por el Consejo de Estado en los pronunciamientos anteriores.

Se resalta que la remisión a las mismas, tal como lo señala la ley 142 de 1994, modificada por la ley 689 de 2001, y regulada por la resolución 151 de 2001 de la CRA, solo es obligatoria cuando se pretenda entregar total o parcialmente la operación de un SPD4, situación que es totalmente ajena al caso que nos atañe, toda vez que del alcance del contrato se desprende LA EAAAY NO ENTREGARÁ LA OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEASEO, el cual consiste en la recolección municipal de residuos, principalmente sólidos.

En conclusión, el presente caso, no versa sobre la prestación de un servicio público domiciliario, por lo que SU REMISIÓN A LAS REGLAS DEL DERECHO PÚBLICO NO ES VIABLE, por tal motivo, en el presente contrato no son obligatorias la imposición de las cláusulas excepcionales, ni tampoco las reglas establecidas en la ley 80 de 1993.

(...)

Al respecto, se destaca el análisis realizado por el accionante, en la cual señala como normas transgredidas las normas relativas al derecho público(Ley 80 de 1993) inaplicables al presente caso, como ya se dijo, desconocimiento el manual de contratación en tanto la EAAAY EICE ESP dio cabal cumplimiento al mismo ,y celebró el contrato conforme a sus ritualidades, finalmente se destaca que existe acta de Junta directiva que faculta a la EAAAY EICE ESP para efectuar la contratación. Así, en un primer análisis somero de la información, se resalta que NO EXISTE VIOLACIÓN NORMATIVA ALEGADA.

Por otra parte, de las pruebas aquí aportadas se evidencia el cumplimiento de las etapas contractuales para la modalidad utilizada y dispuesta para ello, conforme el Manual de contratación expedido por la EAAAY EICEESP.

En cuanto a que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; se manifiesta lo siguiente: si algo motivó la urgencia y necesidad de contratar el proyecto ofertado, contrario a lo sostenido por el accionante, fue el interés público que sobre el asunto recae; este proceso tiene como fin, que la EAAAY EICE ESP de una solución definitiva a la contaminación ambiental que por años se le causa a Departamento de Casanare, en palabras ligeras dejar de enterrar basura y buscar soluciones amigables con el medio ambiente, generando entre otras prerrogativas ingresos a la EAAAY EICE ESP.

El proceso contractual tiene entre otros sustentos, el proceso de acción popular que cursa actualmente en el Tribunal Administrativo de Casanare bajo radicado 2013-00144y que según su estado se encuentra en sede de verificación, justamente a la espera de una solución definitiva que dé cumplimiento a lo ordenado a la sentencia popular, como en efecto por años no se ha dado. Cabe destacar que el proyecto ofertado contrario a lo manifestado por el accionante, ha sido una solución que desde la Gerencia se dio a conocer a la autoridad judicial, puntualmente en audiencia de verificación celebrada el 24 de noviembre de 2020, idea o proyecto que desde esa época se ha venido diseñando, estudiando y viabilizando, conforme se puede probar en el expediente judicial.

(...)

A través de la carga de la prueba le compete demostrar al accionante el supuesto grave perjuicio al patrimonio de la EAAAY EICE ESP, toda vez que NO DETERMINA ni siquiera superficialmente, los posibles perjuicios llevados a cabo con la ejecución contractual, alude la falta de garantías; comete un grave error la parte accionante, al afirmar que ninguna póliza respalda la ejecución contractual, bastaba con la lectura del contrato para constatar a través de la cláusula dieciocho que en lo relativo a las garantías y conforme con lo establecido en el artículo 81 del Manual de Contratación de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.I.C.E.E.S.P.; y dada la naturaleza y alcance del presente contrato, se contemplaron garantías para cada una de las etapas del plazo de ejecución del objeto contractual.

(...)

De otra parte, a la fecha se encuentran suscritos los documentos de autorización de acceso al terreno al contratista (fecha 04-11-2022); en el que según su contenido y conforme se ha señalado a lo largo de este documento, NO SE HACE ENTREGA DEL RELLENO para operación alguna del servicio de aseo, allí se indica claramente, que se permite el acceso al área de terreno al CONTRATISTA durante la ejecución de sus etapas, y que el ingreso de vehículos y personal así como de cualquier persona debe estar previamente informado al personal de la EAAAY y autorizado por la gerencia de la empresa; se dejó estipulado que la administración y manejo del relleno es y seguirá siendo de la EAAAY EICEESP; igualmente para el día 04 de noviembre 2022, se suscribió acta de inicio entre las contratantes.

(...)

El relleno el Cascajar del municipio de Yopal, el cual se ubica en el Kilómetro 17.5 Vía Paz de Ariporo, en el departamento del Casanare, en un área de 51 Ha de extensión, entre las siguientes coordenadas 5°25'15.53" de latitud norte y 72°18'28.15" de longitud este. Las áreas contempladas en estos planos demuestran que la planta de tratamiento y aprovechamiento no comprometen la operación y buen funcionamiento del relleno, norma que se encuentra contemplada en el decreto 1784 de 2017 de MVCT y demás preceptos y pautas Ambientales.

En contraste con lo regulado, se desprende del contrato celebrado que, el proyecto será ejecutado SÍ EN LAS INSTALACIONES DONDE SE ENCUENTRA UBICADO EL RELLENO SANITARIO EL CASCAJAR pero NO EN EL FRENTE DE OPERACIÓN, por lo que no existe violación alguna a la norma como lo refiere el accionante

(...)

se trae a colación el acta de autorización de acceso al terreno en el que se define el área autorizada de acceso al terreno en el que se ejecutan las actividades contractuales, definiendo que dichas actividades no inciden en el frente de operación del relleno EL CASCAJAR.

