



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Referencia:	Medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos
Radicación:	44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandantes:	PROCURADOR 91 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE LA GUAJIRA y PROCURADORA 42 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE LA GUAJIRA
Demandados:	NACIÓN - MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO Y SUR AZUL S.A. E.S.P.
Tema:	La amenaza del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público

Sentencia de segunda instancia

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por los demandantes en contra de la sentencia de 25 de noviembre de 2021, proferida por el **Tribunal Administrativo de La Guajira**.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda¹

1. El **Procurador N° 91 Judicial I Para Asuntos Administrativos de La Guajira²** y la **Procuradora N° 42 Judicial II Para Asuntos Administrativos de La Guajira³**, en ejercicio de la acción popular establecida en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por las leyes 472 de 1998⁴ y 1437 de 2011⁵, presentaron demanda en contra de la **Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** y de la sociedad **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A. E.S.P.**, con miras a obtener la protección de los derechos colectivos previstos en los literales **e), j), y n)** del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, los cuales consideraron vulnerados con ocasión del proceso de contratación de mayor cuantía N° 001 de 2019 y del contrato de operación con inversiones N° 001 de 15 de enero de 2020.

¹ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico N° 44001-23-40-000-2020-00019-01, contenido en el aplicativo Web SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609». Páginas 3 y S.S.

² Edwin José López Fuentes.

³ Pilar Medina Olmos.

⁴ “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.



2. En consecuencia, formularon las siguientes pretensiones:

«**PRIMERO.** - Se **AMPAREN** los derechos colectivos contemplados en los literales e, n, y ultimo inciso del artículo 4 de la Ley 472/98.

SEGUNDO. - Que consecuentemente, se impartan las siguientes órdenes:

2.1 SE EXHORTE A LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS para que ejercite la función prevista en el artículo 79.11 de la Ley 142/94 y cualquier otra que esté dentro de sus funciones, en defensa de los intereses de los usuarios, hasta tanto la justicia contenciosa administrativa defina sobre la legalidad del contrato.

2.2 Con el mismo condicionamiento, se EXHORTE al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por intermedio de la Dirección General de Apoyo Fiscal, en aras de que evalúe y adopte las medidas que sean del caso, como parte de las actividades de seguimiento, a su cargo, en los términos del Decreto 028/08 y sus normas reglamentarias.

2.3 Se ordene a SUR AZUL SA E.S.P y al operador, efectúen las modificaciones, a que hubiere lugar, al Contrato de Operación con Inversión 001 de 2020 con la finalidad de ampliar las garantías constituidas o cualquier figura jurídica determinada en las normas superiores, tomando como base, no el mínimo de inversión, a que se comprometió el operador, sino el valor de los Activos (año 2018) afectos al servicio o un monto más actualizado.

2.4. Se ordene a la empresa SUR AZUL SA E.S.P. y al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, en coordinación con los siete (7) entes territoriales, efectúen, un estudio, que respete los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad en la determinación de la remuneración por el uso y goce de la infraestructura destinada a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, tomando, como referencia el valor total de los activos sobre los cuales se concede el usufructo año 2018 o un monto más actualizado.

2.5 Se ordene a los demandados, vencidos en juicio, la constitución de una garantía bancaria o una póliza de seguros mediante la cual se garantice el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 472/98.

TERCERO- Se ordene la integración de un Comité de Vigilancia, verificación y Seguimiento en los términos previstos en el artículo 34 de la Ley 472/98. En este sentido, sugerimos la siguiente integración i) un Magistrado designado para el efecto por la Sala Plena del Tribunal Administrativo; ii) los demandados vencidos en juicio; iii) la Procuraduría General de la Nación, como representante del Ministerio Público. iv) El personero municipal v) Un Comité de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios a quien haga sus veces en el Distrito o en su defecto una veeduría local o regional.

CUARTO. DESIGNAR a la Defensoría del Pueblo para que vigile el cumplimiento de la sentencia que resuelva la presente acción.

QUINTO. ENVIESE a la Defensoría del Pueblo copia de la demanda, del auto admisorio de la misma y del fallo que se profiera, conforme los señala el artículo 80 de la ley 472 de 1998»



3. Como fundamento de las pretensiones, los demandantes indicaron que el 2 de noviembre de 2000 la **Asociación de Municipios del Sur de la Guajira - ASOAGUA** y el **Consorcio Aguas de la Península** suscribieron el contrato de operación y gestión del servicio público de acueducto y alcantarillado, el cual fue cedido a la sociedad **Aguas del Sur de la Guajira S.A. E.S.P.**, en virtud de «*la implementación del esquema de regionalización definido para los municipios de San Juan del Cesar, Fonseca, Distracción El Molino, Hatonuevo y Villanueva*».

4. Señalaron que el término inicial del contrato era de doce años, pero mediante distintas actas modificatorias, la ejecución de éste se extendió hasta el 30 de noviembre de 2018.

5. Manifestaron que el municipio de Barrancas decidió, en el año 2015, desvincularse del esquema regional de prestación del servicio y constituyó una empresa municipal denominada **Aguas de Barranca S.A. E.S.P.**, encargada de la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.

6. Indicaron que con el apoyo del **Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico** del **Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** se realizó un nuevo estudio técnico, el cual concluyó que la forma más eficiente de prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado en los municipios de **Barrancas, Distracción, El Molino, Fonseca, Hatonuevo, San Juan del Cesar y Villanueva**, consistía en un esquema regional.

7. Adujeron que los municipios de **Barrancas, Distracción, El Molino, Fonseca, Hatonuevo, San Juan del Cesar y Villanueva**, previa autorización de los respectivos Concejos municipales, constituyeron la sociedad **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A. E.S.P.**, y que aportaron, como capital social, «*el uso y goce de la infraestructura afecta a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado*».

8. Comentaron que la **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A.** tiene por objeto «*contratar al Operador Especializado para que este, a su vez, se encargará, entre otras actividades, de la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado*» en los municipios de Barrancas, Distracción, El Molino, Fonseca, Hatonuevo, San Juan del Cesar y Villanueva.

9. Relataron que, en desarrollo de su objeto social, la sociedad demandada, a través de su representante legal, publicó el cronograma de la invitación pública N° 001/2019, con el propósito de «*vincular un OPERADOR ESPECIALIZADO CON INVERSIÓN, que preste los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, así como la gestión, diseño, interventoría técnica, administrativa y financiera de las obras que se contraten; reposición, rehabilitación, expansión,*



operación y mantenimiento de la infraestructura de los sistema de acueducto y alcantarillado de los municipios».

10. Indicarón que, mediante escrito de 16 de diciembre de 2016, le solicitaron al gerente de la sociedad demandada que dejara sin efectos el cronograma de la invitación pública N° 001/2019 o lo declarara desierto, a efectos de *«analizar y adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y los derechos de los consumidores y usuarios de los 7 municipios»* y preparar *«unos estudios previos que permitieran elaborar unos términos de referencia (...) [conforme con] los principios de planeación (...), de economía, transparencia y de escogencia objetiva del contratista»*.

11. Señalarón que, mediante escrito de 20 de diciembre de 2019, el gerente de la sociedad **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A.**, emitió respuesta a la solicitud anterior, y les informó que *«conforme a los artículos 31 y 32 de la Ley 142/94, modificado por el artículo 3 de la Ley 689/01, sus contratos no estarían sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación»*.

12. Indicarón, con fecha 21 de diciembre de 2019, la **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A.** adjudicó la invitación pública N° 001 de 2019 a la *«promesa de sociedad futura AGUAS TOTAL S.A.S. E.S.P.»*, y que el 15 de enero de 2020 se celebró el contrato de operación con inversión N° 001 de 2020.

13. Con base en lo anterior, sostuvieron que el **Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** y la sociedad **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A.**, vulneraron los derechos colectivos *a la defensa del patrimonio público, a la prestación eficiente de los servicios públicos y los derechos de los consumidores y usuarios*, debido a las siguientes razones:

13.1. En primer lugar, señalarón que el proceso de selección del contratista no se hizo de acuerdo con lo previsto en la Ley 80 de 1993 y las guías y manuales expedidos por la **Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente – CEE**; por lo que se incumplieron las normas relativas a la expedición y publicación del auto de apertura de la licitación, las relacionadas con la expedición y publicación de los avisos contemplados en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y se seleccionó a una persona jurídica inexistente al momento del proceso de selección.

13.2. En relación con lo anterior, precisaron que la sociedad demandada omitió publicar el acto de apertura de la licitación y los avisos de la convocatoria en el SECOP I, con lo que se desconoció el artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto N° 1082 de 2015. Asimismo, indicaron que dichos documentos tampoco fueron publicados en la página web de la entidad demandada.



13.3. Igualmente, y en lo asociado a la imposibilidad de adjudicar el contrato a una sociedad inexistente, expresaron que la propuesta de promesa de sociedad futura desconocía las normas contractuales y amenazaba los derechos colectivos a la prestación eficiente de los servicios públicos y a la defensa del patrimonio público porque esta figura jurídica no existe y no se puede asemejar a las uniones temporales y a los consorcios.

13.4. En segundo lugar, adujeron que el objeto del Contrato N° 001 de 15 de enero de 2020 es «*pluricomprendivo*» en tanto que, conformidad con el ítem 3.1 de los términos de referencia y de las cláusulas 8° y 20 del negocio jurídico, se buscaba: **(i)** «*garantizar la gestión eficiente, continua y regular de la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado y sus Actividades Complementarias en los municipios de Barrancas, Distracción, El Molino, Fonseca, Hatonuevo, San Juan del Cesar y Villanueva [...]*»; y **(ii)** entregar «*[...] total o parcialmente la operación y/o gestión de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo [...]*».

13.5. Así las cosas, concluyeron que la naturaleza del Contrato N° 001 de 15 de enero de 2020, celebrado entre la **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A.** y la sociedad **Aguas Total S.A.S.**, no encajaba dentro del supuesto previsto para los contratos de «*operador especializado con inversión*», regulado en el artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994 porque en esta oportunidad el objeto contractual no consistió en la «*operación total o parcial de actividades concernientes al servicio público*», **sino que se celebró un contrato de concesión**, en los términos previstos en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

13.6. En tercer lugar, señalaron que el régimen jurídico del Contrato de operación N° 001 de 15 de enero de 2020 es el previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3° de la Ley 689 de 2001. En criterio de los demandantes, solo a las entidades que prestan materialmente servicios públicos les aplica el régimen especial de contratación previsto en la Ley 142 de 1994.

13.7. Por último, y en relación con este argumento, señalaron que el objeto de la sociedad **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A.**, conforme a la Escritura Pública N° 771 de 30 de noviembre de 2018, no es la prestación de un servicio público, sino la contratación de un «*Operador Especializado con Inversión para que éste se encargara, a su vez (...), de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en los municipios*».

13.8. En cuarto lugar, sostuvieron que aceptar la tesis de la sociedad demandada, consistente en la inaplicabilidad del régimen general de contratación, implicaría que el esquema regional utilizado en el *sub examine* para garantizar la prestación de los



servicios públicos se hizo para «*defraudar normas de carácter imperativo [y] eludir la licitación*».

13.9. En quinto lugar, indicaron que se vulneraron los principios de planeación y transparencia porque se desconoció la *Guía para la elaboración de estudios del sector*, elaborado por la **Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente – CEE**, y el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto N° 1082 de 2015.

13.10. Según los demandantes, para la elaboración de los estudios previos y de los términos de referencia, la sociedad demandada no contaba con información objetiva y real del sector, ya que los estudios existentes⁶, «*solo hacen referencia teóricas y abstractas sobre*» los índices de liquidez mayor o igual a 1.3, índice de endeudamiento menor al 70%, capital de trabajo mayor o igual a 2.000 SMLMV, patrimonio mayor o igual a 25.000SMLMV, y razón de cobertura de interés mayor o igual a 2.5. Por lo cual, infirieron los demandantes, estos requisitos habilitantes se incluyeron «*por mera liberalidad o discrecionalidad del Gerente de SUR AZUL S.A. E.S.P.*»

13.11. En consonancia con el argumento anterior, sostuvieron que también se desconoció el deber de selección objetiva porque la estructuración de los requisitos habilitantes⁷ hicieron exclusivamente al libre albedrío del estructurador en la etapa precontractual, por lo que se desconoció el principio de proporcionalidad y el artículo 44 del CPACA.

13.12. En sexto lugar, expusieron que los factores ponderables no garantizaban las condiciones objetivas de selección porque existían dos inconsistencias. La primera tiene que ver con el indicador utilizado: índice de agua no contabilizada - IANC. Según los demandantes, este indicador no mide pérdidas de aguas vigentes, sino que, conforme a la Resolución N° 688 de 2014 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, es el índice de pérdidas por suscriptor el indicador previsto para ello.

13.13. La segunda inconsistencia, de acuerdo con los actores, consistió en que los valores de los rangos contemplados en los términos de referencia excedían lo previstos en la Resolución N° 287 de 2004, que establece «*como máximas pérdidas aceptables un IANC de 30%*».

13.14. En séptimo lugar, señalaron que ninguno de los documentos precontractuales se indicó cuál sería el valor del contrato, con lo que se vulneraba el principio de economía. Además, indicaron que la indeterminación del valor del contrato afectaba la «*constitución, expedición y aprobación de las garantías*». En ese orden de ideas, concluyeron que **se afectó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público porque «los bienes afectos al servicio público quedaron sin poder ser**

⁶ Tales como el Análisis del sector componente técnico y el Análisis del sector componente financiero.

⁷ Tales como índice de liquidez mayor o igual a 1.3, índice de endeudamiento menor al 70%, capital de trabajo mayor o igual a 2.000 SMLMV, patrimonio mayor o igual a 25.000SMLMV y razón de cobertura de interés mayor o igual a 2.5.



garantizados o en el mejor de los casos por un valor impropio, a consecuencia, principalmente, de la improvisación del estructurador en la fijación de aspectos tan vitales, como la determinación del valor del contrato y el valor contable de los bienes afectos al servicio entregados al operador [...]». [Negrillas de la Sala]

13.15. Adicionalmente, pusieron de relieve que lo mismo ocurrió en relación con las pólizas destinadas a amparar el *«pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal y calidad y correcto funcionamiento de los bienes entregados»*. En criterio de los demandantes, en los estudios previos se indicó que el valor asegurado dependería del valor del contrato y, por el contrario, en la minuta se estipuló que estas ascenderían al 10% de la suma de 2.500.000.000, sin que existiera fundamento alguno para fijar dicha suma.

13.16. En consonancia con lo anterior, también indicaron que se omitió precisar el valor de los bienes destinados a la operación y que en los términos de referencia se acordó realizar un inventario general de bienes, a efectos de verificar el estado y valor de los mismos. Lo anterior, a juicio de los demandantes, vulneró el principio de planeación porque *«no es con posterioridad sino antes de emprender el proceso de selección que la administración debe realizar los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande»*.

13.17. En octavo lugar, manifestaron que *«al develarse que los bienes afectos al servicio a 2018 en los 7 municipios ascienden a la suma de 107.491.221.254, [se] pone en entre dicho los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad en la determinación de los \$85.000.000, mensuales, como remuneración por el uso y goce de la infraestructura destinada a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado a favor de SUR AZUL S.A. E.S.P., como quiera que es una cifra, manifiestamente, subestimada en virtud a que porcentualmente sobre el valor total de los activos sobre los cuales se concede el usufructo implicaría solo un 0,07907622502 %»*.

13.18. En noveno lugar, sostuvieron que ni en los estudios previos y tampoco en términos de referencia se sustentó por qué razón *«la vinculación de un socio operador constituy[e] la mejor alternativa para mejorar los indicadores de cobertura, calidad y continuidad de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en [los] municipios pertenecientes al esquema regional»*.

I.2. Actuación procesal en primera instancia

14. La magistrada del **Tribunal Administrativo de La Guajira** a cargo de la sustanciación del proceso, mediante auto de 21 de febrero 2020⁸, admitió la

⁸ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico N° 44001-23-40-000-2020-00019-01, contenido en el aplicativo Web SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609». Páginas 129 y S.S.



presente demanda en contra de la sociedad Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A. y de la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Igualmente, vinculó a la empresa Aguas Total S.A.S. E.S.P., a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a los municipios de San Juan del Cesar, Fonseca, Distracción, El Molino, Hatonuevo, Villanueva y Barrancas. En tal sentido, ordenó la notificación y el traslado correspondiente a las autoridades demandadas y vinculadas para que contestaran, propusieran excepciones y aportaran y/o solicitaran la práctica de pruebas.

15. También ordenó notificar al agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Además, dispuso comunicar la acción de la referencia a los miembros de la comunidad.

I.3. Contestaciones de la demanda e intervenciones

16. El alcalde del **municipio de Distracción**, mediante escrito radicado el 4 de marzo de 2020⁹, propuso la excepción de buena fe, comoquiera que la sociedad Sur Azul S.A. E.S.P., fue creada para garantizar la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el municipio.

17. También sostuvo que la empresa Sur Azul S.A. E.S.P. cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, razón por la cual dentro del proceso de escogencia del operador gestor no tomaron parte los municipios directamente, por lo que no cuenta con piezas procesales contractuales ni herramientas de juicio para pronunciarse de fondo sobre la *litis* planteada.

18. El apoderado judicial del **Ministerio de vivienda, ciudad y territorio**, en escrito radicado el 9 de marzo de 2020¹⁰, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que la supuesta vulneración de los derechos colectivos no le es atribuible a dicha entidad y, por ende, carece de legitimación en la causa por pasiva.

19. La empresa **Sur azul S.A.E.S.P.**, por conducto de su gerente y en escrito de 9 de marzo de 2020¹¹, contestó la demanda en los siguientes términos:

20. Manifestó que los actos de contratación de las empresas de servicios públicos se hacen conforme con lo establecido en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de

⁹ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico N° 44001-23-40-000-2020-00019-01, contenido en el aplicativo Web SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609». Páginas 175 y s.s.

¹⁰ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico N° 44001-23-40-000-2020-00019-01, contenido en el aplicativo Web SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609». Páginas 178 y s.s.

¹¹ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico N° 44001-23-40-000-2020-00019-01, contenido en el aplicativo Web SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609». Páginas 226 y s.s.



1994, el cual dispone que, salvo que la Constitución Política o la ley dispongan otra cosa, estos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

21. Puntualizó que, con el acompañamiento del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, efectuó un análisis del sector financiero y técnico; estudio que se realizó de forma juiciosa y coherente, para así determinar la viabilidad financiera en la estructuración del esquema regional de prestación de los servicios públicos de acueducto y de alcantarillado en los municipios de Barrancas, El Molino, Fonseca, San Juan del Cesar, Hatonuevo y Villanueva.

22. En cuanto al análisis del sector en su componente financiero, adujo que este documento fue elaborado con el apoyo del Banco Mundial y que, en términos generales, el estudio contenía la siguiente información: (i) se tomó una muestra de 287 prestadores del servicio público de acueducto y alcantarillado y se analizó la información financiera reportada en el SUI [sistema único de información]; (ii) a partir de la muestra se definieron las características del operador inversor, y (iii) se analizaron los componentes de liquidez, endeudamiento, capital de trabajo, cobertura y rentabilidad, y con base en estos se fijaron los valores de los indicadores financieros habilitantes.

23. A partir de lo anterior concluyó que: *«los requisitos financieros habilitantes no fueron establecidos al libre albedrío»* del contratante, sino que fueron producto de un *«juicioso análisis del sector (...), [de los] indicadores conforme al mercado de servicios públicos domiciliarios, (...) [de la] aplicación de buenas prácticas de contratación (...) [y de] un análisis con gran muestra de empresas»*.