(...)

La Directiva 001 de 30 de enero de 2013, por el cual se reforman los estatutos de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.I.C.E. E.S.P., establece, en cabeza del gerente, la facultad de expedir procedimientos que sean requeridos para la buena marcha de la Empresa.

Para el contrato No. 00147.22 se llevó a cabo el proceso de selección de contratista mediante la modalidad indicada en el Artículo 50.2. Selección pública de operador de servicios por iniciativa de particular, de la Resolución No. 1273 del 23 de agosto de 2021, "Por medio del cual se adopta el Manual de Contratación de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.I.C.E. E.S.P." ahora, si bien es cierto, en la resolución 1273 de 23 de agosto de 2021 artículo 36 se encuentra establecida la modalidad de contratación denominada Invitación Pública, también se encuentra incluida la modalidad selección pública de operador de servicios por iniciativa de particular, entre otras modalidades; Se indica en el artículo 36 que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.I.C.E. E.S.P. podrá acudir a cualquiera de estas 7 modalidades allí señaladas para realizar la escogencia de contratistas.

Ahora bien, la escogencia de la modalidad de selección de contratista que realiza en su momento la EAAAY para cada proceso de contratación, depende de muchos factores, principalmente de la necesidad que deba suplir la EAAAY, de la naturaleza del contrato, del objeto, en algunos casos su cuantía o valor determina la escogencia de la modalidad de selección, el origen de los recursos, fuente de financiación, naturaleza del bien, obra o servicio, o las circunstancias del contrato a celebrar, finalidad, etc.

La EAAAY realiza la escogencia de contratista con base en el ofrecimiento más favorable para los intereses de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal E.I.C.E. E.S.P. entre otras porque en el marco de sus actividades la EAAAY EICEESP, es una empresa que tiene que competir con otras empresas del sector de los

servicios públicos, que debe mantenerse desde todos los puntos de vista, financiero, administrativo, técnico, ambiental, etc., que debe crecer y ser competente para dar cobertura, calidad y continuidad de los servicios prestados.

(...)

De otra parte y para beneficio de la EAAAY EICE ESP a través del contrato celebrado puede afirmar que de acuerdo a lo contemplado en la cláusula once (11) del Contrato de Colaboración Empresarial en Alianza Estratégica No. 0147.22 de fecha 13 de septiembre de 2022, la EAAAY RECIBIRÁ de SSIAM DE COLOMBIA S.A.S. una compensación monetaria a la EAAAY E.I.C.E. E.S.P., por la suma de DOCE MIL PESOS M/CTE (\$12.000.00 M/CTE), por tonelada aprovechada, durante los primeros diez (10) años. Este valor se transferirá a la EAAAY E.I.C.E. E.S.P. cada seis (6) meses, y su pago se iniciará después de la transición y ajuste. A partir del año once (11), se ajustará este valor con el IPC, para cada uno de los años restantes, hasta completar el plazo de ejecución. Lo anterior como contraprestación y participación para esta empresa.

(...)

La presente relación contractual regulada como ya se dijo por el régimen privado; y entre otros "de conformidad con los postulados de la buena fe, la lealtad y el respeto a los derechos y expectativas tanto de las etapas previas de la contratación como con posterioridad durante la celebración y ejecución del contrato"5. Contaba con el respaldo de los recursos de la oferta e iniciativa presentada, y de ello existe prueba en el proceso contractual que actualmente se encuentra publicado en el SECOP II, por ello NO ES CIERTO como lo afirma el señor PUENTES que se haya celebrado un contrato sin siquiera contar con la documentación que respalda la inversión de la oferta, existe en la documentación publicada la certificación de la intención para la financiación del proyecto INSTALACION PLANTA DE TRATAMIENTO Y APROVECHAMIENTO DE RESIDUOS SOLIDOS EN EL RELLENO SANITARIO EL CASCAJAR" suscrita por la representante legal de NORWEGIAN GREEN POWER COLOMBIA SAS quien ratificó y certificó la suscripción de un contrato JOINT VENTURE con la empresa SSIAM DE COLOMBIA S.A para la financiación del mentado proyecto.(Documento que hace parte del documento denominado FASE OPERATIVA PROYECTO YOPAL pdf. Publicado en el SECOP II); igualmente la empresa SSIAM DE COLOMBIA S.A ha emitido certificaciones puntuales en las que se da claridad sobre el alcance y la incidencia en asuntos como el presupuestal al proyecto celebrado."

Finaliza solicitando se niegue la medida cautelar, porque el contrato No. 00147.22, goza de legalidad y porque no existe prueba que permita inferir que va en contravía de los derechos colectivos alegados por el demandante. Adicionalmente solicita se vincule al proceso a la empresa contratista SSIAM de Colombia S.A.S.

RÉPLICA DE SSIAM DE COLOMBIA S.A.S.

Dentro del término de traslado de la solicitud de la medida, la empresa contratista solicita al despacho negar la solicitud, con fundamento en lo siguiente:

Aduce que, este despacho carece de jurisdicción y/o competencia para ordenar la suspensión del contrato, pues es de aquellos que, se celebran mediante la modalidad contractual privada y en tal virtud las controversias que se presenten entre las partes del contrato deben dirimirse en la jurisdicción ordinaria.

Manifiesta que, la disposición de desechos una vez ingresan al vertedero deben ser dispuestos de acuerdo a procesos establecidos y vigilados por Corporinoquia, sin que ninguna otra persona pública ni privada y menos la comunidad pueda indicar o pretender inmiscuirse en la forma como se dispongan los desechos en el relleno. El contrato se limita a establecer como disponer de una manera más óptima, ideal e inmejorable los desechos, sin poner en peligro la comunidad y menos causarle algún perjuicio.

Indica que, el contrato celebrado no es estatal por cuanto no involucra dineros del Estado. Su ejecución, construcción y puesta en marcha sólo incluye capital privado que la empresa SSYAM de Colombia incorpora al proyecto con su propio apalancamiento y recursos financieros. No se trata de ningún contrato de concesión porque no cumple los requisitos de ley para serlo, pues no recibirá por parte de ningún ente territorial ni de la EAAAY E.I.CE. ESP, pago alguno, ni redistribución, ni remuneración, y, por el contrario, puesta en marcha la planta de tratamiento de residuos sólidos, la empresa contratante es quien recibirá dineros del contratista, según lo acordado.

Destaca que, el contrato celebrado no pone en peligro a la comunidad, no hay daños contingentes, y por el contrario pretende solucionar el problema de seguir enterrando los residuos y recuperar de ellos la máxima cantidad posible en un contexto de economía circular. No hay suplantación el servicio público a cargo de la EAAAY, porque dicha empresa no pierde, ni cede ninguna operación de los servicios a su cargo. Lo que existe es, un impacto económico social de transferencia tecnológica, haciéndose énfasis en la sostenibilidad y su implementación social y ambiental.

Reitera que, el contrato es privado y no de concesión pues en este no se pactó que el departamento, el municipio o la EAAAY, deban pagar como contraprestación alguna tarifa por el aprovechamiento y recuperación de los residuos. Así también que, en el proceso se cumplió a cabalidad con los requisitos, notificaciones y demás aspectos, según la documentación que se anexa.

Menciona el acompañamiento permanente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de la Contraloría General de la Nación durante la ejecución del contrato.

Finaliza señalando que, la empresa se ha visto seriamente afectada con la presentación de la demanda, que han causado serios perjuicios materiales traducido en pánico para con los socios inversionistas Norwegian Gren Power S.A.S., retrasos en ejecución del contrato y malestar en la comunidad, que se estiman en más de cinco mil millones de pesos.

CONSIDERACIONES

1. Marco normativo y jurisprudencial sobre medidas cautelares en acciones populares. El artículo 25 de la Ley 478 de 1998, establece que antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, el juez, de oficio a petición de parte, podrá decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que hubiere causado. Podrá decretar entre otras, 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.

Adicionalmente, los artículos 229 y 230 del CPACA señalan que, el juez posee facultades con miras a decretar, a petición de parte, “*las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia*”, podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

- 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
- 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
- 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*
- 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.*
- 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.*

Tratándose de medidas cautelares distintas a la suspensión provisional de los efectos jurídicos de un acto administrativo, por disposición del artículo 231 del CPACA, deben concurrir los siguientes requisitos para su procedencia:

- 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.*

La Corte Constitucional en sentencia C-284 de 2014 declaró exequible el parágrafo del artículo 229 del CPACA que extendió la regulación sobre medidas cautelares prevista en el capítulo XI, Título V del CPACA, a los procesos que busquen la protección de los derechos e intereses colectivos que sean de conocimiento de la jurisdicción administrativa, por considerar que se trata de normas compatibles y complementarias.

El Honorable Consejo de Estado por su parte, se ha pronunciado respecto de las medidas cautelares en acciones populares, precisando lo siguiente¹:

“Es importante señalar que acorde con la finalidad protectora de los derechos e intereses colectivos de la Ley 472 de 1998, las medidas previas buscan hacer efectiva dicha protección, cuando de esperarse a la culminación del proceso, las medidas que

¹ 2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Expediente: 08001-23-31-000-2005-03595-01. Providencia del 18 de julio de 2007.

se adopten en el fallo podrían resultar ineficaces, es decir, buscan conjurar de manera previa al fallo, un peligro o vulneración que se está presentando o que se percibe como de inminente ocurrencia y que no da tiempo a esperar por un fallo definitivo.

(...) En el caso concreto, el actor solicita que como medida previa “se disponga que el impuesto de alumbrado público se cobre con las tarifas estipuladas en el Acuerdo 022 de 2.004”, ello con miras a evitar un daño contingente.

Al respecto, considera esta Sala de decisión que para establecer si es viable decretar la medida previa solicitada por el actor, es necesario indagar si el daño contingente señalado por la parte actora se evidencia de forma manifiesta, si los fundamentos fácticos tienen un principio de prueba sobre su ocurrencia y, si la medida solicitada tiene el efecto útil de “prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado”, como lo exige el artículo 25 de la ley 472 de 1998. Lo anterior por cuanto la procedencia de la medida cautelar pende de la demostración o de la inminencia a un daño, para prevenirlo, o de la causación actual de un daño, para hacerlo cesar.

Al respecto, considera la Sala que, en este momento, en el cual aún no se ha trabado la relación jurídico procesal, con la notificación de la demanda a los demandados, no es posible concluir con base en los hechos planteados en la demanda y con fundamento en las pruebas aportadas con ésta, las cuales en su mayoría no se encuentran en estado de valoración, que exista un daño contingente que se pueda conjurar con que la medida previa pedida en la demanda.”

2. Hechos probados. Con la demanda se allegó, además de algunos documentos tomados del trámite administrativo contractual, copia de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Casanare dentro de la acción popular No.2013-00144-00, la guía de cálculo para tarifa de aprovechamiento emitida el Ministerio de Vivienda y encuesta CEPAL gestión de residuos sólidos domiciliarios 2019. El despacho llevó a cabo la descarga de los documentos publicados en el SECOP II con corte a fecha 4 de noviembre de 2022 a través del enlace dispuesto para esos efectos en la demanda.