24. Precisó que los requisitos financieros habilitantes fueron flexibilizados con ocasión de las observaciones y comentarios que se recibieron después de la publicación de los términos de referencia iniciales. Entre las flexibilizaciones que se implementaron, destacó que se redujo el monto mínimo de inversiones, el cual pasó de **\$38.773.300.014** a **\$25.000.000.000**, lo que trajo como consecuencia que se disminuyeran los montos mínimos de patrimonio y capital de trabajo.

25. En cuanto al análisis del sector en su componente técnico, manifestó que la inclusión de la experiencia en interventoría, consultoría y construcción obedeció a las *«particularidades que se evidenciaron en relación con la prestación de los servicios públicos»*.

26. También destacó que en el informe Diagnóstico técnico – operativo de los sistemas de acueducto y alcantarillado, elaborado por la Administración Temporal Agua Potable y Saneamiento Básico del Departamento de La Guajira, se recomienda fortalecer los procesos de interventoría. Así que *«[d]ebido a lo anterior, y con el objeto de garantizar la calidad y funcionalidad de las obras que se van a realizar en el Plan de Obras e Inversiones para los siete municipios que conforman*



el esquema regional, se otorgan facultades para realizar labores de interventoría al OPERADOR, como puede verse en diferentes cláusulas del contrato».

27. En lo relacionado con la inexistencia de condiciones objetivas de selección por deficiencias en los factores ponderables, señaló que existen varios indicadores [financieros y operativos] para medir las pérdidas en los sistemas de acueducto, por lo que era razonable utilizar como criterio de selección el IANC [índice de agua no contabilizada] ya que era el vigente al momento de publicarse la invitación pública. También explicó que: *«un prestador con IANC superior al 30% no incumple con la regulación»*, ya que *«dicho porcentaje fue una señal regulatoria de eficiencia para el cálculo de la tarifa, que implica que las pérdidas mayores a dicho porcentaje no son reconocidas en la tarifa»*.

28. Adicionalmente, manifestó que en relación con las metas de micromedición, que el cumplimiento de esta depende de la buena voluntad y de la buena fe de los oferentes. Sin embargo, precisó que en el contrato celebrado se incluye la obligación de cumplir con las metas de micromedición previstas en la propuesta, so pena de incumplimiento y de hacerse acreedor a las multas del caso.

29. Señaló que debido al régimen especial de contratación era irrelevante la alusión efectuada por los demandantes relacionada con el incumplimiento del régimen general de contratación pública.

30. Adicionalmente, explicó que dada la naturaleza de este tipo de contratos no es posible fijar un valor del negocio jurídico, ya que este depende del monto recaudado. Asimismo, expuso que las garantías se expidieron sobre el valor de la inversión mínima que debe hacer el operador inversor.

31. También dijo que en el proceso de estructuración del esquema regional de prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado se elaboró un diagnóstico sobre el estado de la infraestructura y los bienes destinados a la prestación del servicio público, a partir de la cual se efectuó una valoración de activos. Señaló que como resultado del ejercicio anterior se obtuvo que el total de activos destinados a la prestación de los servicios públicos de acueducto y de alcantarillado en los municipios de San Juan del Cesar, Fonseca, Distracción, El Molino, Hatonuevo, Villanueva y Barrancas tenían un valor de \$107.959.222.254.

32. Aunado a lo anterior, manifestó que la valoración de activos sí fue objeto de análisis en la estructuración del proceso y que la razón por la que se fijó el monto de \$85.000.000 como contraprestación por el uso de la infraestructura, obedeció a que *«las normas vigentes [le] permiten a los municipios y/o prestadores transferir los bienes destinados de forma directa y exclusiva a prestar los servicios públicos [a] cualquier título, es decir en propiedad o simplemente para uso y goce, siempre que para ello se utilicen procedimientos que garanticen la libre concurrencia de oferentes»*.



33. En lo tocante a la violación del principio de publicidad, señaló que el proceso contractual de la invitación pública de mayor cuantía N° 001 de 2019 es de régimen especial, y agregó que la normatividad aplicable se encuentra en el manual de contratación interno. De acuerdo con el referido manual, **no era necesario expedir ni publicar el acto de apertura de la licitación, y mucho menos los avisos de que trata el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.**

34. Por último, y en lo relativo a la imposibilidad de adjudicar el contrato a una persona jurídica inexistente, señaló que la figura de *«promesa de sociedad futura»* se asemejaba con la figura de los consorcios y las uniones temporales, por lo cual no violaba las normas sobre servicios públicos.

35. La apoderada judicial de la sociedad **Aguas Total S.A.S.**, a través de escrito radicado el 10 de marzo de 2020¹², señaló que el proceso de selección efectuado por la **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A.** es ajustado a derecho porque se honraban los deberes de prestación de los servicios públicos de los siete municipios, se protegían los derechos de los usuarios y se respetaba la normatividad aplicable al caso.

36. También expuso que la tesis sostenida por los demandantes era incorrecta porque desconocía *«los fundamentos jurídicos del proceso de selección, la estructura de la contratación y los fines y propósitos que la estructuración de una prestación regional persigue»*.

37. Destacó que, en virtud del artículo 39.3 de la Ley 142 de 1994, el régimen jurídico del contrato celebrado por entre la sociedad **Aguas Total S.A.S.** y la **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A.** es especial, por lo que se aplican las normas de derecho privado.

38. En desarrollo de lo anterior, expuso que el artículo 1.3.5.2 de la Resolución N° 151 de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, establece que las entidades territoriales y las empresas prestadoras de servicios públicos debían llevar a cabo *«procedimientos que garanticen la concurrencia de oferentes»*, a efectos de la celebración de contratos en los que *«transfieren la propiedad o el uso y goce de los bienes que destinan especialmente a prestar los servicios públicos, concesiones, arrendamientos o similares, en virtud de los cuales se transfiere la posibilidad para que el contratista preste total o parcialmente el servicio a usuarios finales a los que puede cobrar tarifa»*.

39. En virtud de lo anterior, destacó que el proceso precontractual que realizó la sociedad **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto**

¹² Visible a índice N° 2 del expediente electrónico N° 44001-23-40-000-2020-00019-01, contenido en el aplicativo Web SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609». Páginas 266 y s.s.



y **Alcantarillado Sur Azul S.A.** se ajustó a lo dispuesto en la Resolución N° 151 de 2001, que regula lo concerniente a los procedimientos que estimulan la concurrencia de oferentes.

40. Igualmente, expuso que la acción de controversias contractuales era el medio idóneo para controvertir el proceso de selección que se llevó a cabo en el *sub examine*.

41. Adicionalmente, manifestó que, contrario a lo afirmado por los demandantes, la sociedad **Sur Azul S.A. E.S.P.** es una empresa de servicios públicos, por lo que no es aplicable el artículo 31 de la Ley 142 de 1994; y agregó que el hecho consistente en que hubiese contratado un operador no significa que su naturaleza jurídica se alterara.

42. En cuanto a la indeterminación del valor del contrato de operación, señaló que la remuneración por la ejecución de este es el valor recaudado, lo cual depende del número de usuarios, entre otros factores, y por ello no era posible precisar en las cláusulas del contrato el monto total del contrato.

43. En lo relacionado con las garantías, adujo que: *«dada la imposibilidad de determinar con certeza el valor del contrato, se determinó en función de una variable prevista contractualmente, y que arroja valores que satisfacen el propósito de la cobertura (...). Incluso, la garantía de calidad de los bienes exigible de los activos que incorpore el operador en el marco de sus responsabilidades de inversión; no cubre, por su puesto, los bienes que se entregan al inicio del contrato, en la medida que para ellos ha de constituirse una póliza todo riesgo que los ampare frente a las contingencias que puedan ocasionar su daño, destrucción y/o deterioro, para lo cual (...) el operador deberá estimar el valor de reposición de los mismos».*

44. Por último, señaló que la promesa de sociedad futura es una figura jurídica que nace del arbitrio y autonomía de las partes, lo cual es propio del derecho privado.

45. En consecuencia, propuso las excepciones de inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos.

46. La apoderada judicial del municipio **El Molino**, mediante escrito radicado el 10 de marzo de 2020¹³, señaló que la sociedad **Sur Azul S.A. E.S.P.** fue creada mediante la escritura pública N° 771 de 30 de noviembre de 2018 de la Notaría de Fonseca.

47. Expuso que el objeto social de esta entidad consiste en *«asociarse con terceros para garantizar la adecuada prestación de los servicios (...); adelantar directa o indirectamente la construcción, adecuación, mantenimiento, y reparación de toda la infraestructura»*. Igualmente, indicó que la sociedad **Sur Azul S.A. E.S.P.**, no se

¹³ Visible a folios 173 y s.s.



encuentra sometida al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, por lo que todas las actuaciones desplegadas en el caso *sub examine* se ajustan a las normas que regulan los servicios públicos domiciliarios.

48. El apoderado judicial de la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**, mediante escrito de 31 de marzo de 2020¹⁴, se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas contra dicha entidad. Como fundamento de lo anterior indicó lo siguiente:

49. Señaló que carece de legitimación en la causa por pasiva porque no tiene competencia para ejercer funciones de inspección, vigilancia y control sobre los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios. Al respecto precisó: *«la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios vigila a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, pero por prohibición expresa del parágrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, la Superintendencia de Servicios Públicos no puede someter a aprobación previa ningún acto de la empresa de servicios públicos»*.

50. Adicionalmente, señaló que no era posible llevar a cabo la medida de toma de la posesión, solicitada en la pretensión 2.1 de la demanda, debido a que esta aplica por *«el incumplimiento REITERADO de índices de eficiencia, los indicadores de gestión y las normas de calidad»* por parte de la E.S.P., y por las causales señaladas en el artículo 59 de la Ley 142 de 1994.

51. En esta medida concluyó que la entidad no *«puede invadir la órbita del Municipio ni del prestador a fin de ejercer acciones destinadas a la terminación de los contratos de operación ya que es una prerrogativa del Municipio, que además no es prestador, y de la empresa contratante»*.

52. En lo relacionado con el régimen contractual de las empresas de servicios públicos señaló que: *«si bien la Ley 142 de 1994 sometió los actos y contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de los servicios públicos domiciliarios al régimen de derecho privado, también dispuso que en la aplicación de ese régimen deben sujetarse a los principios constitucionales y fines estatales, incluidos la eficiencia, libre iniciativa y competencia económica, transparencia, neutralidad, regulación y control estatal»*.

53. El apoderado judicial del **municipio de Villanueva**, mediante escrito radicado el 20 de febrero de 2021¹⁵, señaló que la estructuración del esquema regional de prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado había sido liderado por la Nación a través del Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial. Indicó que esta entidad fue la encargada de realizar el proceso de selección de la convocatoria N° 001 de 2019.

¹⁴ Visible a folio 241 y s.s.

¹⁵ Visible a folios 320 y s.s.



54. Igualmente, expuso que el régimen contractual de las empresas de servicios públicos es de derecho privado y no el estatuto general de contratación. Además, señaló que de accederse a las pretensiones de la demanda se causaría un «traumatismo» en la prestación del servicio público.

I.4. Audiencia de pacto de cumplimiento

55. La magistrada instructora del proceso, mediante auto de 4 de mayo de 2021¹⁶, declaró fallida la audiencia especial de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, ante la ausencia de acuerdo conciliatorio.

I.5. La sentencia de primera instancia

56. El **Tribunal Administrativo de La Guajira**, a través de sentencia de 25 de noviembre de 2021¹⁷ negó las pretensiones de la presente demanda, en tanto que no se demostró que con ocasión de la celebración del *«contrato de operación con inversión número 001 de 2020 entre sur azul S.A ESP y la promesa de sociedad futura aguas total S.A ESP, (...) se configura la afectación de los derechos colectivos invocados, razón por la cual no hay daño contingente que evitar, así como tampoco peligro, amenaza o vulneración que hacer cesar»*.

57. Como sustento de lo anterior, el *a quo* puso de relieve que el objeto de la presente acción constitucional consistía en la protección de los derechos colectivos relacionados con la defensa del patrimonio público y los derechos de los usuarios, los cuales fueron presuntamente amenazados por las entidades demandadas debido al *«procedimiento administrativo y contractual de estructuración técnica, legal, financiera, institucional, jurídica y ambiental para la vinculación de un operador de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado para la prestación del aludido servicio público en dichos municipios»*.

58. A partir de lo anterior el juez de primera instancia destacó que, conforme con la sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018¹⁸, la acción popular, si bien no constituía un acción supletiva y residual, su alcance era limitado en tanto que *«no es la vía procesal procedente para solicitar la nulidad de actos administrativos o contratos estatales, porque ello compete al juez que conoce de las acciones anulatorias y de la acción de controversias contractuales»*.

59. Así las cosas, puso de relieve el Tribunal que *«si bien los actores populares no solicitaron expresamente la anulación del contrato y de los actos precontractuales, lo cierto es que el análisis de la transgresión de los derechos colectivos*

¹⁶ *Ibid.*, folios 338 y s.s

¹⁷ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609», pág., 892 y s.s.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018. Exp. N° 25000-23-15-000-2002-02704-01. C.P.: William Hernández Gómez.



invocados en la demanda necesariamente conlleva realizar un juicio sobre la legalidad de dichos actos».

60. Con sustento en lo anterior, la autoridad judicial de primera instancia concluyó que *«atendiendo a las facultades del juez popular, no se puede pasar por alto que los actos contractuales tratan de relaciones jurídicas con efectos interpartes, de modo que, en principio, lo relativo a su celebración, deberá discutirse por los cauces del medio de control de controversias contractuales, de manera que le corresponde a su juez natural declarar la nulidad total o parcial del mentado acto jurídico con las consecuencias jurídicas que tal declaración implica».*

61. Adicionalmente, señaló el **Tribunal Administrativo de La Guajira** que el régimen contractual de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se encuentra regulado en la Ley 142 de 1994 y no en el Estatuto General de Contratación Pública.

62. Según la Ley 142 de 1994, indicó el Tribunal, las empresas prestadoras de servicios públicos, sin importar su naturaleza, se encuentran sometidas al derecho privado; por lo que *«el procedimiento contractual –incluidos los procesos de solicitud de oferta pública- realizados por las empresas de servicios domiciliarios – independiente de su naturaleza privada o pública- se rigen por las normas de derecho privado, esto es, por lo reglado el código de comercio, en concordancia con el código civil».*

63. Aunado a lo anterior, el Tribunal consideró que tampoco se probó la afectación de los derechos colectivos enunciados, con ocasión de la violación de los principios de transparencia y planeación en el proceso precontractual. Al respecto se señaló en el fallo apelado:

[...] Al margen del análisis de legalidad del mismo que corresponde hacer al juez natural de dicha causa para establecer la configuración de dicha vulneración y la posible configuración de la nulidad absoluta del contrato celebrado, **el tribunal estima que, en lo que respecta a la proyección de dichos efectos en la afectación de los derechos colectivos alegados como vulnerados, esta no se probó.**

En esa línea, **el tribunal echa de menos pruebas que den cuenta concretamente que, con ocasión de la actividad contractual que se cuestiona, se reportó una afectación del patrimonio público.**

Tampoco hay prueba de que con el proceso contractual se hubiera disminuido o afectado las metas de cobertura, calidad y demás ítems inherentes a la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, o que se hubiera atentado contra la salud, la seguridad o el adecuado abastecimiento de los usuarios en la prestación del servicio público en cuestión, aspectos que atañen a la valoración de los derechos colectivos que en la demanda se esgrimen como violados.



Adicionalmente a lo anterior, **resulta inexorable precisar que, la elección de uno u otro esquema para la operación del servicio público de acueducto y alcantarillado, no conlleva per se la afectación de derechos colectivos y tampoco que se ponga en riesgo la continuidad, cobertura y calidad de la prestación del servicio en mención.**

Ello, por cuanto la misma ley 142 de 1994 –artículos 14 y siguientes- establece distintos esquemas que pueden adoptar los entes territoriales para la operación de los servicios públicos domiciliarios que garanticen las metas de continuidad, cobertura y calidad dentro del ámbito de autonomía que la misma Constitución confiere.

En consonancia con lo antes expuesto, luego de la valoración crítica y ponderada de las probanzas arrimadas, bajo los criterios legales y jurisprudenciales analizados, bajo el panorama que se derivaba del marco fáctico de esta causa, no se evidencia actualmente la vulneración de derechos colectivos.

En ese orden de ideas, ante la respuesta negativa al primer problema planteado, el tribunal se releva de examinar los restantes, resaltándose que carece de objeto analizar la configuración de las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva ante la denegación de las pretensiones de la demanda [...].

I.6. Fundamentos del recurso de apelación

64. Los demandantes, mediante escrito radicado el 3 de diciembre de 2021¹⁹, apelaron la sentencia de primera instancia con miras a que se revocara el fallo de primera instancia y, en su lugar, se ampararan los derechos colectivos invocados y que, como consecuencia de ello, se adoptaran las medidas esgrimidas en el acápite de pretensiones.

65. Como primer argumento del recurso de apelación, sostienen que la autoridad judicial de primera instancia aplicó indebidamente la sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018 porque en dicha providencia *«se estudió lo relativo a la procedencia del estudio de legalidad de actos administrativos en acciones populares iniciadas en vigencia del régimen del Decreto 01 de 1984, razón por la cual, la tesis allí adoptada no resultaba aplicable al caso que nos convoca, dado que lo debatido en el asunto de la referencia recae sobre un objeto distinto, esto es, sobre un contrato y no un acto administrativo»*.

66. Sostuvieron que, al margen de la inaplicabilidad de la sentencia de unificación, la primera regla unificada en la citada providencia hace referencia a *«que en las acciones populares incoadas antes de la vigencia del CPACA, el juez no tiene la facultad de anular los actos administrativos, pero sí podrá adoptar las medidas materiales que salvaguarden el derecho o interés colectivo afectado con el acto administrativo que sea la causa de la amenaza, vulneración o el agravio de*

¹⁹ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609», pág., 952 y s.s.



derechos e intereses colectivos; para el efecto, tendrá múltiples alternativas al momento de proferir órdenes de hacer o no hacer que considere pertinentes, de conformidad con el caso concreto».

67. En consonancia con lo anterior, pusieron de relieve que esta Corporación en las sentencias de 14 de agosto de 2018²⁰ y 16 de mayo de 2019 precisó que el alcance de la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018 se encuentra restringido a la anulación de actos administrativos.

68. También destacó que no era aplicable al *sub examine* la sentencia de acción popular 27 de abril de 2020²¹, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se señaló que *«el juez popular, no puede evadir la prohibición, entre otras, de anular un contrato, mediante medidas alternativas que se asemejen, como la suspensión o la inaplicación de un acto, o dejar sin efectos un contrato».*

69. Como segundo argumento del recurso de apelación, señalaron que se desconoció el alcance del artículo 144 del CPACA y la *ratio decidendi* de la sentencia C – 644 de 2011.

70. En relación con este punto de la apelación, adujeron que el juez de la acción popular afirmó que *«no es posible realizar un juicio sobre la legalidad de los actos o contratos»* en virtud del artículo 144 del CPACA. Sin embargo, en criterio del recurrente tal aseveración es contraria a la *ratio decidendi* de la sentencia C-644 de 2011 porque, conforme a la Corte Constitucional, si bien el juez de la acción popular no puede anular contratos estatales y actos administrativos, lo cierto es que sí puede *«efectuar un juicio de legalidad, por supuesto, desde la perspectiva de los derechos colectivos invocados».*

71. En ese orden de ideas, sostuvieron que las pretensiones de la demanda de acción popular no estuvieron dirigidas a solicitar la nulidad del contrato celebrado, sino a que se adoptaran medidas judiciales que garantizaran la no afectación de los derechos colectivos.

72. En consonancia con lo anterior, pusieron de relieve que la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de 29 de agosto de 2014²², tuvo la oportunidad de diferenciar entre la finalidad de la acción popular y el medio de control de controversias contractuales. De manera que es posible que con ocasión de un proceso precontractual desorganizado se amenacen derechos colectivos, como ocurrió en el *sub judice*.