A partir de la anterior prueba documental el despacho encuentra acreditado lo siguiente:

2.1 El 24 de agosto de 2021, SSYAM de Colombia S.A.S., presentó a la EAAAY, propuesta para la construcción e implementación de una planta de tratamiento, aprovechamiento y manejo integral e industrial de residuos sólidos urbanos con tecnología de punta, en el relleno sanitario “El Cascajar” del municipio de Yopal.

2.2. Mediante comunicación de 9 de mayo de 2022, la EAAAY ratificó el interés en la propuesta presentada y le solicitó a SSYAM de Colombia complementar la misma con el fin de proseguir el proceso de contratación atendiendo el manual de contratación de la entidad.

2.3. El 4 de agosto de 2022, SSYAM de Colombia, presentó nuevamente la propuesta con las modificaciones, correctivos y aclaraciones presentadas por el grupo validador de la propuesta.

2.4. El 12 de agosto de 2022, el grupo validador de la propuesta emitió concepto viable de la fase pre - operativa del proyecto presentado por SSYAM, y le otorgó 30 días hábiles para presentar los documentos, haciendo la claridad que, la presentación de los mismos no genera obligación de aceptar la propuesta, ni el reconocimiento de derechos económicos al proponente.

2.5. El 6 de septiembre de 2022, se emitió el concepto de viabilidad del proyecto, sujeto a condiciones o recomendaciones. Ese mismo día el proponente aceptó las recomendaciones del Comité Evaluador del proyecto y se publicó aviso para invitar, a quien pudiere estar interesado, a mejorar las condiciones ofertadas por el proponente.

2.6. El 12 de septiembre de 2022, se emitió la constancia de publicación del aviso, y de la no presentación de consulta o interés en el proceso de selección, ni de la presentación de ofertas en mejores condiciones a la presentada por SSYAM.

2.7. El 13 de septiembre de 2022 la EAAAY E.I.C.E. E.SP., suscribió contrato No. 147 con la Empresa SSYAM de Colombia S.A.S., por valor de \$15.446.130.000 y plazo de 25 años, cuyo objeto es la construcción e implementación de una planta de tratamiento, aprovechamiento y manejo integral e industrial de residuos sólidos urbanos con tecnología de punta, en el relleno sanitario El Cascajar del municipio de Yopal.

3. Verificación de los requisitos para el decreto de la medida. Considerando los anteriores preceptos normativos y jurisprudenciales procede el despacho a verificar si se cumplen los requisitos establecidos en la norma, para decretar la medida cautelar solicitada consistente en *“Que se ordene de manera inmediata la suspensión de los procedimientos tendientes al perfeccionamiento y/o ejecución del Contrato No. 147 de 2022 y/o la cesación de las actividades derivadas de su ejecución”*, y según el estado en que se encuentre el contrato *“que se ordene, con cargo al con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, la realización de los estudios para establecer la naturaleza del daño que se puede causar al patrimonio público del Municipio de Yopal, de la EAAAY y de los usuarios del servicio de Aseo con la suscripción del contrato referido”*

3.1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. La solicitud de la medida se sustentó en concordancia con los derechos colectivos invocados en la demanda, esto es, *la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público los derechos de los consumidores y usuarios, de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna, así como al goce de un ambiente sano*, en consideración a que, la EAAAY suscribió el Contrato No. 147 de 2022 con la Empresa SYYAM de Colombia S.A.S., **i)** bajo la falsa presentación y motivación de un contrato de colaboración empresarial y por **ii)** la transgresión a la prohibición establecida en el Decreto 1784 de 2017 por la instalación y operación de plantas de aprovechamiento de residuos sólidos al interior de rellenos sanitarios.

Invocándose entonces la vulneración de derechos colectivos por la suscripción de un contrato por empresa estatal cuya razón social se trata de la prestación de servicios públicos, encuentra el despacho la demanda se razonablemente fundada en derecho.

3.2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. El artículo 12 de la Ley 472 de 1998, señala que, toda persona natural o jurídica podrá ejercitar las acciones populares. Siendo el accionante habitante del municipio de Yopal, lugar de la suscripción y ejecución del contrato No. 147 de 2022, la titularidad de los derechos colectivos invocados en la demanda se encuentra demostrada.

3.3. 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. De acuerdo con los hechos probados, la EAAAY E.I.C.E. ESP, celebró contrato con la empresa SSYAM de Colombia S.A.S., cuyo objeto no tiene relación directa con la operación del servicio público de aseo.

Revisada la minuta del contrato y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 14.24 de la Ley 142 de 1994, la entidad pública, no hace entrega al contratista de la operación del servicio de aseo, sino de una de sus actividades complementarias tal como lo es la disposición final de los residuos o desechos. El objeto del contrato se limita a la construcción de una planta de tratamiento de residuos sólidos y el aprovechamiento de los mismos por un periodo determinado durante el cual, la empresa contratante recibirá un valor fijo de utilidades por tonelada aprovechada, a partir del primer año de la puesta en funcionamiento de la planta.

Partiendo de las anteriores premisas, lo primero es establecer, si la celebración del contrato debió regirse por la Ley 80 de 1993 tal como lo afirma el accionante, o, por la Ley 142 de 1994 conforme lo considera la entidad accionada.

La Ley 142 en su artículo 31, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2011, señala que, las entidades estatales que prestan servicios públicos domiciliarios no están sujetas a las disposiciones del estatuto general de contratación de la administración pública y, en consecuencia, sus contratos se rigen por las normas del derecho privado. El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 por su parte, señala que, las entidades estatales que, por disposición legal, cuenten con un régimen de contratación exceptuado al estatuto general de contratación estatal, desarrollarán su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

La Resolución No. 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, regula de manera integral los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo; en su artículo 1.3.2.1. señala que de conformidad con los artículos 30, 31, 32 y 39 de la Ley 142 de 1994 *“los actos y contratos que celebren las personas prestadoras de servicios públicos se someten en cuanto a su formación, cláusulas y demás aspectos legales al régimen del derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley.”* Y en el artículo siguiente señala que, a través de licitación pública deberán celebrarse los siguientes contratos: a) *Los contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas de los contratos que hayan creado tales áreas, en el sentido de modificar el concesionario, las tarifas, el área, su tamaño, el programa de inversiones o el término de duración de la misma”;* y “b) *Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación.* El artículo 1.3.3.1 enlista los contratos en los que se deberán pactar cláusulas exorbitantes o excepcionales, en virtud de lo cual deberán regirse por la Ley 80 de 1993, entre estos los siguientes: “b) En los contratos de obra, consultoría, suministro de bienes y compraventa, y los de mantenimiento siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda traer como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado y aseo en los niveles de calidad y continuidad debidos”; y “c) En los contratos en los que se entregue total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo, siempre que su objeto, de no ser cumplido en la forma pactada, pueda llevar a una falla en la prestación del servicio por el incumplimiento en la continuidad y/o calidad debidas;”.

En el sub lite, el objeto del contrato no se enlista dentro de aquellos que la Ley 142 de 1994 dispone sean celebrados a través de licitación pública, como tampoco, su objeto se enmarca dentro de aquellos en los que deban pactarse cláusulas exorbitantes o excepcionales, en consideración a que, de no ser cumplido en la forma pactada, de manera alguna traerá como consecuencia necesaria y directa la interrupción en la

prestación del servicio de aseo, pues como se mencionó en precedencia, el objeto del contrato celebrado se ejecuta a partir de la disposición final de los desechos o residuos.

En efecto, el precedente jurisprudencial de la corte de cierre de lo contencioso administrativo, en materia de servicios públicos, ha señalado que la Ley 142 de 1994 es una norma de carácter especial y, por tanto, su aplicación es preferente respecto de otras leyes y su campo de aplicación se extiende el régimen de los actos y contratos de las empresas que presten servicios públicos², sin embargo, no se trata de un régimen de contratación exceptuado al de la Ley 80 de 1993, sino uno especial y principal, que se define a partir del objeto sobre el cual recae y no por los sujetos que intervienen en el negocio jurídico, quiere ello decir, que no es la entidad estatal respecto de la cual se define el régimen de contratación aplicable, sino el objeto sobre el cual recae, cual no es otro en este asunto, sino el de la operación de un servicio complementario al servicio público de aseo, por lo que, en principio, el régimen aplicable es el contemplado en la Ley 142 de 1994.

Ahora, por medio de la Resolución No. 1273 de 2021, la EAAAY E.I.C.E. ESP adoptó el manual de contratación de la entidad y en esta se contempla como modalidades de contratación entre otras, la invitación pública siempre que el valor del contrato sea igual o superior a tres mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (3.000 SMLMV), dicha disposición se encuentra contenida en su artículo 36 y en este mismo se señala que, la escogencia de contratista por parte de la EAAAY se desarrollará de conformidad con las modalidades ahí contempladas.

Expuesto lo anterior, se observa que, el trámite de contratación con la empresa SSYAM de Colombia S.A.S., tuvo origen con la radicación de la propuesta por iniciativa del proponente, y en tal virtud, se dio aplicación al trámite contractual señalado en el artículo 50.2. de la Resolución 1273 de 2021, esto es, el contemplado para la modalidad de selección pública de operador de servicios por iniciativa de particular, según el cual: *“El procedimiento en este caso inicia con la radicación del particular de la propuesta que contenga la iniciativa para la operación de servicios (...)”*. En este mismo artículo se define los requisitos que debe cumplir la propuesta y el trámite de la iniciativa para su posterior aprobación por parte de un equipo evaluador designado por el gerente de la entidad. El numeral 10 del referido artículo contempla lo siguiente: *“El proponente deberá presentar dentro del término señalado por el equipo evaluador el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el costo del proyecto de operación de servicios, la descripción detallada de cada una de las fases y duración del proyecto, la justificación del plazo del contrato, el correspondiente análisis de riesgos, así como los estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica.”*

Revisados los documentos del proceso administrativo contractual, encuentra el despacho que en el proceso se dio cumplimiento tanto a las etapas contempladas en la precitada norma para la modalidad de selección pública de operador de servicios por iniciativa particular y que la propuesta fue evaluada por el equipo designado para esos efectos, llevando a cabo el análisis de la propuesta, en virtud de lo cual emitió concepto preliminar respecto al cumplimiento de los requisitos mínimos de la propuesta, haciendo el respectivo análisis de los aspectos financieros, económicos, ambientales y sociales, emitiendo las respectivas recomendaciones y conclusiones que en resumen indican lo siguiente: i) la EAAAY no debe hacer ninguna inversión o erogación presupuestal, ii) el proyecto es coherente con el Plan de Desarrollo del municipio, iii) presenta inconsistencias que dificultan la comprensión del mismo (clasificación y organización de la información). La recomendación es la siguiente: “Se

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 24 de septiembre de 2020. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

recomienda realizar ajustes al proyecto, teniendo en cuenta las observaciones presentadas en este concepto, realizando una buena selección de la información y atendiendo las observaciones relacionadas sobre todos los aspectos, entre ellos también los operativos y ambientales que resultan ser determinantes para definir la viabilidad del proyecto.” El proponente presentó nuevamente el proyecto con las modificaciones, correctivos y aclaraciones indicadas por el equipo validador de la propuesta. El equipo evaluador emitió concepto favorable de la propuesta para la fase pre-operativa, en consideración a que, el proponente atendió las observaciones y ajustes solicitados en el concepto preliminar, aunado a ello, se pone de presente la sugerencia en torno a la forma de presentación del proyecto para la fase operativa y los documentos que debe allegar para la presentación del proyecto en esa fase, entre otros, el modelo financiero del proyecto, descripción detallada de las fases del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos, estudios de impacto ambiental, económico y social, estudios de factibilidad y anexos los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial de financiación y de experiencia en la operación de servicios.