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia de 14 de agosto de 2018*. Exp N° 05001 3331 003 2009 00157 01. M.P. Oswaldo Giraldo López. Actor: Fredy Morales Suaza y Otros, Demandado: Municipio de Támesis (Antioquia).

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 27 de abril de 2020. Exp. N° 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP). C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 29 de agosto de 2014. Exp. N° 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP). C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo



73. Como tercer argumento del escrito de apelación, sostuvieron que el estudio de fondo efectuado por el Tribunal Administrativo de La Guajira fue aparente, en tanto que *«no analiz[ó] los argumentos expuestos en el concepto de la violación de la demanda»*; sino que se limitó a transcribir las distintas normas que regulan el régimen de los servicios públicos domiciliarios en el país.

74. En consonancia con lo anterior, reiteró el cargo de la demanda de acción popular, según el cual *«las entidades estatales que no presten servicios públicos»* se encuentran sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública. En virtud de esto, insistieron en que únicamente quienes presten *«materialmente servicios públicos domiciliarios»* tienen un régimen contractual especial; circunstancia específica que no concurre respecto de la sociedad **Sur Azul S.A. E.S.P.**, ya que esta no presta materialmente el servicio público.

75. También sostuvieron que el objeto de controversia en el *sub examine* no es cuestionar la elección de un esquema regional de prestación del servicio público; sino las irregularidades en las que se incurrieron para seleccionar un socio operador-inversionista.

76. Igualmente, adujeron que la decisión de primera instancia, al no resolver el punto central del conflicto, esto es *«determinar, si los contratos que celebren las entidades estatales que no presten servicios públicos, estarían o no sujetos a las disposiciones del EGCAP»*, incurrió en una falta de congruencia por emitir un fallo judicial de *mínima petita*.

77. Por otra parte, señaló que no es cierto que en el plenario no se encuentre acreditado la afectación al principio de transparencia, y que la autoridad judicial de primera instancia estaba exigiendo *«una prueba diabólica o imposible»*.

78. Adicionalmente, adujo que no era posible demostrar, al momento de radicarse la demanda, la afectación contingente al derecho colectivo del patrimonio público porque, para la época en que se presentó la demanda, apenas se había suscrito el contrato, sin que se estuviese en la fase de ejecución del mismo. Sobre este punto del recurso de apelación, dijeron lo siguiente:

«[L]a finalidad era evitar un agravio contingente, vale decir, futuro al patrimonio público, en razón, verbigracia que los bienes afectos al servicio público quedaron sin poder ser garantizados o en el mejor de los casos por un valor impropio y, en cuanto a los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad en la determinación de los \$85.000.000, mensuales, por el uso por parte del concesionario de la infraestructura destinada a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado».

79. Precisarón que, inclusive, las pretensiones de la demanda son consecuentes con el objeto del litigio, ya que con estas se persigue *«[...] ampliar las garantías constituidas o cualquier figura jurídica a que hubiere lugar, tomando como base, no el mínimo de inversión a que se comprometió el operador, sino el valor de los Activos*



(año 2018) afectos al servicio y en el punto 2.442 que se efectúe un estudio que respete los criterios de proporcionalidad y de razonabilidad en la determinación de la remuneración por el uso y goce de la infraestructura destinada a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, tomando, como referencia el valor total de los activos sobre los cuales se concede el usufructo año 2018 o uno más actualizado [...].

80. Como cuarto argumento, señalaron que, debido a la falta de rigor en la estructuración y selección del socio operador, la sociedad que inicialmente fue seleccionada [Aguas Total S.A.S.] tuvo que ceder el contrato en favor de la sociedad Veolia Aguas de la Guajira S.A.S. E.S.P., *«[...] lo que sin duda, no fue fortuito sino el resultado de la improvisación al estructurar el contrato, como quiera que la realidad, exhibió, la falta de capacidad económica del otrora oferente para cumplir con sus obligaciones contractuales [...]»*.

81. Como quinto argumento del recurso de apelación, los apelantes reiteraron que el régimen del contrato de operación con inversión N° 001 de 2020 era el estatuto general de contratación pública y no el régimen privado previsto en la Ley 142 de 1994, por las siguientes razones: (i) porque el contrato celebrado es una concesión, (ii) porque la sociedad Sur Azul S.A. E.S.P. no prestaba materialmente servicios públicos y debido a ello no podía aplicarse el régimen contractual previsto en la Ley 142 de 1994; (iii) porque la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de los conceptos N° 470 de 2018 y 11 de 31 de octubre de 2010, y la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, a través del auto de 20 de noviembre de 2019, indicaron que el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos se encuentra determinado por un *«criterio material»*; y (iv) porque la sociedad Sur Azul S.A. E.S.P., fue creada por siete municipios y este supuesto al no encontrarse previsto en la Ley 142 de 1994, por lo que debe acudir a la figura de las *«entidades descentralizadas indirecta»*, reguladas en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, y su régimen contractual es el previsto en el Estatuto General de Contratación Pública, de conformidad con la sentencia C-671 de 1999.

82. También reiteraron que se encuentra vulnerado el principio de planeación por las siguientes razones: **(i)** porque se hizo un análisis deficiente del sector en sus componentes técnico y financiero; **(ii)** porque los requisitos habilitantes y los factores ponderables previstos en los términos de referencia fueron estipulados en forma discrecional por el contratante, y **(iii)** porque el valor del contrato es indeterminado, lo que permite aseverar que no existió un proceso de planeación riguroso.

83. Como sexto argumento, puso de relieve que el contrato de operación con inversión N° 001 de 2020 fue cedido a la empresa Veolia Aguas de la Guajira S.A.S. E.S.P., debido a la imposibilidad del contratista inicial de cumplir con los términos del negocio, ya que la empresa inicialmente seleccionada carecía de la capacidad económica para realizar las inversiones requeridas.



84. En séptimo lugar, indicaron que el contrato ha sido objeto de tres modificaciones a través de los otrosíes N° 1, 2 y 3; lo cual fue atribuido por los recurrentes a la *«improvisación de la administración al estructurar el contrato»*.

85. En cuanto al otrosí N° 1 de 29 de enero de 2020, indicaron que esta modificación recayó sobre la cláusula vigésima del contrato referente a las garantías. En criterio de los recurrentes, la aludida modificación era innecesaria porque no era cierto que existiese *«una variación del monto exigido en el amparo de cumplimiento, como quiera que no se calcula, como lo expresa, sobre una suma base de VEINTICINCO MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS, sino sobre los \$2.550.000.000»*. De manera que las actuales pólizas que cubren los distintos riesgos de la ejecución del contrato [cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual] son inferiores a los valores previstos en los documentos de la etapa precontractual, resaltando que, con ocasión de la modificación anterior, se desconoció el principio de inmutabilidad del pliego de condiciones.

86. Al respecto indicó:

«[E]n este caso, tal escenario, fue utilizado por las partes para incorporar modificaciones a los montos asegurados de las garantías, introduciendo parámetros de cuantificación diferentes a los previstos en los TRD e incluso en la minuta y en el contrato, lo cual, además de vulnerar la ley del contrato, como en este caso lo son los TRD y la jurisprudencia antes referenciada, sin duda alguna, transgrede, manifiestamente, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, como quiera, que contrario a fortalecer las garantías del contrato, como se solicita en la pretensión 2.3 de esta acción popular, lo que hacen las partes, es disminuir el monto asegurado en aproximadamente \$1.500.000.000, pasando de \$2.500.000.000 a \$ 1.012.828.933 millones de pesos, lo que pone de presente, una vez más, que en este caso, la decisión, no se toma para privilegiar el interés general ínsito en toda contratación estatal, sino para privilegiar intereses particulares del contratista».

87. En relación con el otrosí N° 2 de 2 de marzo de 2020, precisó que se modificaron los numerales 8, 10, 26 y 27 de la cláusula octava, el literal d) de la cláusula 8.5, la cláusula 8.7, el numeral 23.1.1 de la cláusula vigesimotercera, el literal h) de la cláusula 23.1.2, la cláusula 23.4, el literal b) de la cláusula vigesimoquinta y la cláusula 26.7 del contrato inicial. A juicio de los apelantes, dichas modificaciones se hicieron sin justificar las situaciones sobrevinientes y, en consecuencia, insistieron que también se desconocieron los términos de referencia y el principio de inmutabilidad del pliego de condiciones y de los términos de referencia definitivos.

88. En cuanto al otrosí N° 3 de 24 de julio de 2020, este recayó sobre el numeral 2 de la cláusula décima y el numeral 1 de la cláusula decimosegunda, sin justificar la necesidad de efectuar las aludidas modificaciones.

89. También insistieron en que se violó el principio de publicidad por las mismas razones esgrimidas en la demanda de acción popular; y se opusieron a las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, promovida por el



Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, en tanto que la cartera ministerial aludida tiene a su cargo el deber de prestar asistencia técnica a las entidades territoriales y participó en el proceso de consolidación del esquema regional y en la etapa de planeación del contrato estatal.

90. Por último, y lo relacionado con el acto de cesión del contrato, señalaron lo siguiente:

«[L]a autorización de la cesión contenida en el documento del 30 de diciembre de 2020, trasgrede el principio de motivación de los actos contractuales, habida cuenta, que no presenta o guarda total silencio, sobre las razones fácticas que la justifiquen, más allá del fundamento jurídico contenido en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato, como quiera que los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", según la Corte constitucional, deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada. Lo dicho en este apartado en relación con la ausencia de motivación de la cesión, también, se extiende, a los OTROSI antes estudiados.

Lo anterior, sin duda vulnera, manifiestamente la Ley 80 de 1993 que al tratar el principio de transparencia (artículo 24.7) dispuso que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, se motivarán en forma detallada y precisa».

I.7. Trámite en segunda instancia

91. El magistrado a cargo de la sustanciación del proceso en segunda instancia, mediante auto de 20 de mayo de 2022, admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 25 de noviembre de 2021, proferida por el **Tribunal Administrativo de La Guajira**. En la providencia citada también se le informó al agente del Ministerio Público que podía emitir concepto en asunto de la referencia.

I.8. Concepto del Ministerio Público

92. El **Procurador Quinto Delegado ante el Consejo de Estado**, mediante escrito de 27 de mayo de 2022²³, rindió concepto en el que solicitó revocar la sentencia apelada para que, en su lugar, se acceda al amparo de los derechos colectivos invocados.

93. En tal sentido, argumentó que, al margen de las competencias en cabeza del juez contractual, en el *sub examine* se advertía la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, el cual se encuentra amenazado con ocasión de las siguientes acciones:

²³ Visible a índice N° 12 del expediente electrónico SAMAI. Documento «77_44001234000020200001901120220531164743»,



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

«Tenemos entonces, que sin invadir la esfera del juez contractual, se solicita proteger los derechos colectivos amenazados, particularmente el derecho colectivo al patrimonio público, actualmente en riesgo, pues la falta de planeación dentro del trámite contractual condujo a que se contratara con una empresa que carecía de la capacidad requerida para atender exitosamente sus obligaciones contractuales y, en suma, a la cesión prematura del contrato de operación con inversión 001 de 2020 a favor de VEOLIA AGUAS DE LA GUAJIRA S.A.S. E.S.P.

Adicionalmente, la modificación de los montos asegurados y la supresión del mecanismo fiduciario, constitución del encargo fiduciario para el manejo de los recursos, sin duda alguna ponen en riesgo los recursos públicos involucrados».

I.9. Solicitud de remisión del expediente a la Sección Tercera

94. La parte recurrente, mediante escrito radicado el 24 de abril de 2023²⁴, solicitó que se remitiera el presente expediente a la Sección Tercera de esta Corporación en virtud del numeral 13 del artículo 13 del Acuerdo N° 080 de 12 de marzo de 2019, que estipula la Sección referida conocerá de «*[l]as acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa*».

95. En criterio de la parte recurrente, la presente acción constitucional al recaer sobre «*la legalidad el contrato de operación con inversión 001 de 2020 “para lograr la protección de los derechos o intereses colectivos”*», debe ser conocida por la Sección Tercera de esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

II.1. Competencia

96. De conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998²⁵, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁶ y con el artículo 13 del Acuerdo N° 080 de 2019²⁷, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias proferidas -en el marco de las acciones populares y en primera instancia- por los Tribunales Administrativos.

²⁴ Visible a índice N° 20 del expediente electrónico SAMAI. Documento «88_440012340000202000019011RECIBEMEMORIAL20230424122301»,

²⁵ «Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones».

²⁶ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo». Disposición relativa a la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.

²⁷ Mediante el cual se establece la distribución de los negocios entre las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.



II.2. Cuestiones previas

97. En este acápite de la providencia se estudiarán los siguientes aspectos de la controversia: **a)** la sucesión procesal de la sociedad Aguas Total S.A.S. E.S.P., por la sociedad Veolia Aguas de La Guajira S.A.S. E.S.P.; **b)** la solicitud de remisión del expediente elevada por el Procurador 91 Judicial I para asuntos Administrativos; y **c)** la presunta indebida representación de la sociedad Sur Azul S.A. E.S.P., alegada por el Procurador 91 Judicial I para asuntos Administrativos.

II.2.1. De la sucesión procesal de la sociedad Aguas Total S.A.S. E.S.P.

98. Sobre este punto, sea lo primero señalar que mediante el auto de 21 de febrero de 2020²⁸, el Tribunal Administrativo de La Guajira ordenó vincular al presente proceso de acción popular a la sociedad Aguas Total S.A.S. E.S.P., en su condición de contratista en el contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020.

99. En el escrito de alegatos de conclusión de primera instancia presentado por la parte demandante²⁹ y en el escrito de apelación³⁰ se puso de relieve que el contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020 fue objeto de cesión el pasado 12 de marzo de 2021 a la sociedad **Veolia Aguas de La Guajira S.A.S. E.S.P.**

100. Con sustento en lo anterior, y como quiera que la sociedad **Veolia Aguas de La Guajira S.A.S. E.S.P.**, optó por no hacerse parte, la Sala estima hacer la siguiente precisión:

101. El artículo 68 del Código General del Proceso, aplicable al caso objeto de estudio en virtud de los artículos 306 del CPACA y 44 de la Le 472 de 1998, prevé **la figura de la sucesión procesal**. La norma en comento dispone:

«Fallecido un litigante o declarado ausente, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. **En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren.**

²⁸ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico N° 44001-23-40-000-2020-00019-01, contenido en el aplicativo Web SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609». Páginas 129 y s.s.

²⁹ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609», pág. 823 y s.s.

³⁰ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609», pág., 952 y s.s.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil se decidirán como incidente».

102. Ahora bien, en el trámite del presente proceso de acción popular, la sociedad **Veolia Aguas de La Guajira S.A.S. E.S.P.** adquirió, mediante el contrato de cesión de 12 de marzo de 2021³¹, los derechos y deberes derivados del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020. Lo anterior se puede apreciar de la cláusula primera del negocio jurídico señalado:

«PRIMERA. OBJETO: Mediante el presente contrato, EL CEDENTE **transfiere al CESIONARIO todos los derechos y obligaciones derivados del Contrato Operación con Inversión No. 001 de 2020, que se generan a partir del cumplimiento de los requisitos señalados en la Cláusula Décima Segunda del presente contrato; los cuales fueron contraídos por EL CEDENTE conforme a los términos y condiciones establecidos en la Invitación Pública de Mayor Cuantía No. 001 de 2019, del Contrato de Operación con Inversión No. 001 suscrito el 15 de enero de 2020 con la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO SUR AZUL S.A. E.S.P., y conforme a los demás documentos contractuales vigentes**».

103. Cabe señalar que la cesión efectuada entre la sociedad Aguas Total S.A.S. E.S.P., y Veolia Aguas de La Guajira S.A.S. E.S.P., fue aceptada el pasado 15 de marzo de 2021 por la sociedad contratante³²; acto que se encuentra consignado en el siguiente aparte del contrato *«EN MI CONDICIÓN DE REPRESENTANTE LEGAL DE LA EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO SUR AZUL S.A. E.S.P., ACEPTO LA PRESENTE CESIÓN EN LOS TÉRMINOS ESTIPULADOS»*.

104. Regresando al artículo 68 del Código General del Proceso, se advierte que la norma trae consigo tres supuestos de sucesión procesal: **(i)** por muerte de la parte³³; **(ii)** *«cuando en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica»*³⁴, y **(iii)** por *«la venta o cesión a cualquier título de derechos litigiosos o de la cosa litigiosa»*³⁵. En este último supuesto la norma dice el interesado **«podrá»** intervenir como litisconsorcio, o sustituir al titular en caso de que la parte contraria lo acepte.

105. En cuanto a este tercer supuesto la doctrina procesal ha dicho lo siguiente:

³¹ El referido negocio jurídico puede ser consultado el 17 de mayo de 2023 en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP I: [Detalle del proceso: IPMC - 001 DE 2019 \(contratos.gov.co\)](#)

³² La aludida aceptación se encuentra incorporada en el contrato de cesión con tenido en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP I: [Detalle del proceso: IPMC - 001 DE 2019 \(contratos.gov.co\)](#)

³³ Sanabria Santos, Henry. *Derecho procesal civil general*. Editorial: Universidad Externado de Colombia. Edición 1ª. Bogotá – Colombia. Página 327 y s.s.

³⁴ *Ibidem.*, pág. 327.

³⁵ *Ibidem.*, pág. 328.



«[C]uando el titular de la cosa que es materia de un litigio o del derecho sometido a controversia” lo adquiere, a cualquier título, queda autorizado para concurrir al proceso y solicitar que se admita su intervención, pues al haber adquirido la cosa o el derecho litigioso queda sometido a la sentencia que se dicte en el proceso, vinculado ella y afectado por ella. Pero una vez que el sucesor interviene en el proceso, el juez debe poner en conocimiento de la parte contraria la existencia de la cesión o venta de la cosa o derecho litigioso, a efectos de que manifieste si acepta de forma expresa que el cesionario o adquirente sustituya a la parte cedente o si, por el contrario, no lo hace, de suerte que en el proceso seguirán figurando como parte tanto cedente como cesionario»³⁶.

106. En ese sentido, se observa **que es potestativo del adquirente de la cosa o del derecho litigioso intervenir en el proceso, pero en todo caso el adquirente de la cosa o del derecho litigioso «queda sometido a la sentencia que se dicte en el proceso, vinculado ella y afectado por ella».**

107. En esta ocasión, se pone de relieve que la sociedad **Veolia Aguas de La Guajira S.A.S. E.S.P.** adquirió, a través del contrato de cesión de 12 de marzo de 2021³⁷, los derechos y obligaciones derivados del Contrato de operación con Inversión No. 001 suscrito el 15 de enero de 2020, que es objeto de litigio en la presente acción popular.

108. Además, la sociedad adquirente optó por no hacerse parte dentro del proceso de acción popular. **Sin embargo, y pese a que la adquirente no es parte procesal en el presente proceso de acción popular, los efectos que emanen de la presente providencia le son vinculantes en virtud del artículo 68 del C.G.P. y del contrato de cesión celebrado, que en su cláusula segunda dispuso:**

«ALCANCE DE LA CESIÓN: De conformidad con lo establecido por el artículo 887 del Código de **Comercio, la presente cesión incluye la totalidad de las relaciones derivadas del contrato objeto de cesión** sin que ello implique asumir responsabilidades de carácter punitivo o patrimonial, sobre eventuales incumplimientos.

(...)

PARÁGRAFO CUARTO: EL CEDENTE no asume obligación alguna frente a decisiones de tipo judicial que puedan comprometer la continuidad y/o validez del Contrato de Operación con Inversión No. 001 de 2020, dado que EL CESIONARIO ha podido examinar e identificar la solidez de la relación contractual celebrada entre EL CEDENTE y la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO SUR AZUL S.A. E. S. P., y asume, en consecuencia, a partir del perfeccionamiento de la presente cesión, los riesgos asociados a decisiones de las autoridades judiciales competentes en el territorio nacional». [Negrillas fuera de texto]

³⁶ Ibidem., pág. 328.