Previa evaluación de los aspectos técnicos, financieros y jurídicos del proyecto, se comunica al proponente la viabilidad del proyecto, sujeto a condiciones y recomendaciones y se publica aviso para que, quien esté interesado en mejorar las condiciones ofertadas por el proponente, haga la respectiva manifestación dentro el término de cinco días.

Las actuaciones administrativas previa firma del contrato No. 147 se encuentran *prima facie*, ajustadas al trámite contractual establecido en la Resolución No. 1723 de 2021. El contrato fue denominado “*Contrato de colaboración empresarial en alianza estratégica*”, sin embargo, a juicio del accionante, se trata de un contrato de concesión que debió celebrarse de conformidad con la Ley 1508 de 2012 que establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas.

Revisada la Ley 1508 de 2012, en su artículo 3 preceptúa: “*La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento*”, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura”. Y a continuación señala: También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. (...) Parágrafo 2: “*Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores*”. El artículo 14, se refiere a la estructuración de proyectos por agentes privados, según el cual “*los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración (...)*”. El trámite para la aceptación o rechazo de la iniciativa privada, está regulado en los artículos siguientes, por lo que, no necesariamente la modalidad de contratación de dichas asociaciones lo deban ser a través de licitación pública.

De acuerdo con lo anterior, es posible que, para la celebración del Contrato No. 147 el régimen aplicable fuera el régimen establecido en la Ley 1508 de 2012 que también contempla la posibilidad de celebrar contratos de asociación público privada por iniciativa privada y el respectivo trámite para la aprobación o rechaza de la iniciativa, sin embargo, para determinar el régimen que debió imprimirse a la propuesta presentada por el contratista, es necesario llevar a cabo un estudio de fondo en el asunto en donde se contemple los pormenores del contrato, y el campo de aplicación de las normas que lo regulan de acuerdo con el objeto del mismo.

Lo cierto es que, la EAAAY celebró el Contrato No. 147, de acuerdo con las normas contempladas en el manual de contratación de la entidad, dentro del cual se dio cumplimiento a las etapas dispuestas para la modalidad de contratos por iniciativa de particular, por tanto, las aseveraciones del accionante respecto a que, el contrato fue celebrado sin haber desarrollado los estudios, análisis, verificaciones y cotejos mínimos tendientes a evaluar los costos de las obras, su calidad, eficiencia, ni la confiabilidad tecnológica de los equipos a instalar, no resulta del todo cierto cuando, el equipo evaluador de la entidad, luego de emitir las evaluaciones de los aspectos técnicos y financieros de la obra, le dio la respectiva viabilidad al proyecto.

En cuanto a que, no se constató la capacidad financiera del contratista, la experiencia del mismo en la operación de este tipo de proyectos, la veracidad de la información suministrada, el respaldo y las garantías ofrecidas por fondos internacionales, se verifica en el certificado de existencia y representación legal de SYAM de Colombia que, fue inscrita en el registro mercantil el 9 de octubre de 2014, con domicilio principal en la ciudad de Tunja; el objeto social de la empresa corresponde a la i) *“separación, recuperación y comercialización de residuos sólidos inorgánicos aprovechables en plataformas técnicas, ii) comercialización, beneficiado, reutilización de residuos sólidos inorgánicos en todas sus presentaciones, c) planear, diseñar, ejecutar e implementar el montaje de equipos y maquinaria de todo tipo de uso industrial”* entre otros. Respecto a la información financiera, se observa en el certificado la siguiente: Activo corriente: \$1.761.397.000,00; activo total: \$2.360.097.000,00; pasivo corriente: \$183.855.000,00; pasivo total: \$183.855.000,22; \$patrimonio \$2.176.424,00; utilidad/pérdida operacional: \$228.920.000,00; gastos de intereses: \$3.740.000,00 Siguiendo con el mismo certificado, en cuanto a la experiencia de la empresa, se registra la ejecución de siete contratos, uno celebrado con Servigenerales Ciudad de Tunja S.A. ESP-Servitunja S.A. por cuantía de 806 SMMLV y los seis restantes con un particular por cuantías que oscilan entre los 13, 3 y 442 SMLMV. A continuación del reporte de información financiera y la experiencia, se hace en el certificado la siguiente anotación: *“Esta información fue objeto de verificación documental por parte de la Cámara de Comercio de Tunja”*.

En cuanto a las garantías ofrecidas por fondos internacionales, en el contenido del proyecto en -fase operativa-, se señala lo siguiente: *“Capacidad financiera o de potencial financiación: SSSyam de Colombia S.A.S. estableció un Joint Venture con una empresa de origen noruego denominada NORWEGIAN GREEN POWER COLOMBIA SAS, sociedad legalmente constituida según consta en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, identificada con el NIT No. 901.552.401-7, la cual se compromete a financiar el 100% del proyecto construcción de una planta de tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos en el relleno el cascajar del municipio de Yopal”* Como anexo se encuentra: *“Certificación de intención para la financiación del proyecto “Instalación planta de tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos en el relleno sanitario El Cascajar”*, firmado por la representante legal de Norwegian Green power Colombia SAS, empresa de la cual también obra certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

A pesar que, la referida certificación no es prueba suficiente que acredite la capacidad financiera para la ejecución del proyecto, en este punto es necesario hacer las siguientes acotaciones: i) el contratista resulta ser el principal interesado en que la obra se ejecute en el plazo establecido en el contrato, pues la recuperación de la inversión y las utilidades del contrato penden de la terminación y puesta en funcionamiento de la obra, ii) los costos de la obra, su calidad y eficiencia son aspectos que redundarán principalmente en beneficio del contratista, iii) la Empresa de Servicios Públicos de Yopal, no está obligada a efectuar erogación presupuestal alguna, la inversión corresponde de manera exclusiva al contratista y iv) la celebración

y ejecución del contrato de manera alguna redundante o tiene incidencia alguna en la tarifa que por servicio de aseo se cobra a los usuarios.

Que el régimen de contratación aplicado para la celebración del contrato No. 147, no corresponda al contemplado para los contratos de concesión o de asociación público privadas, *per se* indica la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, cuando el análisis de los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones del accionante no son determinantes para establecer la necesidad perentoria de la *medida cautelar* solicitada, toda vez que, la ejecución del contrato, no redundante de manera alguna en la prestación directa del servicio de aseo a los usuarios, como tampoco el municipio está haciendo actualmente el aprovechamiento de los residuos sólidos en el relleno sanitario El Cascajar, luego entonces construir una planta para el aprovechamiento de la basura del municipio con recursos del sector privado de qué manera puede hacer más gravoso para el interés público negar la suspensión del contrato?. Arguye el accionante que, “*no se evaluó el panorama de riesgos, ni el impacto para la economía de los ciudadanos y las finanzas de la empresa*”. El análisis de riesgos, se encuentra contemplado dentro del proyecto de la fase de operación presentado por el contratista, mismo que fue revisado por el equipo evaluador de la entidad, que posteriormente emitió concepto de viabilidad de la propuesta. En lo que toca al impacto para la economía de los ciudadanos y las finanzas de la empresa, la celebración de un contrato cuyo riesgo financiero lo asume el contratista y del cual la empresa pública recibirá utilidades sin acometer o variar la tarifa del servicio de aseo a los usuarios no se establece que pueda ser negativo, ni para la entidad, ni para los usuarios del servicio. Si hay incumplimiento del objeto contractual, aspecto que sale de la órbita de este asunto, la entidad cuenta con las acciones judiciales ordinarias y principalmente con las garantías a que está obligado constituir el contratista, las cuales se encuentran contempladas en la minuta del contrato.

Respecto al alcance y características de la moralidad administrativa la jurisprudencia de la Corporación de lo contencioso administrativo ha sostenido³:

*“En los criterios jurisprudenciales reseñados es fácil advertir consenso en torno a i) la naturaleza dual de la moralidad como principio y derecho de rango constitucional; ii) el carácter normativo de jerarquía superior de este concepto jurídico; iii) la necesidad de integrar sistemáticamente su contenido a partir de principios, valores y normas que integran el ordenamiento, iv) que su positivización está orientada a controlar eficazmente que las actuaciones de las autoridades públicas se enderecen en cada caso concreto al cumplimiento de los fines estatales y v) **a que el juicio de moralidad se adecúe con rigor a las circunstancias particulares del caso, a partir de criterios objetivos, ajenos a las nociones morales o éticas del juez.** Empero, también se observa dificultad en lo que toca con la fuente del contenido sobre el que debe adelantarse el juicio de moralidad; así, desde un extremo se sostiene que debe fundarse en el principio de legalidad, **al tiempo que se plantea que la moralidad y la legalidad no se implican necesariamente, de donde la ilegalidad per se no es suficiente para concluir la inmoralidad y que esta última puede configurarse sin que sea conditio sine qua non la violación de la norma legal positiva.** Asunto que, sin desconocer el alto grado de complejidad que reviste, dado que en él subyacen centenarias discusiones iusfilosóficas sobre el deslinde o la vinculación entre el derecho y la moral y disímiles posiciones ideológicas sobre el carácter normativo de la constitución, el juez de la acción popular debe abordar con criterios uniformes, pues sobre sus decisiones gravita el deber constitucional de asegurar la eficacia de la moralidad administrativa, conforme con las disposiciones constitucionales de los artículos 2, 13 y 88.”*

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Sentencia de 27 de marzo de 2014. Radicado No. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP) C.P. Dr. Stella Conto Díaz del Castillo

Respecto a la definición y alcance del derecho colectivo de defensa al patrimonio público, en sentencia de unificación el H. Consejo de Estado⁴ señaló:

129. Del anterior recuento, la Sala Especial deduce que no se observa contradicción en la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la definición de la garantía de la defensa del patrimonio público. En efecto, esta corporación en sentencia del 4 de marzo de 2019, afirmó que «Resulta pacífico el criterio que ha sentado la Corporación al definir el derecho colectivo que garantiza la protección del patrimonio público como aquel que busca resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del Estado además de propugnar por una administración eficiente que evite cualquier detrimento al patrimonio estatal. [...]»; sin embargo, este concepto se entiende complementado con la definición que del patrimonio público establece la Sala Especial en esta oportunidad, dada su relación.