³⁷ El referido negocio jurídico puede ser consultado el 17 de mayo de 2023 en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP I: [Detalle del proceso: IPMC - 001 DE 2019 \(contratos.gov.co\)](#)



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

II.2.2. De la solicitud de remisión del expediente a la Sección Tercera

109. El Procurador 91 Judicial I para asuntos Administrativos, mediante escrito radicado el 24 de abril de 2023³⁸, puso de relieve que el conflicto a resolver en la presente acción popular giraba en torno a la legalidad de un contrato estatal, motivo por el cual correspondía la resolución del caso a la Sección Tercera de esta Corporación.

110. Sea lo primero señalar que el Acuerdo N° 080 de 12 de marzo de 2019 dispone en su artículo 13 -Sección Tercera-, numeral 13, lo siguiente:

«DISTRIBUCIÓN DE LOS PROCESOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

(...)

Sección Tercera:

(...)

13. Las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa».

111. La misma norma establece en el numeral 7°, de la Sección Primera, que a esta le corresponde el conocimiento del siguiente asunto:

«7. Las acciones populares con excepción de las que se atribuyan a la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo».

112. En criterio de la Sala no es posible remitir el presente proceso a la Sección Tercera de esta Corporación porque la controversia objeto de estudio en esta oportunidad no versa sobre la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa y el conflicto no es exclusivamente contractual; sino que se aducen como transgredidos derechos colectivos como el acceso a los servicios públicos, los derechos de los usuarios y la defensa del patrimonio público, que son de conocimientos de esta Sección.

113. Aunado a lo anterior, vale la pena resaltar que las reglas previstas en el artículo 13 del Acuerdo N° 080 de 12 de marzo de 2019 son «*de repartimiento*», «*atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo*». Lo que significa que esta Sección tiene competencia para conocer el presente asunto.

114. Sin perjuicio de lo anterior, la presente acción popular fue repartida el pasado 16 de mayo de 2022³⁹ y admitida por el Consejero sustanciador, a través del auto de 20 de mayo de 2022, sin que para dicho momento procesal las partes advirtieran

³⁸ Visible a índice N° 17 del expediente electrónico SAMAI. Documento «88_440012340000202000019011RECIBEMEMORIAL20230424122301».

³⁹ Visible a índice N° 1 del expediente electrónico contenido en el aplicativo SAMAI.



que, por criterio de especialidad, el asunto debía ser remitido a la Sección Tercera de esta Corporación.

115. En ese sentido, el artículo 16° del Código General del Proceso prevé que «[l]a *falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente*».

116. En virtud de lo anterior, y en consonancia con los principios de celeridad, economía procesal, eficacia y de *perpetuatio jurisdictionis*, esta Sección se abstendrá de remitir el presente proceso a la Sección Tercera de esta Corporación.

II.2.3. De la presunta indebida representación de la sociedad Sur Azul S.A. E.S.P.

117. En el escrito de apelación la parte demandante adujo que los argumentos expuestos por el representante legal de la sociedad Sur Azul S.A. E.S.P., no debieron ser tenidos en cuenta, debido a que no actuó por conducto de apoderado judicial, desconociendo el artículo 160 del CPACA.

118. Sea lo primero señalar que en virtud del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, «[e]n *los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones [...]*».

119. A su vez, el derecho de postulación en acciones populares se encuentra regulado en el artículo 13 de la citada Ley, que contempla:

«Los legitimados para ejercer acciones populares pueden **hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre**.

Cuando se interponga una acción popular sin la intermediación de un apoderado judicial, la Defensoría del Pueblo podrá intervenir, para lo cual, el juez deberá notificarle el auto admisorio de la demanda».

120. Como se puede apreciar, la norma transcrita permite que los procesos de acción popular puedan ser interpuestos en forma directa o por intermedio de apoderado judicial. Si bien dicho artículo hace alusión, específicamente a la parte demandante, resulta razonable, en virtud del principio de igualdad procesal, eximir a quienes fungen como demandados, en este tipo de procesos, de actuar por conducto de apoderado judicial.

121. Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional en la sentencia C – 345 de 2019 señaló: «[e]l principio de igualdad procesal *“supone que no puede*



*existir ningún tipo de ventaja de alguna de las partes en el proceso”. Es decir, que la bilateralidad de audiencia impone un tratamiento igualitario a las partes en el que no puede negársele a una de ellas lo que se le concede a la otra. **Corolario de lo anterior es que en un proceso debe existir simetría para las partes en sus oportunidades de ataque y defensa, en sus oportunidades probatorias, en sus oportunidades de alegación y en sus oportunidades de impugnación. En breve, la igualdad procesal hace referencia a la homogeneidad en las herramientas de persuasión que tienen las partes para convencer de sus pretensiones al tercero llamado a resolver su controversia».***

122. Además, vale la pena señalar que el citado de principio de igualdad procesal es transversal a todos los procesos judiciales, por lo que en criterio de la Sala el artículo 160 del CPACA resulta inaplicable al *sub examine* porque en los procesos de acción popular existe una norma especial que permite a las partes actuar sin necesidad un intermediario judicial.

II.3. Planteamiento del problema

123. En el asunto *sub examine*, la parte demandante le atribuyó al **Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio** y a la sociedad **Sur Azul S.A. E.S.P.**, la vulneración de los derechos colectivos previstos en los literales **e)**, **j)**, y **n)** [defensa del patrimonio público, derecho de los usuarios y al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna] del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, con ocasión del proceso de selección por invitación pública de mayor cuantía N° 001 de 2019, que finalizó con la celebración del contrato de operación con inversiones N° 001 de 15 de enero de 2020.

124. El **Tribunal Administrativo de La Guajira**, mediante sentencia de 20 de mayo de 2021, negó el amparo de los derechos colectivos invocados, luego de considerar que al «*juez de la acción popular*» le está prohibido hacer un juicio de legalidad sobre los actos administrativos y de los contratos estatales, sumado al hecho de que, en su criterio, no se acreditó la afectación a los derechos colectivos denunciados por los demandantes relacionados con el acceso a la prestación del servicio públicos, los derechos de los usuarios y patrimonio público.

125. Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia.

126. Teniendo en consideración los argumentos que expusieron los apelantes en el escrito de apelación, resumidos en el acápite I.6 de esta providencia, la Sala deberá resolver los siguientes problemas y subproblemas jurídicos:

- a) ¿Es la acción popular un medio de control idóneo para efectuar un juicio de legalidad y/o de validez a los contratos estatales? En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, la Sala deberá analizar los siguientes subproblemas:



¿el contrato celebrado en el caso objeto de estudio incurrió en un vicio de nulidad? ¿se violó el régimen contractual de la sociedad Sur Azul S.A. E.S.P. con ocasión del proceso contractual? ¿cuál es el régimen y naturaleza jurídica del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020?

- b) ¿Se encuentra vulnerado y/o amenazado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público con ocasión de los montos asegurados a través de las garantías y del valor pactado a título de retribución por el usufructo de la infraestructura pública en el marco del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020?

II.4. De la improcedencia de la acción popular para controvertir la validez de los contratos estatales y la legalidad de los actos administrativos

127. En esta ocasión se observa que el **Tribunal Administrativo de La Guajira**, mediante la sentencia de 25 de noviembre de 2021⁴⁰, señaló que los argumentos medulares del presente medio de control estaban encaminados a «[reorientar] el proceso contractual términos de referencia –TRD-, garantías constituidas, contrato de operación con inversión 001 de 2020, entre otros aspectos, para la vinculación de un operador de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado para la prestación del citado servicio público en dichos municipios».

128. En vista de lo anterior, sostuvo el juez de primera instancia que, aunque la acción popular no tenía naturaleza residual y/o subsidiaria, ello no implicaba que se «[tuviesen] facultades ilimitadas, estando el ejercicio de las mismas sujeto al ámbito competencial de este tipo de acción». En ese sentido, distinguió el juicio de legalidad que debe hacer el juez contencioso en el marco del medio de control de controversias contractuales y el juicio de constitucionalidad que se debe efectuar en el proceso de acción popular; y en virtud de lo anterior concluyó que el juez popular no solo carece de competencia para declarar la nulidad del contrato; sino que además tampoco tiene competencia para analizar la legalidad y/o validez de los actos administrativos y de los contratos.

129. Además, precisó que, mediante las sentencias de 13 de febrero de 2018 y de 27 de abril de 2020, esta Corporación había señalado que «el juez popular no puede evadir la prohibición de anular un acto administrativo o un contrato o procedimiento administrativo o contractual acusado de vulnerar o amenazar derechos colectivos, mediante medidas alternativas que se asemejen».

130. Bajo este entendido, el a quo señaló lo siguiente:

⁴⁰ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico SAMAI. Documento «3_440012340000202000019011EXPEDIENTEDIGI20220516143609», pág., 892 y s.s.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

«[A] juicio del tribunal es claro que la reorientación contractual que se pretende lograr a través de la presente acción popular, se propone **no desde la propia afectación a derechos colectivos, sino principalmente desde el examen de legalidad del proceso contractual, que conllevaría, por ejemplo a analizar la nulidad absoluta del contrato de operación con inversión 001 de 2020, por la cuestionada violación a principios como el de transparencia y de escogencia objetiva del contratista al no seguir el procedimiento licitatorio y el estatuto general de la contratación pública.**

De manera que si bien los actores populares no solicitaron expresamente la anulación del contrato y de los actos precontractuales, lo cierto es que el análisis de la transgresión de los derechos colectivos invocados en la demanda necesariamente conlleva realizar un juicio sobre la legalidad de dichos actos, dados los términos planteados en el mismo libelo incoatorio.

En ese contexto, de cara al aludido contrato, atendiendo a las facultades del juez popular, no se puede pasar por alto que los actos contractuales tratan de relaciones jurídicas con efectos interpartes, de modo que, en principio, lo relativo a su celebración, deberá discutirse por los cauces del medio de control de controversias contractuales, de manera que le corresponde a su juez natural declarar la nulidad total o parcial del mentado acto jurídico con las consecuencias jurídicas que tal declaración implica». [Negrillas fuera de texto]

131. En el escrito de apelación, los actores expresaron su inconformidad con el razonamiento efectuado por el fallo de primera instancia porque, contrario a lo dicho en el fallo apelado, el juez de la acción popular sí cuenta con un amplio margen de competencias para llevar a cabo un «juicio de legalidad» sobre los contratos estatales, en la medida de que existan derechos colectivos amenazados y/o vulnerados.

132. En ese sentido, explicaron que, conforme a la *ratio decidendi* de la sentencia de constitucionalidad C – 644 de 2011 y al tenor literal del artículo 144 del CPACA, resultaba claro que la única restricción existente en la materia era la prohibición de anular actos administrativos y contratos estatales; por lo que debía entenderse que sí se podían realizar juicios de legalidad y validez, siempre y cuando se adoptaran medidas distintas a la nulidad.

133. También expresaron que el fallo de primera instancia se equivocó al traer a colación la sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018 en el *sub examine*, debido que esta providencia hacía referencia a actos administrativos y no a contratos estatales; y para ello pusieron de relieve lo dicho por esta Corporación en la sentencia de unificación de 14 de agosto de 2018 y en el fallo de 16 de mayo de 2019.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

134. Igualmente, reprocharon la aplicabilidad, al caso de autos, de la sentencia de 27 de abril de 2020⁴¹ en tanto que dicha providencia no era de orden unificatorio, y por lo tanto no constituía un precedente vinculante.

135. Por último, y en cuanto a este aspecto de la discusión, dilucidaron que las pretensiones de la demanda de acción popular no estaban encaminadas a que se declarara la nulidad del contrato estatal, sino a adoptar medidas correctivas diferentes, en tanto que en la presente controversia sí se encuentran amenazados y/o vulnerados derechos de índole colectiva.

136. En vista de todo lo anterior, la parte apelante reiteró los fundamentos de la demanda de acción popular relacionados con la vulneración de los principios de transparencia, planeación y publicidad, previamente enunciados.

137. Resumidos los argumentos del recurso de apelación, sea lo primero señalar que, en efecto, el artículo 144 del CPACA establece un límite a las amplias facultades que le fueron otorgadas a los jueces de la acción popular en el marco de la Ley 472 de 1998. Nótese, por ejemplo, como el artículo 34⁴² de la citada Ley autoriza a los jueces a adoptar las medidas que estime «*necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible*».

138. Sin embargo, desde la expedición del artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es claro que este amplio margen de discrecionalidad ha sido limitado por el legislador, en los siguientes términos:

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 27 de abril de 2020. Exp. N° 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP). C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

⁴² La norma en cuestión señala: «*Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.*

La condena al pago de los perjuicios se hará “in genere” y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C.; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional en favor del actor.

En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

En la sentencia el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo».



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

«PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos».

139. Desde esta perspectiva, se podría concluir que con ocasión de la norma citada se ha zanjado la disparidad de criterios que imperó en la jurisdicción contencioso administrativo respecto de la procedencia de la acción popular a efectos de anular actos administrativos y contratos estatales.

140. En este punto, la Sala destaca que el inciso 2° del artículo 144 del CPACA contiene dos reglas jurídicas. La primera regla prevé que sí es posible promover la acción popular contra actos administrativos y contratos estatales a efectos de proteger los intereses y derechos colectivos. De manera que la discusión atinente a la presunta improcedencia de este medio de control, en estos eventos, se encuentra superada, a la luz de lo previsto en la primera parte del inciso 2° del artículo 144, en tanto que si la *«conducta vulnerante [del derecho colectivo] es un acto administrativo o un contrato»* procederá la acción popular.

141. La segunda regla contiene una limitación a las facultades del juez de la acción popular consistente en la prohibición de *«anular actos o contratos, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos»*.

142. En ese sentido, se ha entendido que, mediante el artículo 144 del CPACA, el legislador acogió un criterio intermedio⁴³, en el que la acción popular sí es

⁴³ La jurisprudencia contenciosa administrativa y la doctrina especializada han señalado que sobre la discusión de la procedencia de la acción popular en contra de actos administrativos y de contratos estatales existe una teoría restrictiva, una amplia, una intermedia y una finalista. Según la **«(i) Tesis restrictiva:** No permite la discusión de la legalidad del acto administrativo en la acción popular, al considerar que para tal efecto existen las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta posición puede observarse en sentencias de la Secciones Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta. **(ii) Tesis amplia:** Defiende la procedencia de la nulidad, sin ningún límite o condicionamiento, en consecuencia, admite el análisis de la legalidad del acto administrativo y la anulación del mismo. Este criterio lo sostuvieron las Secciones Primera, Cuarta y Quinta de la Corporación, al considerar que los artículos 9.º y 15.º de la Ley 472 de 1998 se refieren a tres posibles causas de la acción popular contra entidades públicas, puesto que distingue el origen de la afectación en acciones, omisiones y actos de la administración. Por consiguiente, es procedente la anulación del acto administrativo en la acción popular, para proteger los derechos e intereses colectivos que resultan afectados con la expedición de un acto administrativo. **(iii) La tesis intermedia:** Considera que no es procedente la anulación, por cuanto esta solo le corresponde al juez de la acción ordinaria. Con todo, el juez tiene competencia para suspender los efectos del acto. Sobre el particular, la Sección Tercera, en sentencia de 6 de octubre de 2005, afirmó que



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

procedente contra actos administrativos y contratos estatales cuando su finalidad y objeto esté encaminado a la protección derechos de índole colectiva, sin que el juez de la acción popular pueda, en todo caso, anular los actos administrativos o los contratos, sin perjuicio de adoptar las «medidas necesarias» para que cese la amenaza o vulneración.

143. Sin embargo, y a pesar de que el artículo 144 citado permitió superar el debate en torno a la procedencia de la acción popular contra actos administrativos y contratos estatales; con posterioridad a ello se han suscitado controversias en el interior de esta Corporación sobre el alcance y el entendimiento de la regla contenida en el inciso 2° del artículo 144 del CPACA. Es decir, sobre la prohibición de anular actos administrativos y contratos estatales.

144. En síntesis, se observa que al interior de la Corporación subsisten dos interpretaciones del inciso 2° del artículo 144 del CPACA.

145. En uno de los criterios existentes, **se opta por realizar una aplicación taxativa de la norma y señala que la limitación introducida en el inciso 2° aludido solo afecta la facultad de declarar la nulidad de los actos administrativos y de los contratos, por lo que el juez de la acción popular conserva la competencia para examinar la legalidad y/o la validez de estos y de adoptar medidas distintas a la nulidad**, aunque sus consecuencias sean similares. En este evento se suelen adoptar medidas como dejar sin efectos el acto administrativo u ordenar la terminación del contrato.

dentro de las facultades previstas en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 no se incluyó la de anulación de los actos administrativos, porque tal decisión no se encuentra o deriva de la facultad de impartir órdenes de hacer o no hacer, pero ello no impide «[...] entrar a revisar su legalidad, cuando la vulneración del derecho colectivo sea causa precisamente como consecuencia de la ilegalidad del acto, sin que en ese caso su decisión pueda superar la orden de suspender los efectos del mismo [...]». **(iv) La tesis con criterio finalístico.** Admite la nulidad del acto administrativo, pero teniendo en cuenta la finalidad que persiga el actor, de tal suerte que sólo puede anularse el acto administrativo que amenace o transgreda el derecho colectivo, siendo improcedente cuando se trata de un estudio de legalidad, propio de las acciones contencioso administrativas, en las que se enervan las presunciones del acto administrativo bajo el límite de la jurisdicción rogada.⁹⁹ Este criterio también lo compartieron las Secciones Segunda¹⁰⁰ y Tercera». Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de febrero de 2018. Exp. N° 25000-23-15-000-2002-02704-01. C.P.: William Hernández Gómez.



146. Este criterio ha sido aplicado en la sentencia de 2 de marzo de 2022⁴⁴ y de 21 de noviembre de 2022⁴⁵. Especialmente en la sentencia de 21 de noviembre de 2022⁴⁶, la Subsección A de la Sección Tercera el Consejo de Estado amparó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, el cual encontró vulnerado con ocasión de un contrato de arrendamiento que recaía sobre el bien de interés cultural y de uso público «*baluarte de Santo Domingo*». En la providencia referida el juez contencioso concluyó que el objeto del contrato era ilícito y, como medida de restablecimiento, ordenó a las partes dar por terminado y liquidar el negocio jurídico. Al respecto, la providencia señaló lo siguiente:

«50. De otro lado, es claro que aquí se celebró un contrato de arrendamiento. Ninguna de las partes lo pone en discusión. Efectivamente, la Escuela Taller Cartagena de Indias le entregó el uso y goce de un área del baluarte Santo Domingo a la sociedad Café del Mar Ltda., a cambio de un precio y a través de un acuerdo que fue elevado a escrito. Inclusive, en las consideraciones del contrato se consignó que es ya habitual utilizar esta tipología contractual, la cual se desprende del contenido del siguiente clausulado que destaca a continuación (fls. 12 a 28, c. ppal, 1ª instancia):

(...)

55. Sin embargo, esto no significa que no estén afectados los derechos colectivos al uso y goce del espacio público y su defensa, así como del patrimonio cultural de la Nación, incluso si las acciones de la sociedad arrendataria han cesado, como se ordenó y lo refiere el IPCC, **como quiera que la figura jurídica del contrato de arrendamiento, se insiste, riñe con la naturaleza de uso público del baluarte y jurídicamente permite un uso exclusivo de dicho bien, tal como lo unificó la Sala Plena de esta Corporación.**

(...)

62. Preciado lo anterior, aunque no se puede anular el contrato, por prohibición expresa del artículo 144 del CPACA, se ordenará su terminación y liquidación en el estado en que se encuentre. Además, se ordenará a la Escuela Taller Cartagena de Indias o la autoridad competente que adopte todas las medidas necesarias para la restitución del baluarte. Igualmente, la autoridad competente deberá realizar los

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 2 de marzo de 2022. Exp. N° 25000-23-24-000-2012-00252-01. C.P.: Alberto Montaña Plata. En la providencia aludida se dijo «38. La acción popular es un mecanismo de rango constitucional y de carácter principal, que no responde, por lo tanto, al criterio de subsidiariedad propio de la acción de tutela (artículo 6.1 del Decreto Ley 2591 de 1991) y de la de cumplimiento (9 de la Ley 393 de 1997). **Ella significa que la acción popular es procedente incluso si existen otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces para resolver el asunto, tales como las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho o la de controversias contractuales.** Sin embargo, acudir al mecanismo de protección de derechos o intereses colectivos que se consideran amenazados o vulnerados por actos administrativos no significa que estos pierdan uno de sus atributos propios, como es el de su presunción de legalidad o, más precisamente, de cumplimiento de los requisitos de validez. La presunción es un medio de prueba construido por el legislador a partir de la constatación de lo que ocurre normalmente y, por ello, se trata de transformar la lógica y la experiencia en una norma legal¹⁷, con el objeto de que, judicial y extrajudicialmente, lo presunto no requiera ser demostrado y, por lo tanto, su consecuencia directa es la inversión de la carga de la prueba. **39. Es por ello que, quien controvierta la validez de un acto administrativo, incluso si la acusación consiste en el desconocimiento de la moralidad administrativa, debe aportar suficientes elementos de juicio para desvirtuar la presunción de validez y, para que el juez tome las medidas para hacer cesar la amenaza o vulneración. La presunción de validez del acto administrativo es compatible con la regulación propia de las acciones populares, ya que el artículo 30 de la LAPAG dispone, de manera general, que “La carga de la prueba corresponderá al demandante”. Una consideración equivalente exige la presunción constitucional de actuación de buena fe de los particulares en sus actuaciones ante las autoridades, prevista en el artículo 83 de la Constitución. De manera coherente con esto, la vulneración demostrada del derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa es incompatible con las presunciones de validez del acto administrativo y de buena fe de la actuación de los particulares».**

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 21 de noviembre de 2022. Exp. N° 13001233300020140040601 (65.566). C.P.: María Adriana Marín.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 21 de noviembre de 2022. Exp. N° 13001233300020140040601 (65.566). C.P.: María Adriana Marín.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

estudios para determinar la administración directa o la entrega a un particular del baluarte Santo Domingo, de conformidad con las normas legales y constitucionales, además de la restricción aquí consignada».

[Negrillas de la Sala]

147. En el otro criterio se ha efectuado una interpretación extensiva de la norma, en virtud de la cual se ha entendido que la prohibición de anular contratos y actos administrativos también excluye la posibilidad de que el juez de la acción popular efectúe un juicio de legalidad y/o validez sobre estos. De suerte que la limitación introducida en el inciso 2° del artículo 144 del CPACA **no puede ser desconocida por el juez a través figuras jurídicas que en sus efectos jurídicos se asemejan a los de la nulidad del acto o del contrato.**

148. En este segundo criterio se pone de relieve que la finalidad del inciso 2° de la Ley 1437 de 2011 es que la acción popular constituya un instrumento jurídico eficaz de protección de los derechos colectivos, sin desplazar los medios de control de nulidad y de controversias contractuales; evitando con ello que el juez de la acción popular **actúe como juez de la legalidad del acto administrativo o de la validez del contrato.**

149. Esta segunda tendencia se puede rastrear en las sentencias de 27 de abril de 2020⁴⁷, de 25 de mayo de 2021⁴⁸ y de 18 de julio de 2022⁴⁹. Así las cosas, en la sentencia de 27 de abril de 2020⁵⁰, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró improcedente la demanda de acción popular promovida por el ciudadano Daniel Alejandro Cruz Mejía porque se solicitó la declaratoria de la nulidad de la Resolución N° 135 del 26 de diciembre de 2012. Al resolver la controversia se señaló lo siguiente:

«9. La acción popular no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos. **Ello no implica que las facultades del juez de la acción popular sean ilimitadas, pues es claro que este medio de control no procede para controvertir las leyes de la República** y discutir decisiones judiciales de constitucionalidad; ni para cuestionar la constitucionalidad del proceso de concertación y entrada en vigor de Tratados Internacionales; tampoco para discutir decisiones judiciales; no es el medio idóneo de verificación y cumplimiento de lo decidido por otras

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. Sentencia de 27 de abril de 2020. Exp. N° 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP). C.P.: Guillermo Sánchez Luque.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Séptima Especial de Decisión. Sentencia de 25 de mayo de 2021. Exp. N° 05001-33-31-007-2009-00132-01(AP)REV. C.P.: Martín Bermúdez Muñoz. En esta providencia se señaló: «[L]a función del juez de la acción popular no es la de determinar si la actuación de la administración se ha desarrollado conforme con las disposiciones legales, puesto que la revisión de la legalidad de la actuación de la administración en relación con sus actos y contratos debe hacerse a través de las acciones pertinentes que permiten anular o dejar sin efectos tales actos. En el ámbito de la acción popular, por el contrario, el juez debe examinar si la actuación de la administración respetó los derechos colectivos teniendo en cuenta si obró conforme con los principios que rigen la actuación administrativa y respondiendo a las expectativas de la comunidad».

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 18 de julio de 2022. Exp. N° 05001-23-33-000-2015-01517-01(AP). C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Subsección C. Sentencia de 27 de abril de 2020. Exp. N° 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP). C.P.: Guillermo Sánchez Luque.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

autoridades judiciales; **ni es el mecanismo para cuestionar la validez de contratos estatales o estudiar controversias que deben tramitarse a través de los medios de control ordinarios** (v.gr. acción de controversias contractuales) .

En efecto, si bien en el campo de la actividad contractual del Estado puede encontrarse involucrado un derecho colectivo, ello no significa que la acción popular sea el mecanismo para estudiar la nulidad del contrato o el incumplimiento de sus obligaciones, pues la acción popular no reemplaza la acción de controversias contractuales que, precisamente, está instituida para obtener esas declaraciones y el resarcimiento patrimonial correspondiente.

(...)

11. Aún más, el juez de la acción popular no puede evadir la prohibición de anular actos administrativos o contratos estatales, a través de medias alternativas, por ejemplo, la suspensión o la inaplicación de un acto, o dejar sin efectos un contrato -facultad reservada a las partes a través de la institución del mutuo disenso art. 1602 CC-.

Un proceder en ese sentido, equivaldría a violar un mandato expreso del legislador, mediante figuras que soterradamente se intentan asemejar a la nulidad. Con esta perspectiva, en relación con los negocios civiles y comerciales, el ordenamiento prevé que la sanción contra un acto que contraviene la ley por objeto ilícito es la nulidad, sin que sea posible que el juez, por vía de otro camino, entre a confrontar la validez de ese acto (arts. 6, 16, 1502.3, 1519, 1523, 1741 y 1742 CC y 899 C. de Co.)». [Negrillas fuera de texto]

150. En igual sentido, y mediante la sentencia de 3 de marzo de 2023⁵¹, esta Sección se abstuvo de analizar los cargos relacionados con presuntos vicios en el proceso de formación del Acuerdo N° 024 de 16 de agosto de 2019, expedido por el Concejo Distrital de Riohacha y mediante el cual se autorizaba al alcalde distrital a constituir *«una sociedad de economía mixta organizada como E.S.P. para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado»*.

151. El citado acto administrativo había sido demandado, mediante acción popular, por los Procuradores Judiciales 42, 91 y 202 para Asuntos Administrativos de La Guajira porque presuntamente vulneraba los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y los derechos de los usuarios. **En aquella oportunidad esta Sala de Decisión recordó que el juez de la acción popular no podía fungir como juez de legalidad de los actos, en tanto que el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos no estaba instituido para desplazar los otros medios judiciales.** Al respecto se sostuvo lo siguiente:

«77. Cabe resaltar que la atribución conferida al juez popular por el inciso segundo del artículo 144 del CPACA no implica que esa autoridad puede invadir las funciones propias del juez ordinario encargado de efectuar el control de validez de la decisión administrativa. De manera que la frontera del juicio valorativo del juez de la acción popular está demarcada por los

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2023. Exp. N° 44001-23-40-000-2019-00150-01. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.



argumentos propuestos por el accionante en relación el daño o amenaza que se cierne sobre los derechos colectivos.

78. En otras palabras, el hecho consistente en que el juez que conoce de la acción popular pueda suspender los efectos de un acto administrativo, **no implica que se encuentra habilitado para efectuar un juicio de legalidad, en la medida que dicha valoración escapa del ámbito de protección del medio de control de protección de derechos colectivos. Además, este mecanismo constitucional no se instituyó para desconocer o desplazar las acciones judiciales ordinarias, ni como un procedimiento alternativo o que se superponga frente a los otros.**

79. Establecido lo anterior, la Sala advierte que los vicios “**procedimentales**” expuestos por la parte actora en la demanda, están orientados a que el juez de la acción popular efectué un análisis de legalidad del Acuerdo 024, lo cual, como se dijo previamente, **escapa de su competencia**». [Negrillas fuera de texto]

152. La posición anterior también fue objeto de análisis por esta Sección en la sentencia de 4 de agosto de 2022⁵². En esta oportunidad se analizó la demanda de acción popular presentada por un grupo de ciudadanos y con la que buscaban el amparo de los derechos colectivos previstos en los literales a), b), c), e) y g) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998. En esta providencia, al resolverse la procedencia de la acción popular, la Sección precisó que la controversia no giraba en torno a la legalidad de un acto administrativo y que la finalidad de la demanda estaba orientada a la tutela de los derechos colectivos y no a la defensa del ordenamiento jurídico en abstracto. Al respecto se indicó:

«901. En el caso concreto, los demandantes atribuyeron la transgresión de los derechos colectivos previstos en los literales a), b), c), e) y g) del artículo 4º de la Ley 472, al contexto que rodea al procedimiento de recepción y evaluación electrónica de solicitudes de titulación mineras, caracterizado por problemas de desarticulación institucional, déficit de información y de ordenamiento minero-ambiental del territorio colombiano, y debilidades en el modelo de control y fiscalización de los títulos mineros.

902. Significa lo anterior que la parte actora no pretende controvertir la legalidad del acto administrativo que decide levantar la suspensión del catastro minero a partir del 2 de julio de 2013, esto es, la Resolución No. 484 de 2011, sino que cuestiona los impactos medioambientales que generó esa decisión a partir del 2 de julio de 2013 en un contexto de debilidad institucional en el que el Estado estaría incumpliendo su deber de controlar esa actividad económica y de conservar los ecosistemas estratégicos del territorio nacional.

(...)

905. Como se puede observar, los demandantes no persiguen la defensa de la legalidad y del orden jurídico en abstracto, pues en realidad buscan la corrección de las acciones y omisiones antes aludidas, las que, en su sentir, son la causa de la transgresión de los derechos colectivos.

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 4 de agosto de 2022. Exp. N° 25000-23-41-000-2013-02459-01. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.



906. Es preciso resaltar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018, **ya explicó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede emitir cualquier orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados por un acto administrativo, sin que pueda llegar a decretar su nulidad de este último.**

(...)

908. En ese orden, la autoridad judicial que conoce del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos no tiene la facultad de anular los actos administrativos, pero sí puede adoptar las medidas materiales que salvaguarden el derecho afectado por la decisión administrativa allí plasmada.

(...)

910. En este orden de ideas, la Sala pone de presente que los límites previstos en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 impiden al juez popular declarar la nulidad de un acto administrativo en el marco de dicho trámite constitucional, pero esto no significa que tal funcionario este exento de pronunciarse frente a la transgresión de los derechos colectivos originada en tales actos, sino que al momento de resolver, este funcionario de la justicia solo podrá adoptar medidas de protección diferentes a la declaratoria de nulidad».

153. Por otro lado, resulta pertinente aclarar que en las sentencias de unificación de 13 de febrero de 2018⁵³, de 14 de agosto de 2018⁵⁴, de 5 de mayo de 2020 y de 4 de octubre de 2021, proferidas por la Sala Plena y por las Salas Especiales de Decisión que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, **si bien han fijado reglas jurisprudenciales sobre la facultad del juez de la acción popular de anular actos administrativos y contratos estatales; lo cierto es que tales reglas están dirigidas, exclusivamente, a regular los procesos de acción popular iniciados en vigencia del Código Contencioso Administrativo.**

154. Sin perjuicio de lo anterior, es de destacar que en la sentencia de unificación de 13 de febrero 2018⁵⁵, la Sala Plena de esta Corporación precisó que *«si el juez de la acción popular encuentra que el acto administrativo vulnera derechos e intereses colectivos, podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos (salvo la anulación del acto o contrato). A guisa de ejemplo, el juez podría adoptar las siguientes medidas: (i) La inaplicación total o parcial con efectos interpartes -artículo 148 de la Ley 1437; (ii) interpretación condicionada del acto administrativo; (iii) la suspensión de los efectos -eficacia- sin que ello obligue al juez ordinario a declarar la nulidad del mismo, puesto que el ámbito de análisis es diferente».*

⁵³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de febrero de 2018. Exp. N° 25000-23-15-000-2002-02704-01. C.P.: William Hernández Gómez.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de agosto de 2018. Exp. N° 05001-33-31-003-2009-00157-01. C.P.: Oswaldo Giraldo López.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de febrero de 2018. Exp. N° 25000-23-15-000-2002-02704-01. C.P.: William Hernández Gómez. ».



155. Retornando al caso de autos, se observa de la lectura integral del escrito de la demanda y del recurso de apelación, y tal como lo puso en evidencia el Tribunal Administrativo de La Guajira en el fallo apelado, **que una parte de los argumentos que sustentan la presente acción popular están dirigidos a controvertir en abstracto la validez del contrato estatal N° 001 de 15 de enero de 2020 y poner de relieve presuntos vicios en el proceso de formación del citado negocio jurídico.**

156. Por lo anterior, se pone de presente que dicho juicio de validez del contrato estatal, en efecto, escapa de la órbita de competencia del juez de la acción popular.

157. Así las cosas, y en consonancia con la jurisprudencia que ha proferido esta Sección en relación con el alcance del inciso 2° del artículo 144 del CPACA, la Sala encuentra que los argumentos elevados por los demandantes en su escrito de apelación carecen de vocación de prosperidad, tal como pasa a explicarse a continuación.

158. En primera medida, no es cierto que el juez de primera instancia hubiese desconocido la *ratio decidendi* de la sentencia de constitucionalidad C – 644 de 2011, proferida por la Corte Constitucional. Vale la pena aclarar que, mediante la referida sentencia, se analizó la constitucionalidad del aparte final inciso 2° del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, que en su tenor literal dispone: «*sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos*».

159. En las consideraciones del fallo de constitucionalidad, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

«Entonces, el hecho que el legislador haya establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 que el juez de la acción popular no puede decidir sobre la anulación de los actos administrativos y contratos estatales, en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. **Se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011 a partir de su artículo 135.**

Contrario a lo estimado por el actor, el beneficio derivado de la adopción de las decisiones relativas a la nulidad de los contratos y los actos administrativos en las acciones populares, **equivale al reconocimiento y respeto por las reglas del proceso establecido en la ley para adoptar decisiones respecto a la validez de los actos y contratos de la administración en juicios específicos, ya que a través de esta acción se reclama la protección de derechos que pueden ser desconocidos sin que su titular sea convocado al proceso previsto por la ley para la adopción de tales decisiones.**

(...)



Estas razones soportan ampliamente la limitación expresa de las facultades del juez en las acciones populares introducida por la ley 1437 de 2011, de manera que sin privar a los ciudadanos de este importante instrumento, se evite el desconocimiento del derecho al debido proceso (C. Po. art. 29), el cual está protegido con la expresión demandada, segmento que si bien prohíbe la anulación del acto o contrato de la administración, da al juez popular la facultad de adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos⁵⁶.

(...)

El juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidir si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de nulidad, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo. Del mismo modo, el juez de la acción popular, antes que dedicarse a determinar quien debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, debe adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación⁵⁷.

(...)

La expresión demandada adopta una solución que se distingue por permitir la conciliación de la existencia simultánea de dos medios judiciales de atacar la legalidad de un acto administrativo o de un contrato estatal, en un caso para obtener la nulidad, y en otro para lograr la protección de los derechos o intereses colectivos.

De esta manera, se establecen reglas claras orientadas a la protección de los derechos e intereses colectivos y, al mismo tiempo, **se respeta celosamente el derecho fundamental al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de quienes puedan verse afectados por la nulidad de un acto o un contrato estatal**». [Negrillas fuera de texto]

160. Nótese cómo la Corte Constitucional efectuó una clara distinción entre la función y la finalidad del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos y la de los medios de control orientados a estudiar la legalidad y/o validez de los actos administrativos y de los contratos estatales.

⁵⁶ Sentencia T-446 de 2007: “Sin embargo cabe recordar, que si bien la acción popular puede adelantarse independientemente de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, para la protección de los derechos e intereses colectivos, tampoco se trata de acciones configuradas para desplazar los medios de defensa judicial ordinarios, dado que los bienes jurídicos que protege la acción constitucional son diferentes a aquellos que corresponden al juez ordinario; es decir, se está frente a mecanismos judiciales independientes con propósitos distintos y específicos. // En efecto, el juez constitucional de la acción popular tiene señalado por la Constitución y la ley su marco de acción para la protección de los derechos e intereses colectivos, pero ello no significa, como lo ha considerado esta corporación, que “a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que le corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo”⁵⁶. En igual sentido puede predicarse respecto de los casos que por efecto de la contratación deben debatirse y decidirse ante los jueces ordinarios conforme a la ley. // Sin embargo, lo anterior no obsta para que el juez de la acción popular aplique los remedios judiciales necesarios para proteger de manera efectiva los derechos e intereses colectivos que encuentre vulnerados. Sostener lo contrario implicaría que en determinadas situaciones la protección de tales derechos e intereses es inocua”.

⁵⁷ El juez de la acción popular puede adoptar disposiciones que garanticen los derechos colectivos involucrados, sin decretar su anulación. Puede examinar cuál es la situación de hecho que afecta el interés colectivo, determinar qué forma vulnera dicho interés y disponer acciones para que ella se suspenda y no vuelva a presentarse, sin anular el acto administrativo que la provoca o que la permite, como bien lo asegura uno de los intervinientes.



161. Conforme dicha diferenciación, precisó la Corte que: «[e]l juez **popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidir si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de nulidad**, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo». Por lo que **«el juez de la acción popular, antes que dedicarse a determinar quien debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, debe adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato»**.

162. Así las cosas, en criterio de la Sala, es incorrecta la interpretación que hace la parte demandante de la sentencia de constitucionalidad citada, en tanto que en dicha providencia no se establece el deber del juez de la acción popular de estudiar la legalidad de los actos administrativos y de los contratos estatales, como lo afirma el recurrente.

163. En criterio de la Sala, tal apreciación resulta contraria a lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la sentencia aludida, en la que claramente distinguió entre la finalidad de la acción popular y explicó por qué no era posible, a través de este medio de control, efectuar juicios de validez de los contratos.

164. En este punto, la Sala considera que la regla introducida en el inciso 2° del artículo 144 del CPACA no solo restringe la facultad de declarar la nulidad de los contratos y de los actos administrativos; **sino que, además, ello repercute, necesariamente, en la imposibilidad de que mediante esta acción constitucional se discutan asuntos relacionados con la legalidad del acto administrativo y/o la validez del contrato estatal, en tanto que tales vicisitudes conducen a la declaratoria de nulidad**.

165. Ello es así porque, inevitablemente, un juicio sobre legalidad del acto administrativo conduce a su anulación en caso de hallarse acreditado una de las causales previstas en el inciso 2° del artículo 137 del CPACA, atinentes a haberse expedido *«con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió»*.

166. Lo mismo ocurre en relación con los contratos estatales. Un juicio de validez del contrato, que comprende analizar la licitud del objeto o de la causa, el incumplimiento de los requisitos de existencia del negocio jurídico, la configuración de un vicio en el proceso de formación o cualquiera de las causales previstas en el artículo 44 y s.s. de la Ley 80 de 1993, conduce inevitablemente a la declaratoria de nulidad del contrato, en caso de prosperar las pretensiones de la demanda.



167. En esa medida, no es posible convertir el proceso de acción popular en un escenario para debatir la validez de los contratos estatales en tanto que, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C – 644 de 2011, se desnaturalizaría la finalidad de estas y, además, se violarían derechos de orden fundamental como la defensa y el debido proceso en razón de que se desconocería el procedimiento previsto por el legislador para que se lleve a cabo un juicio de legalidad y de validez de los actos administrativos y de los contratos estatales.

168. Por otra parte, tampoco está llamado a la prosperidad el argumento de la parte recurrente atinente a que se aplicó indebidamente la sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Según los demandantes dicha providencia no era aplicable al *sub examine* porque las reglas establecidas en esa providencia **solo operaban respecto de demandas de acción popular contra actos administrativos, iniciadas en vigencia del Decreto Ley 01 de 2 de enero de 1984 o Código Contencioso Administrativo.**

169. Sobre esta afirmación, la Sala debe precisar que no es cierto que en el fallo de primera instancia se haya concluido que es improcedente hacer un juicio de legalidad sobre contratos estatales con base en la sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018. Contrario a ello, lo que sostuvo el a quo fue que de acuerdo con el inciso 2° del artículo 144 del CPACA el juez de la acción popular no podía fungir como juez de legalidad del contrato.

170. Bajo la premisa anterior, y si bien en el fallo de primera instancia se citó, a manera de ilustración, la sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018, en tanto que en dicha providencia se hizo un análisis exhaustivo sobre la competencia del juez de la acción popular de declarar la nulidad de actos administrativos; lo cierto es que el fallo de unificación citado sirvió de criterio auxiliar porque la prohibición de anular actos administrativos y contratos estatales en procesos de acción popular iniciados en vigencia del CPACA se encuentra regulado en el inciso 2° del artículo 144 del referido compendio normativo.

171. Por último, tampoco es admisible el argumento de la parte recurrente atinente a que en las pretensiones 2.1 y 2.2. de la demanda no se solicitó la nulidad del contrato de operación con inversiones N° 001 de 15 de enero de 2020.

172. Ello es así porque, aunque no se solicitó explícitamente la nulidad del contrato estatal, lo cierto es que una parte de los argumentos que sustentan la presente acción popular están encaminados a demostrar la configuración de vicisitudes en el proceso contractual. Es decir, un parte de los fundamentos de la presente demanda más que demostrar la vulneración de un derecho colectivo en concreto está encaminados a realizar juicio de validez del contrato estatal, circunstancia que desnaturaliza el objeto de esta acción constitucional.



173. En vista de lo anterior, la Sala considera que los argumentos relacionados con los siguientes ejes temáticos no pueden ser estudiados de fondo en tanto que no ponen de relieve la vulneración o amenaza de un derecho de índole colectivo, sino que están encaminados a demostrar vicios en el proceso de formación del contrato estatal:

- i) La presunta vulneración de las normas del estatuto general de contratación pública en la etapa precontractual, con ocasión de: (a) la omisión de publicar el acto de apertura de la licitación en el SECOP I; y (b) la omisión de publicar los avisos previstos en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993.
- ii) La imposibilidad jurídica de adjudicar el contrato estatal a una «*Promesa de sociedad Futura*».
- iii) El desconocimiento del régimen y la naturaleza jurídica del contrato N° 001 de 15 de enero de 2020, en tanto que no es un contrato de operación con inversión, regulado en el numeral 39.3 de la Ley 142 de 1994, sino que su verdadera naturaleza y régimen jurídico es la del contrato de concesión, previsto en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- iv) La violación del régimen jurídico de la sociedad **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A. E.S.P.**, ya que al no prestar materialmente un servicio público le ira inaplicable el régimen especial de contratación contemplado en la Ley 142 de 1994.
- v) El desconocimiento de la naturaleza jurídica de la sociedad **Empresa Regional de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado Sur Azul S.A. E.S.P.**, como entidad descentralizada indirecta y de su régimen contractual, regulado en el Estatuto General de Contratación Pública.
- vi) La presunta violación de los principios de planeación y de selección objetiva con ocasión del desconocimiento de la *Guía para la elaboración de estudios del sector*, expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, y del artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto N° 1082 de 2015; en tanto que los factores ponderables fueron fijados en forma discrecional por la entidad contratante.
- vii) La presunta violación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, al omitir señalar el valor del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020.



- viii) La presunta nulidad del contrato y violación de los principios de planeación y de economía por haberse omitido efectuar, previo a la celebración del contrato, un inventario general de los bienes entregados y con ocasión de las modificaciones introducidas al contrato estatal a través de los otrosíes N° 2 y 3.

174. Así las cosas, y como quiera que los argumentos citados con antelación no ponen de relieve la posible vulneración de un derecho de índole colectiva, sino que buscan que el juez de la acción popular efectúe un juicio de validez del contrato estatal N° 001 de 15 de enero de 2020; la Sala se abstendrá de analizarlos y negará las pretensiones de la demanda, tal como se hizo en el fallo de primera instancia.

II.4. De la presunta vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público en el *sub examine*

175. En relación con este derecho colectivo, la parte demandante identificó dos supuestos de hechos por los que, en su criterio, se habría afectado el patrimonio público en el caso de auto, que consistieron en: (i) haberse subestimado los montos asegurados a través de las pólizas de garantías constituidas, y (ii) haberse pactado un valor irrisorio por el derecho de usufructo de los bienes entregados al contratista para la ejecución del contrato.

176. En cuanto a la caracterización del derecho colectivo consistente en la defensa del patrimonio público, mediante la sentencia de unificación de 1° de febrero de 2022, la Sala Décima Especial de Decisión precisó que por patrimonio público debía entenderse *«el conjunto de los bienes y recursos, cualquiera que sea su naturaleza, que son propiedad del Estado y que le sirven para el cumplimiento de sus cometidos, conforme a la legislación positiva. En ellos se incluyen, además del territorio, los bienes de uso público y los fiscales, los inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo titular es toda la población, los valores tangibles e intangibles o no fácilmente identificables, tales como el patrimonio cultural de la Nación, el patrimonio arqueológico, los bienes que conforman la identidad nacional y el medio ambiente»*⁵⁸.

177. Así las cosas, y siguiendo la sentencia en cita, se definió el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público como *«[l]a garantía colectiva (...) [que] propugna por la **protección del patrimonio estatal**, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y **diligencia propios de un buen servidor, de modo que se evite cualquier detrimento**»*⁵⁹.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Décima Especial de Revisión. Sentencia de 1° de febrero de 2022. Exp. N° 73001-33-31-006-2008-00027-01. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁹ Ibidem.



178. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala analizará si, en efecto, se encuentra acreditada la amenaza y/o vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, en razón de: a) la presunta subestimación de los montos asegurados a través de las garantías concitas al contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020; y b) el presunto valor irrisorio fijado a título de retribución por el derecho de usufructo de los bienes entregados al contratista para la ejecución del contrato.

A. Sobre la amenaza del derecho a la defensa del patrimonio público en razón de la subestimación de las garantías contractuales

179. Frente a este aspecto de la discusión, la Sala estima que esta acción constitucional resulta procedente en tanto que lo perseguido por los actores no es efectuar un juicio de validez sobre las cláusulas contractuales, sino la tutela del derecho colectivo a la defensa patrimonio público, con ocasión de la constitución de unas garantías que ponen en riesgo patrimonio público, en tanto que los montos asegurados presuntamente son inferiores a lo previsto em los artículos 2.2.1.2.3.1.9, 2.2.1.2.3.1.10, 2.2.1.2.3.1.11, 2.2.1.2.3.1.12, 2.2.1.2.3.1.13, 2.2.1.2.3.1.14, 2.2.1.2.3.1.15, 2.2.1.2.3.1.16 y 2.2.1.2.3.1.17 del Decreto 1082 de 2015.

180. En ese sentido, la parte actora planteó, en síntesis, que en el proceso de contratación se omitió **precisar el valor del contrato estatal y efectuar un inventario general y previo de la infraestructura pública entregada para la ejecución del contrato.**

181. En criterio de los demandantes, las omisiones anteriores tuvieron incidencia al momento de establecer cuáles serían los montos asegurados a través de las pólizas de cumplimiento del contrato, de pago de salarios, de prestaciones sociales e indemnizaciones al personal, de calidad y estabilidad de obras, de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, y de responsabilidad extracontractual. Al respecto se señaló en la demanda:

«Esta indeterminación, indefectiblemente, afecta una adecuada constitución, expedición y aprobación de las garantías, como quiera que para su establecimiento o determinación se requiere, un porcentaje del valor estimado del contrato y del valor contable de los bienes entregados como lo establece el documento denominado “ESTUDIOS PREVIOS”, que no en los términos de referencia definitivos, como lo exige la norma superior que con total claridad señala que en los pliegos de condiciones deben contener entre otras, las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones, lo que por sí mismo constituye un yerro en la planeación y diseño del negocio.

En efecto, se exige el 10% del valor del contrato para la garantía de cumplimiento y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y 20% del valor contable de los bienes entregados en el caso de la garantía de calidad y correcto funcionamiento, las cuales, al no haberse determinado el valor del contrato ni mucho menos el valor contable de los bienes entregados



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

será jurídicamente imposible su constitución y aprobación por parte de las aseguradoras.

(...)

En efecto, en este caso, la pretermisión de hacer este inventario general afectó (...) la constitución de las garantías, en especial la garantía de calidad y correcto funcionamiento, la cual, se fijó en un 20% del valor contable de los bienes entregados, valor que al no existir al momento de la legalización del contrato dificulta en grado sumo su expedición por parte de las aseguradoras.

(...)

La anterior inadvertencia, sin duda afecta el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, como quiera, que se hubiera esperado (...) que conociesen con certeza el inventario y la cuantificación actualizado [sic] de los bienes que serán afectos al servicio».

182. En virtud de lo anterior, adujeron en la demanda de acción popular que existía una afectación del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público porque *«los bienes afectos al servicio público quedaron sin poder ser garantizados o en el mejor de los casos por un valor impropio, a consecuencia, principalmente, de la improvisación del estructurador en la fijación de aspectos tan vitales, como la determinación del valor del contrato y el valor contable de los bienes afectos al servicio entregados al operador»*.

183. En ese sentido, expusieron que no era posible calcular el valor de los montos asegurados con base en el monto mínimo de inversión, sino que el mismo debía efectuarse en atención a los documentos precontractuales. En vista de lo anterior, solicitaron en la pretensión 2.3 de la demanda de acción popular que se ordenara a la empresa Sur Azul S.A. E.S.P., y Aguas Total S.A.S. E.S.P., *«ampliar las garantías constituidas o cualquier figura jurídica determinada en las normas superiores, tomando como base, no el mínimo de inversión, a que se comprometió el operador, sino el valor de los Activos»*.

184. Adicionalmente, en el recurso de apelación pusieron de relieve que mediante el otrosí N° 1 de 29 de enero de 2020 se modificó la cláusula vigésima del contrato, atinente a las garantías, y que las pólizas que finalmente fueron constituidas se calcularon sobre el 10% de la suma de \$10.128.289.316, que corresponde al valor de facturación promedio por el servicio público de acueducto y alcantarillado en el año 2019.

185. Sea lo primero señalar que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, la figura de las garantías asociadas a la contratación estatal están *«concebida[s] para salvaguardar el interés público implícito en la contratación, y para proteger el patrimonio de la Administración, frente a eventuales incumplimientos del contratista»*⁶⁰. Asimismo, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, mediante la *Guía de garantía en procesos de contratación*, señaló que *«uno de los objetivos del Sistema de Compra Pública es el manejo del Riesgo»*

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 14 de octubre de 2021. Exp. N° 68001-23-33-000-2013-00362-01(50623). C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.



y, en ese sentido, «[l]as *garantías* [constituían] *instrumentos de cobertura de algunos Riesgos comunes en Procesos de Contratación*».

186. El artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, que regula lo atinente a las garantías en la contratación pública, en su tenor literal, dispone lo siguiente:

«Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.»

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento».

187. Cabe señalar que la norma en cita se encuentra inmersa en el título I de la Ley 1150 de 2007 que trata sobre «La *EFICIENCIA* y LA *TRANSPARENCIA*». Además, el artículo en cuestión **está dirigido, en principio, a regular los procesos contractuales llevados a cabo en el marco del Estatuto General de Contratación.**

188. En ese orden de ideas, y al encontrarse el artículo 7° -que regula lo atiente a las garantías- inmerso en el título primero de la Ley, se puede inferir, *prima facie*, que su ámbito de aplicación es el régimen general de contratación pública, establecido en la Ley 80 de 1993.

189. De otro lado, se observa que la sociedad **Sur Azul S.A. E.S.P.**, es una empresa de servicios públicos de carácter regional, constituida por los municipios de Barrancas, Distracción, Molino, Fonseca, Hatonuevo, San Juan del Cesar y Villanueva, mediante la Escritura Pública N° 771 de 30 de noviembre de 2018 otorgada ante la Notaría Única del Círculo de Fonseca.



190. Debido a lo anterior, se destaca que la sociedad demandada es una **empresa de servicios públicos de carácter oficial**, prevista en el numeral 14.5 de la Ley 142 de 1994, que corresponde a *«aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes»*.

191. En cuanto al régimen jurídico de los contratos celebrados por este tipo de entidades, se advierte que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone en su tenor literal lo siguiente:

«Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, **todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa**. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo».

192. Así las cosas, resulta claro que el régimen de los contratos celebrados por la entidad **Sur Azul S.A. E.S.P.** se rige, en virtud del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por el derecho privado, salvo aquellos en los resulte obligatorio incluir *«cláusulas exorbitantes»*.

193. Sin perjuicio del régimen de derecho privado que regula los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos, el artículo 13° de la Ley 1150 de 2007 explícitamente establece que las entidades estatales cuyo régimen contractual sea *«excepcional al del Estatuto General de Contratación»* **deben aplicar, en su actividad contractual, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal**. La norma en cuestión señala:

«Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de 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



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal».

194. Claramente, a la luz del párrafo⁶¹ del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 y del literal **a)** del numeral 1° del artículo 2° de la Ley 80 de 1993⁶², la sociedad **Sur Azul S.A. E.S.P.**, es una **entidad estatal** que tiene un régimen especial de contratación, dada su naturaleza de **empresa de servicios públicos de carácter oficial**. Sin embargo, y a pesar del régimen jurídico de sus contratos, lo cierto es que en el ejercicio de su actividad contractual **esta entidad debe aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, contemplados en los artículos 209 y 267 superiores**.

195. En cuanto a estos principios, tenemos que el artículo 209 superior prevé que la función administrativa se encuentra *«al servicio del interés general»* y se fundamenta sobre los principios de *«igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad»*. A su vez el 267 constitucional, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 4 de 2019, señala en su inciso 4° que *«[l]a vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales»*.

196. Las normas constitucionales citadas, atinentes a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, se encuentran desarrolladas, entre otros, en los artículos 3° de la Ley 489 de 1998, 3° de la Ley 610 de 2000, 3° de la Ley 1437 de 2011 y 3° del Decreto Ley 403 de 2020.

197. En este punto, la Sala debe precisar que, si bien las normas que regulan lo concerniente a las *garantías en la contratación estatal* se encuentran materialmente avocadas a regular régimen general de contratación pública, previsto en la Ley 80 de 1993, no se puede perder de vista que la figura de las garantías se encuentra intrínsecamente relacionada con principios de economía, de eficacia, de eficiencia y de transparencia.

⁶¹ La norma señala «[...] Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50% [...]».

⁶² La norma en cita dispone lo siguiente: «1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles».



198. Cabe señalar que los principios anotados con antelación se encuentran inmersos en los artículos 209 y 267 superiores, los cuáles en virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, deben ser aplicados por todas las entidades estatales que cuenten con un régimen de contratación exceptuado al Estatuto General de Contratación Pública.

199. En relación con el alcance del principio de economía en materia de contratación estatal, la doctrina especializada ha dicho lo siguiente: *«[m]ediante este principio se busca que todas las actuaciones en la actividad contractual se hagan con celeridad y eficacia, principios que informan la función administrativa, (...) e igualmente que la actividad se desarrolle en ejecución de las obligaciones a cargo de cada una de las partes se haga optimizando costos y evitando actuaciones dilatorias y perjudiciales para el otro⁶³»*.

200. En efecto, se observa que el derogado numeral 25.19 de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de economía, establecía que *«en virtud de este principio» «[e]l contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos»*. La norma anterior, si bien fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, ello no quiere decir que el citado principio no esté intrínsecamente relacionado con la figura de las garantías en materia de contratación pública.

201. Asimismo, el numeral 12 del artículo 3° del CPACA señala que en virtud del *«principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas»*. Además, el Decreto Ley 403 de 2020 dispone que la gestión fiscal debe ser consecuente con el principio de economía, lo que significa las actuaciones públicas deben llevarse a cabo *«con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados⁶⁴»*.

202. Por otra parte, y en lo atiente a los principios de eficiencia y eficacia, se advierte que la actividad administrativa debe *«buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores⁶⁵»* y, además, *«los resultados de la gestión fiscal **deben guardar relación con sus***

⁶³ Palacio Hincapié, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*. 8° Edición. Librería Jurídica Sánchez R. S.A.S., Medellín - Colombia. Pág. 75 y s.s.

⁶⁴ Literal d) del artículo 3° del Decreto Ley 403 de 2020.

⁶⁵ Literal a) del artículo 3° del Decreto Ley 403 de 2020.



objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos⁶⁶».

203. Así las cosas, es dable concluir que en los contratos celebrados por todas las entidades estatales, exceptuándose los previstos en la ley⁶⁷, es exigible la constitución de garantías destinadas al amparo de los riesgos propios de la actividad contractual, sin importar el régimen jurídico que gobierne el referido negocio jurídico, en tanto que la constitución de las garantías busca salvaguardar el patrimonio público y es una extensión de los principios de economía, eficiencia, transparencia y eficacia, que son propios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

204. Aunado al hecho de la entrañable relación entre la figura de las garantías en la contratación pública y los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, debe destacarse que la institución referida propende por la protección del patrimonio público; tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores esta Corporación. En efecto, mediante la sentencia de 9 de julio de 2015⁶⁸, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió a la finalidad de la figura de las garantías en la contratación pública y su vocación protectora del patrimonio público. Al respecto se indicó en la providencia lo siguiente:

[...] 24. La cláusula de garantía de los contratos estatales ha sido prevista por las diferentes normas y estatutos que ha regido esa actividad de la administración los cuales han determinado que las personas naturales o jurídicas que celebren contratos con el Estado están en la obligación de prestar una garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato y sean puestas en cabeza suya.

25. Este requisito es obligatorio y de orden público, dado que constituye una herramienta para salvaguardar los fines de la contratación estatal tales como la satisfacción del interés general, al asegurar la ejecución del objeto del contrato, y el correcto uso del patrimonio público, al proteger al patrimonio del Estado del perjuicio que se derivaría de un eventual incumplimiento del contratista [...]. [Negrillas fuera de texto].

205. Por ende, esta Sala considera que omitir constituir las garantías contractuales; constituir las sin amparar todos los riesgos concatenados a la ejecución del contrato, o constituir las subestimando los montos mínimos asegurables, constituye una amenaza al derecho colectivo de defensa del patrimonio público.

206. En el presente caso, se aprecia que la sociedad **Sur Azul S.A. E.S.P.**, cuenta con un manual de contratación que en su cláusula vigésima dispone:

⁶⁶ Literal b) del artículo 3° del Decreto Ley 403 de 2020.

⁶⁷ Sobre lo anterior se destaca que el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 explícitamente prevé que «[l]as garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento».

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 9 de julio de 2015. Exp. N° 25000-23-26-000-2000-02756-01(28685). C.P.: Danilo Rojas Betancourth.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

«GARANTÍAS CONTRACTUALES: En los modelos de los pliegos de condiciones y contratos deberán especificarse las garantías, vigencias y amparos que de conformidad con lo previsto en el presente Manual, resulten necesarias para amparar adecuadamente los riesgos que para LA EMPRESA representan el inicio del proceso de contratación y/o la celebración y/o ejecución del contrato.

Entre otras garantías, se podrán exigir amparos de (i) seriedad de la oferta, (i) cumplimiento, (ii) calidad de los bienes y/o servicios, (i) estabilidad de obra, (v) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, (vi) buen manejo o inversión del anticipo o devolución del pago anticipado, (vi) y responsabilidad civil extracontractual⁶⁹».

207. Ahora bien, en la cláusula vigésima del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020, modificada mediante el otrosí N° 1 de 29 de enero de 2020, se estipularon las siguientes garantías: (i) garantía única de cumplimiento, que ampara los siguientes riesgos: **(a)** el cumplimiento del contrato, **(b)** el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal, **(c)** garantía de calidad y estabilidad de obras, y **(d)** garantía calidad y correcto funcionamiento de los bienes; (ii) garantía de responsabilidad civil extracontractual; y (iii) las garantías destinadas a «proteger la infraestructura entregada, por el valor comercial de la misma», que debe amparar los siguientes riesgos: *«a) Todo riesgo por daño físico - Obras civiles terminadas b) Rotura accidental de maquinaria. c) Equipos electrónicos (para equipos de laboratorio, computación y control). d) Daño físico a las instalaciones y equipos, lucro cesante y daño emergente por fuerza mayor»*.

208. Frente al amparo de cumplimiento del contrato, que hace parte de la garantía única cumplimiento, se observa que en el ítem (I) del numeral 20.1 de la cláusula vigésima del contrato se estipuló lo siguiente:

«AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: Este amparo tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que asume en razón de la celebración, ejecución y liquidación de este Contrato, así como el pago de las multas y/o sanciones que sean impuestas al OPERADOR por LA EMPRESA.

El valor asegurado deberá ser por una cuantía equivalente al 10% del valor de la facturación promedio que por concepto de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado se registran por parte de los operadores actuales, que para el año 2019, ascendió a la suma de DIEZ MIL CIENTO VENTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUVE MIL TRECENTOS DIECISEIS PESOS COLOMBIANOS (\$ 10.128.289.316), esto es, por la suma de MIL DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS TRENTA y TRES PESOS COLOMBIANOS (\$ 1.012.828.933). A partir del año 2021, el valor del amparo será ajustado de acuerdo con el monto de la facturación que reporte EL OPERADOR para el año inmediatamente anterior.

⁶⁹ Consultado el 30 de junio de 2023 en la página Web <http://www.surazul.gov.co/politicas-y-lineamientos/manual-de-contratacion>.



El amparo se constituirá por una vigencia de un (1) año y seis (6) meses más, debiéndose renovar anualmente por un (1) año más, alcanzando en el segundo año una vigencia de dos años y seis (6) meses y así sucesivamente hasta la terminación del contrato y (6) seis meses más, sin que en ningún momento queden desamparadas las obligaciones contractuales⁷⁰».

209. Al margen del análisis de validez de la citada estipulación contractual, el cual le está vedado al juez de la acción popular, esta Sala centrará su estudio sobre la presunta amenaza al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, ocasión de la presunta subestimación de las garantías pactadas en el contrato estatal.

210. En el caso objeto de estudio, se observa que el valor del contrato de operación con inversión N° 001 de 2020 **es indeterminado**, tal como se pactó en la cláusula séptima del aludido negocio jurídico, en la que señaló: «[p]ara los efectos fiscales, y dada la naturaleza especial del contrato de operación, **el valor del mismo es indeterminado**».

211. Teniendo en consideración el valor indeterminado del contrato, las partes pactaron que el amparo de cumplimiento cubriría el 10% del «promedio facturado» (por concepto de servicios públicos de acueducto y alcantarillado) para el año 2019⁷¹ en los municipios que hacen parte del área de operación. En ese sentido, el «promedio de facturación» calculado fue de \$10.128.289.316, así que el monto asegurado ascendió a \$1.012.828.933.

212. En criterio de la Sala el monto asegurado se calculó sobre una de las contraprestaciones del contrato y se excluyó, injustificadamente, otra de las prestaciones que a juicio de esta Sala debió ser tenida en cuenta.

213. En efecto, el objeto del presente negocio jurídico es «la **OPERACIÓN ESPECIALIZADA CON INVERSIÓN**, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, sus actividades complementarias y las inversiones a que haya lugar».

214. La forma de remuneración pactada por la ejecución de este contrato, se encuentra prevista en la cláusula decimotercera, en la que se estipuló: «**EL OPERADOR recibirá como remuneración por la ejecución del Contrato de Operación el valor de las sumas provenientes del recaudo por concepto de tarifas pactadas contractualmente según las disposiciones generales que regulan la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y sus actividades complementarias, su propuesta, y los Términos de Referencia**».

⁷⁰ Visible a índice N° del expediente electrónico SAMAI. Documento «48_4400123400002020000190146EXPEDIENTEDIGI20220516143627», pág., 892 y s.s.

⁷¹ Vale la pena aclarar que en el citado contrato se pactó que «[a] partir del año 2021, el valor del amparo será ajustado de acuerdo con el monto de la facturación que reporte EL OPERADOR para el año inmediatamente anterior».



215. En este aspecto, y teniendo en cuenta el objeto contractual previamente transcrito, para la Sala es innegable que un elemento de la esencia del contrato celebrado entre Sur Azul S.A. E.S.P. y la sociedad Aguas Total S.A.S. E.S.P. [hoy Veolia Aguas de la Guajira S.A.S. E.S.P.], consiste en realizar las inversiones previstas en el **Plan de Obras e Inversiones – POI** y que son *«necesarias para reponer, rehabilitar, expandir y optimizar la infraestructura existente, las cuales deberán garantizar el mejoramiento en la prestación de los servicios y el cumplimiento de las metas establecidas contractualmente»*.

216. El **Plan de Obras e Inversiones - POI**⁷² se encuentra definido en el numeral 32 de la cláusula primera como *«el conjunto de obras y proyectos de inversión definidos en el Anexo ATO»*. Además, en la misma cláusula se señala que el *«El POI incluirá las obras, inversiones y actividades necesarias para reponer, rehabilitar, expandir y optimizar la infraestructura existente; el impacto en la prestación de los servicios; el mercado asociado de usuarios; las metas de calidad, cobertura, continuidad y eficiencia, y el cronograma de ejecución mensual correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato»*.

217. En el numeral 8 de la cláusula octava se establece como un deber del operador *«realizar: a) Las inversiones del POI para el cumplimiento de metas de **acuerdo a lo definido en el ATO** y su oferta»*⁷³.

218. Por su parte, el numeral 8.3 de la misma cláusula se estipuló lo siguiente:

«8.3. Obligaciones de inversión

EL OPERADOR, se obliga con LA EMPRESA, a realizar durante los primeros siete (7) años, contados desde el inicio del Contrato, la inversión de VEINTICINCO MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$25.500.000.000) M/CTE y ejecutar en su totalidad y en los plazos establecidos las inversiones contenidas en el POI necesarias para reponer, rehabilitar, expandir y optimizar la infraestructura existente, las cuales deberán garantizar el mejoramiento en la prestación de los servicios y el cumplimiento de las metas establecidas contractualmente.

(...)

Una vez ejecutadas las obras del POI, EL OPERADOR efectuará directamente las inversiones necesarias para la expansión y la reposición de la

⁷² En el numeral 32 de la cláusula primera del contrato se lo define en los siguientes términos *«Es el conjunto de obras y proyectos de inversión definidos en el Anexo ATO. El POI incluirá las obras, inversiones y actividades necesarias para reponer, rehabilitar, expandir y optimizar la infraestructura existente; el impacto en la prestación de los servicios; el mercado asociado de usuarios; las metas de calidad, cobertura, continuidad y eficiencia, y el cronograma de ejecución mensual correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato. En el evento en que tanto LA EMPRESA y/o los municipios, el Departamento y/o la Nación cuenten con recursos financieros para su ejecución se modificarán las metas e indicadores del Anexo Técnico Operativo en la medida en que estas obras se incorporen a los sistemas de acueducto y alcantarillado contenidas en el área de operación. El OPERADOR será responsable de la ejecución del POI, garantizando por cuenta propia los recursos de las obras requeridas, los cuales serán recuperados por medio de las tarifas. El cronograma de ejecución del POI deberá ser presentado en un término no mayor a dos (2) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato de operación, el cual será aprobado por LA EMPRESA, en los siguientes quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de radicación del cronograma. Para su aprobación, podrán realizarse mesas conjuntas de trabajo entre LA EMPRESA y EL OPERADOR»*.

⁷³ Vale la pena aclarar que é aparte citado fue modificado a través del otrosí N° 2 de 2 de marzo de 2020.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

infraestructura no incluidas en el POI, las cuales se llevarán a cabo con los recursos disponibles para tal fin, provenientes del recaudo del costo medio de inversión - CMI más los recursos que se tengan disponibles para ejecutar.

En todo caso EL OPERADOR será el responsable ante LA EMPRESA por la correcta inversión, ejecución y funcionamiento de todas las obras que ejecute o contrate.

El POI será revisado anualmente por un comité Técnico, **en el cual se verificará su avance de ejecución y de cumplimiento en cuanto a la realización de los proyectos indicados en el mismo y a los indicadores establecidos en el Anexo Técnico Operativo - ATO».**

219. En resumen, se advierte que conforme con el **contrato de operación con inversión** celebrado en el caso objeto de estudio existe una obligación, que hace parte de la esencia del negocio jurídico⁷⁴, a cargo de contratista que consiste en ejecutar el Plan de Obras e Inversiones – POI, de conformidad con lo establecido en el Anexo Técnico Operativo – ATO.

220. La Sala también observa que en el **Anexo Técnico Operativo - ATO**⁷⁵ allegado al proceso se identificaron las siguientes obras y/o proyectos:

[...] En concordancia con el numeral 3.3.1 del presente documento, en este capítulo se incluyen los proyectos necesarios para el cumplimiento de las metas intermedias y las metas incluidas en la Tabla 34, Tabla 35, Tabla 36 y Tabla 37. Adicionalmente a estas obras, se deberán hacer todas las inversiones necesarias para la adecuada operación y mantenimiento de los sistemas completos y existentes de acueducto y alcantarillado.

NOMBRE DEL PROYECTO	VALOR TOTAL OBRA (OBRA CIVIL + INTERVENTORÍA+ ESTUDIOS Y DISEÑOS)	SISTEMA	INDICADOR A MEJORAR
Construcción estación elevadora de agua potable municipio de Hatonuevo (equipos de bombeo, obra civil, tanque almacenamiento 300 m3, cerramiento)	\$1.650.000.000	Optimización captación de agua	Continuidad
Consultoría para diagnóstico del estado estructura de tanques de (estudio de patología estructural [sic]) y reforzamiento estructural de tanques elevados en Fonseca, barrancas y san juan del cesar.	\$1.911.622.042		
Optimización planta de Tratamiento de agua potable municipio de san juan del cesar. Departamento de la guajira	\$4.400.000.000	Optimización producción de agua	Calidad
			Continuidad
Optimización planta de tratamiento de agua potable etapa i municipio de Villanueva Departamento de la Guajira	\$4.215.225.341	Optimización redes de acueducto	Calidad
			Continuidad

⁷⁴ Adicional a lo anterior,

⁷⁵ Visible a índice N° 2 del expediente electrónico SAMAI. Documento «20_4400123400002020000190118EXPEDIENTEDIGI20220516143620», pág., 226 y s.s.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

			IANC
Construcción línea de aducción, línea de conducción PTAP - casco urbano del municipio y redes de distribución de Villanueva departamento de la guajira construcción línea de aducción, tramo 1 (captación a desarenador) construcción línea de aducción tramo 2 (desarenador a ptap)	\$3.460.820.466	Optimización acueducto	Continuidad
			Calidad
			IANC
Plan maestro de acueducto y alcantarillado. Proyectos prioritarios	\$6.447.000.000	Optimización Acueducto y alcantarillado	Continuidad calidad
Gestión comercial y eliminación de fraudes en líneas de conducción en los tramos que corresponden al municipio	\$2.915.332.151	Optimización redes de distribución acueducto	Continuidad
Total POI	\$25.000.000.000		

El OPERADOR deberá presentar al contratante o a quien éste designe, el cronograma de ejecución del POI, de acuerdo con lo establecido en el presente Anexo Técnico Operativo, en un término no mayor a dos (2) meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio del contrato de operación, el cual será aprobado por SUR AZUL S.A E.S.P., en los siguientes quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de radicación del cronograma.

El OPERADOR garantizará un monto de inversiones mínimo durante los primeros siete (7) años de ejecución del contrato de operación, resultante de la modelación financiera de VEINTICINCO MIL MILLONES DE PESOS (\$25.000.000.000).

EL CONTRATANTE verificará el cumplimiento de las inversiones anuales de conformidad con lo establecido en el POI aprobado por las partes.

No se considerarán parte del POI obras por concepto de mantenimiento ni tampoco obras por las que el OPERADOR reciba una remuneración del suscriptor según el componente del CMO régimen tarifario, ni tampoco las de conexión de nuevos usuarios, respectivamente.

Se entiende que las metas definidas en el Anexo ATO del Contrato se cumplen con la realización de las obras que integran el POI. Por lo tanto, el OPERADOR no podrá exigir aportes externos para inversiones distintas de las específicamente establecidas en el POI.

Todas las obras e inversiones incluidas en el POI deberán cumplir con las especificaciones técnicas establecidas en el RAS.

Con relación al cumplimiento de la ejecución del POI, este será revisado anualmente por un Comité Técnico, en el cual se verificará su avance de ejecución y de cumplimiento en cuanto a la realización de los proyectos indicados en el mismo y a los indicadores establecidos en el presente Anexo Técnico Operativo – ATO.

En el marco de esta revisión anual el OPERADOR podrá solicitar ajustes o modificaciones en el POI, los cuales deberán tener una justificación técnica y financiera, la cual será analizada por el Comité Técnico y dará la aprobación o no de los ajustes solicitados. Los ajustes que posiblemente se realicen no podrán afectar la suma total de la inversión requerida por SUR AZUL S.A E.S.P.».



221. Así las cosas, y comoquiera que el objeto del contrato celebrado, comprende tanto la operación de los servicios públicos de acueducto y de alcantarillado como la realización de obras, proyectos e inversiones, en los términos establecidos en el Anexo Técnico Operativo – ATO, para la Sala no resulta razonable que el monto asegurado a través del amparo de cumplimiento se haya calculado únicamente sobre el 10% del valor «*promedio facturado*», sin tener en consideración el monto de inversión que debe ser llevada a cabo por el contratista.

222. En ese orden de ideas, a juicio de la Sala el amparo de cumplimiento del contrato debe propender por asegurar las obligaciones que son de la esencia del contrato y que, en virtud de los riesgos connatos a la actividad contractual, pueden verse frustradas con ocasión de incumplimiento total o parcial.

223. En vista de ello, y si bien es cierto que en la cláusula séptima se estipuló que valor del contrato de operación con inversión N° 001 de 2020 era indeterminado; resultaba razonable que los montos mínimos asegurados por el amparo de cumplimiento se calcularan sobre la base del promedio facturado anualmente, como en efecto se hizo, junto al valor de la inversión que debe efectuar el contratista en el marco de la ejecución del contrato, tal como se estipuló en la cláusula 8.3 del negocio jurídico.

224. En consecuencia, la Sala estima que, en relación con el amparo de cumplimiento del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020, existe una amenaza al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público porque la garantía fue constituida sin amparar todos los riesgos concatenados a la ejecución del contrato, lo que a su vez ocasionó que se subestimaran los montos mínimos asegurables.

225. El otro aspecto de la presente discusión tiene que ver con los montos mínimos asegurados a través del amparo de cumplimiento. La Sala destaca que, en tratándose de las entidades con régimen especial de contratación, no existe una norma que indique cuál debería ser el porcentaje mínimo asegurado a través de los amparos *de cumplimiento, de pago de salarios e indemnizaciones, de calidad y estabilidad de obras, y de calidad y correcto funcionamiento de los bienes, y de la garantía de responsabilidad civil extracontractual.*

226. En ese sentido, y comoquiera no existe una norma específica en la materia, en principio las partes en su autonomía negocial pueden fijar los montos mínimos asegurables; sin que en todo caso en el ejercicio de esta autonomía se pacten garantías irrisorias dado que, como se indicó con antelación, existe una amenaza y/o vulneración del derecho colectivo al patrimonio público cuando: (i) se omite constituir las garantías contractuales, (ii) se constituyen la garantías sin amparar todos los riesgos concatenados a la ejecución del contrato, y (iii) **se constituyen por un valor irrisorio.**



227. Retornado al caso objeto de estudio, se destaca que el monto asegurado a través del amparo de cumplimiento fue pactado sobre el 10% del promedio de facturación. Si bien la Sala concluyó que se omitió incluir el monto de inversión a efectos de calcular el monto total asegurado, se considera que el porcentaje pactado -esto es el 10%- resulta razonable si este valor se calcula sobre el promedio de facturación, junto al monto mínimo de inversión que debe realizar el contratista.

228. En este punto, vale la pena destacar que en materia análoga a la presente, esto en el marco del estatuto general de contratación de la administración pública, el artículo **2.1.2.3.1.12** del Decreto 1082 de 2015 establece que el amparo de cumplimiento «**debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de smmlv**», evento en el cual opera de la siguiente manera:

[...] 1. Si el valor del contrato es superior a un millón (1.000.000) de smmlv y hasta cinco millones (5.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor del contrato.

2. Si el valor del contrato es superior a cinco millones (5.000.000) de smmlv y hasta diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor del contrato.

3. Si el valor del contrato es superior a diez millones (10.000.000) de smmlv, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato [...].

229. Como se puede apreciar, **el 10% del valor del contrato** es el criterio utilizado en el marco de la Ley 80 de 1993 para fijar el monto asegurado mediante el amparo de cumplimiento. La norma en cuestión, si bien está llamada a regular los procesos contractuales que se siguen bajo el régimen general de contratación pública, permite aseverar, como un parámetro auxiliar, que el porcentaje establecido resulta razonable, siempre y cuando las se calcule sobre el valor mínimo de inversión, junto al promedio de facturación.

230. En cuanto **al amparo relacionado con «el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones al personal»**, que también hace parte de la **garantía única cumplimiento**, se observa que en el ítem (II) del numeral 20.1 de la vigésima del contrato, estipuló lo siguiente:

«PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES AL PERSONAL. Este amparo se constituye para garantizar el pago de salarios prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que utilice EL OPERADOR en el cumplimiento del Contrato.

El valor asegurado deberá ser por una cuantía equivalente al 10% del valor de la facturación promedio que por concepto de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado se registran por parte de los operadores actuales, que para el año 2019, ascendió a la suma de DIEZ MIL CIENTO VENTIOCHO



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUVE MIL TRECENTOS DIECISEIS PESOS COLOMBIANOS (\$ 10.128.289.316), esto es, por la suma de MIL DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS TRENTA y TRES PESOS COLOMBIANOS (\$ 1.012.828.933). A partir del año 2021, el valor del amparo será ajustado de acuerdo con el monto de la facturación que reporte EL OPERADOR para el año inmediatamente anterior».

231. Al igual que el amparo de cumplimiento del contrato, la Sala aprecia que los montos asegurados a través de *«la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales»*, se determinaron exclusivamente sobre el 10% de la *«la facturación promedio»*.

232. Sin embargo, y a diferencia de lo ocurrido con el citado amparo de cumplimiento, el riesgo que se protege a través de la *garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales* son *«los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal»*.

233. Por lo anterior, y comoquiera que el contrato de operación con inversión N° 001 de 2020 es de valor indeterminado, la Sala estima que la forma en la que se calcularon los montos asegurados fue razonable, y no se aprecia con ocasión a ello exista una afectación o amenaza al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

234. Vale la pena señalar que, al igual que lo ocurrido con el amparo de cumplimiento, el amparo de *pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales* tampoco tiene regulación expresa, tratándose del régimen especial de contratación pública. Sin embargo, en el artículo **2.2.1.2.3.1.13** del Decreto 1082 de 2015, que hace parte del estatuto general de contratación de la administración pública, se señala que la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales *«debe estar vigente por el plazo del contrato y tres (3) años más»* y su valor *«no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato»*.

235. La norma en cuestión, si bien está llamada a regular los procesos contractuales que se siguen bajo el régimen general de contratación pública, permite aseverar, como un parámetro de interpretación auxiliar, que el porcentaje establecido en el contrato de operación objeto de estudio es razonable e inclusive superior al previsto en el régimen general.

236. En relación con la garantía de *«calidad y estabilidad de obras»*, que también hace parte de la garantía única de cumplimiento, se observa que en el ítem (III) del numeral 20.1 de la cláusula vigésima, se estipuló lo siguiente:



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

«EL OPERADOR deberá garantizar cada una de las obras que llegare a construir durante la vigencia de la Operación, que hagan parte integrante de los sistemas de acueducto y alcantarillado, mediante una póliza de seguros que constituirá dentro de los cinco (5) días siguientes a la puesta en servicio y operación de la obra ejecutada.

El monto será equivalente a un diez por ciento (10%) del valor total de dicha obra certificada por la Interventoría Técnica, y su vigencia será por el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de la puesta en servicio u operación».

237. En relación con esta garantía tampoco se aprecia que exista una amenaza y/o lesión al patrimonio público y que los montos asegurados resultan razonables.

238. Además, y siguiendo con el ejercicio comparativo que ha implementado la Sala, se aprecia que el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto N° 1082 de 2015, que regula lo atinente al amparo de garantía de estabilidad de la obra en el régimen general de contratación, se señala que este *«cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, **sufrido por la obra entregada a satisfacción**»*. Mientras que el artículo 2.2.1.2.3.1.14 del mismo decreto contempla que esta debe *«estar vigente por un término no inferior a cinco (5) años contados a partir de la fecha en la cual la Entidad Estatal recibe a satisfacción la obra»* y que se *«debe determinar el valor asegurado (...) en los documentos del proceso, de acuerdo con el objeto, la cuantía, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato»*.

239. Las normas aludidas en el párrafo anterior permiten inferir, por analogía y como un parámetro de interpretación auxiliar, que el porcentaje establecido y los riesgos asegurados en el contrato de operación objeto de estudio es razonable.

240. Frente a la *«garantía de calidad y correcto funcionamiento de los bienes»*, se observa que en el contrato se estipuló lo siguiente:

«(IV) GARANTIA CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES. EL OPERADOR deberá garantizar la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que sean entregados a LA EMPRESA y/o a los Municipios de Barrancas, Distracción, El Molino, Fonseca, Hatonuevo, San Juan del cesar y Villanueva, a la terminación del contrato de Operación, por cualquier causa prevista en este Contrato; dicha garantía deberá incluir el saneamiento de vicios ocultos que tuvieran. El monto amparado deberá ser equivalente al diez por ciento (10%) del valor contable de los bienes entregados, y se constituirá por tres (3) años contados a partir de la terminación del contrato».

241. Respecto de lo anterior, tampoco se aprecia la afectación u amenaza del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público porque los riesgos asegurados y los montos establecidos son razonables si se analizan, en forma analógica,



respecto de lo señalado el numeral 7° del artículo 2.2.1.2.3.1.7⁷⁶, y del artículo 2.2.1.2.3.1.16⁷⁷ del Decreto 1082 de 2015.

242. En cuanto a la póliza de responsabilidad civil extracontractual, la Sala pone de relieve que en el contrato se estipuló lo siguiente:

«20.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. Este seguro deberá amparar cualquier daño, pérdida o lesión que pueda causarse a bienes y/o personas en razón de hechos o conductas generadas por el cumplimiento del Contrato, y la prestación de los servicios públicos bajo responsabilidad del OPERADOR.

El valor asegurado deberá ser por una cuantía equivalente al **20% del valor de la facturación promedio** que por concepto de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado se registran por parte de /os operadores actuales para el año 2019, que para el año 2019, ascendió a la suma de DIEZ MIL CIENTO VENTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUVE MIL TRECIENOS DIECISEIS PESOS COLOMBIANOS (\$ 10.128.289.316), esto es, por la suma de **DOS MIL VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS COLOMBIANOS (\$ 2.025.657.863)**. A partir del año 2021, el valor del amparo será ajustado de acuerdo con el monto de la facturación que reporte EL OPERADOR para el año inmediatamente anterior».

243. En criterio de la Sala, los términos en los que se pactó la citada garantía son razonables e inclusive superiores a los montos establecidos en los artículos 2.2.1.2.3.1.5, 2.2.1.2.3.1.8 y 2.2.1.2.3.1.17⁷⁸ del Decreto 1082 de 2015, que regulan lo atinente a la garantía de responsabilidad civil extracontractual en el régimen general de contratación. Así las cosas, no se aprecia que exista una afectación o amenaza al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

244. Por último, se observa que el recurrente manifestó que los bienes que hacen parte de la infraestructura pública destinada a la prestación del servicio, y que fueron entregados al contratista en virtud del numeral 1° de la cláusula décima del contrato y de la cláusula sexta del negocio jurídico, **se encuentran desprotegidos debido a que no fueron asegurados a través de las garantías pactadas.**

⁷⁶ La norma dispone: «**Garantía de cumplimiento.** La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: (...) 7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. **Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato**».

⁷⁷ La norma dispone lo siguiente: «Suficiencia de la garantía de calidad de bienes. La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos».

⁷⁸ La norma en cuestión señala «Suficiencia del seguro de responsabilidad civil extracontractual. El valor asegurado por los contratos de seguro que amparan la responsabilidad civil extracontractual no debe ser inferior a:

1. Doscientos (200) smmlv para contratos cuyo valor sea inferior o igual a mil quinientos (1.500) smmlv.

2. Trescientos (300) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a mil quinientos (1.500) smmlv e inferior o igual a dos mil quinientos (2.500) smmlv.

3. Cuatrocientos (400) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a dos mil quinientos (2.500) smmlv e inferior o igual a cinco mil (5.000) smmlv.

4. Quinientos (500) smmlv para contratos cuyo valor sea superior a cinco mil (5.000) smmlv e inferior o igual a diez mil (10.000) smmlv.

5. El cinco por ciento (5%) del valor del contrato cuando este sea superior a diez mil (10.000) smmlv, caso en el cual el valor asegurado debe ser máximo setenta y cinco mil (75.000) smmlv.

La vigencia de esta garantía deberá ser igual al período de ejecución del contrato».



245. Sin embargo, la Sección estima que dicha afirmación no es cierta, comoquiera que en el numeral 20.3 de la cláusula vigésima del contrato se estipuló lo siguiente:

«20.3. OTRAS GARANTÍAS. Durante el Plazo del Contrato, EL OPERADOR mantendrá vigentes, por lo menos, los siguientes seguros con el fin de proteger la infraestructura entregada, por el valor comercial de la misma:

- a) Todo riesgo por daño físico - Obras civiles terminadas
- b) Rotura accidental de maquinaria.
- c) Equipos electrónicos (para equipos de laboratorio, computación y control).
- d) Daño físico a las instalaciones y equipos, lucro cesante y daño emergente por fuerza mayor».

246. Así las cosas, y de cara a lo establecido en el numeral 20.3 de cláusula vigésima del negocio jurídico, la Sección no advierte que se encuentre amenazado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público respecto del supuesto analizado con antelación porque la infraestructura pública que fue objeto de entrega al contratista sí se encuentra asegurada.

B. Sobre la vulneración del derecho al patrimonio público en razón del valor reconocido por el usufructo de los bienes afectos al servicio

247. Frente a la presunta vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público por el valor fijado a título de *«retribución por el usufructo de la infraestructura de los sistemas de acueducto y alcantarillado»*; la parte demandante adujo que *«no existieron criterios predefinidos en los documentos precontractuales que permitan establecer si la remuneración pactada a favor de SUR AZUL S.A. E.S.P., es proporcional en términos económicos al monto de los activos afectos al servicio que se entregarán al operador; lo que además, advierte que su determinación fue definida en forma arbitraria»*.

248. Además, destacó que: *«al develarse que los bienes afectos al servicio a 2018 en los 7 municipios ascienden a la suma de 107.491.221.254,111, ello pone en entre dicho los criterio de proporcionalidad y de razonabilidad en la determinación de los \$85.000.000, mensuales, como remuneración por el uso y goce de la infraestructura destinada a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado a favor de SUR AZUL S.A. E.S.P., como quiera que es una cifra, manifiestamente subestimada, en virtud a que porcentualmente sobre el valor total de los activos sobre los cuales se concede el usufructo implicaría solo un 0.07907622502%»*.

249. Con ocasión de lo anterior, la parte demandante solicitó que los demandados efectuaran un estudio que, en atención a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, determinara cuál debía ser la remuneración justa en razón del *«uso y goce de la infraestructura destinada a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado»* teniendo *«como referencia el valor total de los activos sobre los cuales se concede el usufructo»*.



250. En este aspecto, se pone de relieve que en la cláusula decimosegunda del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020 se estipuló lo correspondiente al régimen de «*los bienes afectos a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado*». Al respecto se señaló en el negocio jurídico en cuestión:

«1. Uso y goce de los bienes que entrega LA EMPRESA.

En cumplimiento con lo estipulado en el presente contrato, LA EMPRESA entregará todos los bienes afectos a la prestación de los servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado y sus actividades complementarias, para uso y goce por parte del OPERADOR, una vez se encuentren cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y legalización del mismo. Estos bienes se relacionarán en el inventario de bienes que se realiza de manera previa a la Entrada en Operación.

A partir de la Entrada en Operación la responsabilidad por el cuidado y conservación sobre dichos bienes será del OPERADOR. LA EMPRESA asume la obligación de garantizar la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida de tales bienes por parte del OPERADOR en relación con actos o contratos anteriores a la Entrada en Operación.

Será obligación del OPERADOR mantener en forma permanente y continua la totalidad de la infraestructura y los bienes muebles e inmuebles que le fueran entregados para la ejecución del Contrato, incluidos los que EL OPERADOR haya adquirido, por cualquier medio, para el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este Contrato, y restituirlos a LA EMPRESA a la terminación del contrato, en condiciones de operación y de funcionamiento óptimas.

Será también obligación del OPERADOR mantener debidamente actualizado el inventario general de los bienes destinados a la prestación de los Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado y sus actividades complementarias, así como debidamente asegurados acorde con lo señalado en la cláusula de garantías del presente contrato.

EL OPERADOR deberá reconocer mensualmente a LA EMPRESA y durante todo el término de duración del contrato la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$85.000.000) más los impuestos a que haya a lugar, como retribución por el usufructo de la infraestructura de los sistemas de acueducto y alcantarillado y demás bienes que recibe en virtud de este contrato. Esta suma se indexará anualmente por el IPC certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas - DANE.

La mencionada indexación se llevará a cabo en el mes de enero de cada año de acuerdo con la variación del IPC comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior».

251. A juicio de la Sala, los argumentos de la parte demandante no tienen vocación de prosperidad, debido a que no se observa que se encuentre acreditada la amenaza el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público con ocasión del valor pactado a título de retribución por «*uso y goce de la infraestructura destinada*



a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado», en la cláusula decimosegunda del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020; por las razones que pasan a exponerse:

252. En primer lugar, debe destacarse que en la presente demanda de acción popular no se allegó el Inventario General de Bienes, según el cual la parte demandante aduce que se avaluaron por la suma de \$107.491.221.254 los bienes entregados al operador con ocasión de la ejecución del contrato.

253. En segundo lugar, la Sala tampoco observa que el valor pactado en la cláusula decimosegunda en el contrato, a título de *«retribución por el uso y goce de la infraestructura destinada a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado»*, constituya una amenaza al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

254. En efecto, y como se puso de relieve con antelación, el contrato de operación con inversión celebrado entre la sociedad Sur Azul S.A. E.S.P., y **Aguas Total S.A.S. E.S.P.**, [hoy Veolia Aguas de la Guajira S.A.S. E.S.P. en virtud del contrato de cesión], tiene un objeto complejo que abarca, entre otras obligaciones, la operación de los servicios públicos de acueducto y de alcantarillado en el área de operación; la ejecución de un Plan de Obras e Inversiones; el mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura afecta a la prestación del servicio; el cumplimiento de metas en materia de medición, calidad y prestación de los servicios públicos; la instalación y puesta en desarrollo de un sistema de atención, recepción y trámite peticiones, quejas y reclamos; la elaboración, presentación y ejecución del Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos - PSMV; entre otras.

255. Teniendo en cuenta lo anterior, y habida cuenta de las distintas obligaciones que emanan del negocio jurídico en cuestión, la Sala no observa que el monto pactado a título de retribución por el usufructo de la infraestructura entregada al contratista constituya una lesión al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, máxime cuando en los documentos precontractuales, tales como los estudios previos⁷⁹, los términos de referencia⁸⁰ y la minuta del contrato, se estipuló que por el uso y goce de dicha infraestructura se pagaría la suma de \$85.000.000.

⁷⁹ En este documento se estipuló **«Obligaciones especiales: (...) 2. Remuneración por el uso y goce de la infraestructura: EL OPERADOR deberá reconocer mensualmente a SUR AZUL S.A E.S.P. y durante todo el término de duración del Contrato, la cantidad de OCHENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$85.000.000), como retribución por el usufructo de la infraestructura de los sistemas de acueducto y alcantarillado y demás bienes que recibe en virtud de este Contrato. Esta suma se indexará anualmente por el IPC certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. La mencionada indexación se deberá llevar a cabo en el mes de enero de cada año de acuerdo con la variación del IPC comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior»**.

⁸⁰ En este documento se estipuló **«2. Remuneración por el uso y goce de la infraestructura: EL OPERADOR deberá reconocer mensualmente a SUR AZUL S.A E.S.P. y durante todo el término de duración del Contrato, la cantidad de OCHENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$85.000.000), como retribución por el usufructo de la infraestructura de los sistemas de acueducto y alcantarillado y demás bienes que recibe en virtud de este Contrato. Esta suma se indexará anualmente por el IPC certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. La mencionada indexación se deberá llevar a cabo en el mes de enero de cada año de acuerdo con la variación del IPC comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior»**.



256. En virtud de lo anterior, la Sala estima que no se encuentra acreditada la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, con ocasión del valor reconocido a título de retribución por el usufructo de los bienes afectos al servicio.

II.5. Conclusiones y medidas de restablecimiento de los derechos colectivos que se advirtieron amenazados

257. La Sección estima que en el caso objeto de estudio existe una amenaza parcial al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público con ocasión del monto asegurado por el amparo de cumplimiento del contrato, pactado en el ítem (i) del numeral 2.1 de la cláusula vigésima del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020, modificada por el otrosí N° 1 de 29 de enero de 2020.

258. La amenaza advertida por la Sala consiste en que la garantía por el «*AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO*» fue **constituida sin valorar todos los riesgos concatenados con la ejecución del contrato, lo que a su vez ocasionó que se subestimara el monto mínimo asegurado.**

259. Así las cosas, la Sección le ordenará a las partes del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020 que amplíen la garantía de AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO establecida en el punto (i) del numeral 2.1 de la cláusula vigésima del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020, modificada por el otrosí N° 1 de 29 de enero de 2020 y para ello deberán tener en cuenta: **a)** el valor de la facturación promedio, **tal como se encuentra establecido en el contrato de operación**; y **b)** el valor de la inversión mínima que debe realizar el contratista en el marco de la ejecución del contrato.

260. Cabe señalar que las partes deberán definir, de conformidad con su autonomía, la figura que utilizarán para ajustar ampliar el valor asegurado, para ello podrán utilizar cualquiera de las figuras previstas en el artículo 2.2.1.2.3.1.2 y s.s. del Decreto N° 1082 de 2015.

261. Con base en lo anterior, la Sala modificará la sentencia de 25 de noviembre de 2021, proferida por el **Tribunal Administrativo de La Guajira**, y en su lugar dispondrá lo siguiente: (i) NEGAR las pretensiones de la demanda de acción popular, respecto de los cargos relacionados con la ilegalidad y/o invalidez del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020; (ii) AMPARAR el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, el cual se encuentra amenazado con ocasión de la subestimación del valor asegurado a través de la garantía de AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, y (iii) ORDENAR a las partes del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020 que, en el marco de la autonomía de la voluntad y de conformidad con la parte motiva de esta providencia, amplíen el valor asegurado a través de la garantía de AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

262. Finalmente, según lo previsto en los artículos 38⁸¹ de la Ley 472 de 1998 y 365⁸² del Código General del Proceso y atendiendo el criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión No. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019⁸³, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en las acciones populares, no se condenará en costas en esta instancia, porque no se comprobó su causación en el curso del trámite del proceso en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 25 de noviembre de 2021, proferida por el **Tribunal Administrativo de La Guajira**, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. En su lugar, se dispone lo siguiente:

⁸¹ "Artículo 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar".

⁸² Código General del Proceso: "Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe. [...].

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. [...].

⁸³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01. En dicha oportunidad se consideró lo siguiente: "[...] v) La importancia de las acciones populares como derecho político y el concepto propio de las costas procesales, en sus componentes de expensas y agencias en derecho, se fincan en la imposibilidad de compensar los esfuerzos realizados por los actores populares en defensa de los derechos colectivos y en la imposibilidad de que obren como fuente de enriquecimiento injusto, motivo por el cual a las costas procesales le es intrínseco el principio de equidad de las cargas procesales. vi) En sana lógica, no es posible abstraer la condena en costas de las acciones populares a favor del actor popular que triunfa en sus pretensiones protectorias de los derechos colectivos, porque fue el propio legislador quien en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, determinó el reconocimiento de las costas procesales al tenor del ordenamiento procesal civil, y como en este concepto se comprenden tanto las expensas como las agencias en derecho al tenor del artículo 361, el juez no se encuentra autorizado para desechar su reconocimiento y fijación.

6.4.1 Reglas de unificación

163. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho. [...].

169. Para este efecto, se entenderá causada la agencia en derecho siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectoria de los derechos colectivos y su acreditación corresponderá a la valoración que efectúe el fallador en atención a los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, es decir, en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto, o a cualquier otra circunstancia especial que resulte relevante para tal efecto [...].



Radicación: 44001-23-40-000-2020-00019-01
Demandante: Procuradores 42 y 91 Judiciales Administrativos

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de acción popular, respecto de los cargos relacionados con la ilegalidad y/o invalidez del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, amenazado con ocasión de la subestimación del valor asegurado a través de la garantía de AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a las partes del contrato de operación con inversión N° 001 de 15 de enero de 2020 que, en el marco de la autonomía de la voluntad, amplíen el valor asegurado mediante el AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Para ello contarán con el término de tres (3) meses.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: REMITIR copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

CUARTO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriado este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
(Ausente con excusa)

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P:(15). **CONSTANCIA:** La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.