130. Por otra parte, la Sala destaca el vínculo inescindible entre los derechos o intereses colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa, relación que fue establecida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia de 31 de mayo de 2002 y reiterada también de forma tranquila en posteriores pronunciamientos⁹¹. Sobre el particular, en la referida providencia se precisó lo siguiente:

b) Derecho Colectivo a la protección del Patrimonio Público. Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia, toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular. La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales. Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto.»

135. La defensa del patrimonio público, conforme lo ha determinado el Consejo de Estado, tiene una doble naturaleza. La primera es la dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho, y la segunda, una objetiva o de principio, que se convierte en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo a lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, de forma eficiente y transparente y observando la legalidad presupuestal vigente.

136. En consecuencia, para que se configure la vulneración a la garantía colectiva a la defensa del patrimonio público se requiere de la confluencia de los elementos: i) subjetivo, referido al análisis de la gestión de ese patrimonio a cargo del funcionario, de modo que si ésta se hace de forma irresponsable, deshonesto o negligente, se transgrede el interés colectivo protegido y, ii) objetivo, que se relaciona con el deber de las entidades estatales de gestionar el patrimonio público, de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política”.

Como puede verse, la moralidad y la legalidad no se implican necesariamente, y el hecho que a juicio del accionante la EAAAY haya celebrado el contrato 147 de 2022 bajo el régimen de contratación equivocado, trae consigo vulneración directa de la moralidad administrativa, cuando el objeto del mismo versa sobre una actividad

complementara del servicio de aseo, que de manera alguna pone en riesgo la calidad y continuidad de la prestación del servicio a los usuarios. Tampoco es posible predicarse la puesta en riesgo del patrimonio del Estado, pues, nótese que el valor del contrato no está constituido por dineros públicos, como tampoco las utilidades del mismo provendrá de la prestación directa de un servicio público a los usuarios, sino del aprovechamiento de los desechos y residuos que en la actualidad se están enterrando en el relleno sanitario y del cual actualmente no se establece el más mínimo aprovechamiento.

Expuesto lo anterior, no es posible para el despacho concluir en esta etapa primigenia del proceso, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla, pues la inversión para la ejecución de la fase 1 del contrato proviene exclusivamente del sector privado, y porque avanzar en la construcción y puesta en funcionamiento de una planta de aprovechamiento de residuos sólidos, en predio del Estado sin que se haga transferencia del mismo al contratista, de manera alguna pone en riesgo el interés general de la comunidad, más la suspensión de la ejecución de las obras, modifica de manera alguna el estado actual de cosas para la comunidad.

Por último, en cuanto a la transgresión de la prohibición establecida en el Decreto 1784 de 2017 por la instalación y operación de plantas de aprovechamiento de residuos sólidos al interior de rellenos sanitarios, leído el artículo 2.2.2.2.14 de dicho decreto, se advierte que, la prohibición se dirige a que la actividad de recuperación de residuos sólidos se lleve a cabo en el frente de operación del relleno sanitario, y de acuerdo al plano visto en la réplica que a la solicitud de medida presentó la EAAAY, la ejecución del proyecto no se ubica en esa zona y en tal virtud, no hay transgresión a la referida prohibición, sin embargo, acerca de relleno El Cascajar existe pronunciamiento judicial dentro de la acción popular No. 2013-00144-00 que se encuentra en trámite de verificación de cumplimiento de la sentencia, aspecto que será objeto de estudio y consideración en la decisión de fondo en el presente asunto.

Ahora, es del caso mencionar, que el estudio de los requisitos contemplados en el artículo 231 del CPACA para la procedencia de la medida cautelar no se agota con el análisis a partir de los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones presentados por el accionante, que permitan concluir que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla. Adicionalmente, se deben cumplir dos condiciones; la primera, que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable y la segunda, que existan serios motivos para considerar que, de no otorgarse la medida, los efectos de la sentencia serían nugatorios.

El perjuicio irremediable debe ser acreditado por el accionante, y no lo hizo, como tampoco los efectos de la sentencia serán nugatorios por no decretar en este momento la suspensión del contrato, pues se itera que, la inversión de recursos y el consecuente riesgo, corre de manera exclusiva por cuenta del contratista, por lo que el probable incumplimiento del contrato, no pone en riesgo el patrimonio público del Estado, el riesgo para el Estado es, dejar de obtener el beneficio de una actividad que actualmente no es objeto de aprovechamiento, ni de ingresos para las finanzas de la entidad, ni del municipio.

Corolario lo expuesto, por no cumplir con los requisitos que contempla el artículo 231 del CPACA, se negará el decreto de la medida cautelar solicitada suspensión de los procedimientos tendientes al perfeccionamiento y/o ejecución del Contrato No. 147 de 2022 y/o la cesación de las actividades derivadas de su ejecución, así como los estudios para establecer la naturaleza del daño por la celebración del referido contrato.

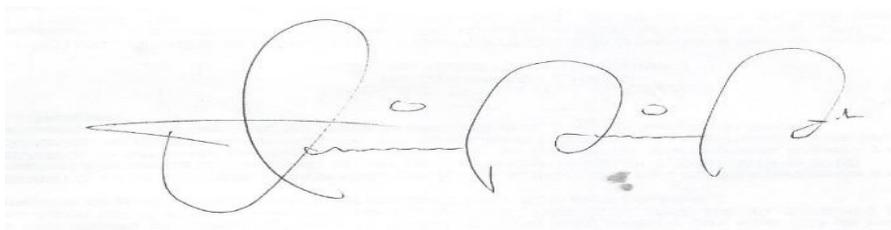
En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal,

RESUELVE

PRIMERO: Negar la medida cautelar solicitada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada y en firme esta decisión, téngase por culminado el presente trámite especial, y continúese con lo pertinente en el cuaderno principal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUBIER ANÍBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez

