



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR

RADICACIÓN: 20 001 40 71 001 2021 00213 00

Valledupar (Cesar), ocho (08) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO:

Se decide en primera instancia la presente Acción de Tutela, instaurada por el ciudadano ANTONIO ERESMID SANGUINO PAEZ, Senador de la República, contra el MUNICIPIO DE VALLEDUPAR y la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE VALLEDUPAR EMDUPAR S.A. E.S.P, por presunta vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y a la participación ciudadana en los procesos contractuales que puedan afectar a las comunidades.

Al presente trámite fueron vinculadas de manera oficiosa la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS, MICRO Y MACRO CONSULTORES, CONSULTING GROUP SAS y MEZA ARMENTA ABOGADOS.

HECHOS RELEVANTES:

Los hechos que sustentan la presente acción de tutela los expone el accionante en los siguientes términos:

“1. La Empresa de Servicios Públicos de Valledupar -EMDUPAR S.A. E.S.P.-, es una empresa prestadora de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que, conforme a lo dispuesto por el Parágrafo 1 del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, está constituida como empresa de Servicios Públicos Domiciliarios del orden Municipal.

2. Que de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P., hace parte de la administración Pública y en tal sentido le son aplicables los principios reguladores de la función administrativa contemplados en los artículos 209 de la Constitución Política, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 489 de 1998.

3. Que, soy usuario suscriptor de EMDUPAR, identificado con código de usuario número 94458. Por lo tanto, acudo al juez constitucional de tutela, para demandar el amparo de mis derechos fundamentales como ciudadano y como usuario. (Prueba 1)

4. El pasado 12 de octubre, la comunidad de Valledupar se sorprendió al conocer que EMDUPAR y la Alcaldía municipal, adelantaban la INVITACIÓN PÚBLICA No.001-2021:(Prueba No. 2)

“PROCESO DE LIBRE CONCURRENCIA DE OFERENTES PARA LA SELECCIÓN DE UN ALIADO ESTRATÉGICO, QUIÉN ASUMIRÁ, POR SU CUENTA Y RIESGO, LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN, INVERSIÓN, DISEÑO, OPTIMIZACIÓN, REHABILITACIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y REVERSIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA ASOCIADA CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL ÁREA DE PRESTACIÓN PREVISTA EN ESTE CONTRATO, POR EL TÉRMINO DE DURACIÓN DEL CONTRATO.”¹

5. Que, el término de duración de dicho contrato es por 25 años.

6. Que, el proceso de búsqueda de un “aliado estratégico” durante 25 años, constituye en la práctica, la privatización de EMDUPAR.

7. Que, dicho proceso no fue socializado con los trabajadores, ni con los usuarios, tampoco con la comunidad en general; no permitiéndose el control social sobre la invitación pública realizada y no garantizando que las comunidades puedan participar en las decisiones que los afectan.

8. Que, según el cronograma de la Invitación Pública, el próximo 11 de noviembre se adjudicará el contrato. (Prueba No 2.1.)

Publicación del Informe de Evaluación de las ofertas.	El 08 de noviembre de 2021 Página web de Emdupar: www.emdupar.gov.co
Traslado del Informe de Evaluación y subsanación de las ofertas.	El 10 de noviembre del 2021 Página web de Emdupar: www.emdupar.gov.co
Audiencia de Adjudicación en la que se dará lectura a las respuestas de las observaciones y al último informe de evaluación, si a ello hubiere lugar. Posteriormente, se procederá a la Adjudicación del contrato o declaratoria de desierta si a ello hubiere lugar.	El 11 de noviembre de 2021, a las 2:30 pm. Sala de juntas de Emdupar S.A. E.S.P.
Publicación de Acta de Adjudicación de la Invitación Pública o de Declaratoria de Desierta.	El 11 de noviembre de 2021, Página web de Emdupar: www.emdupar.gov.co
Presentación soportes para la firma del Contrato de Alianza Estratégica.	5 días hábiles siguientes
Firma del Contrato de Alianza Estratégica.	19 de noviembre de 2021. Instalaciones de Emdupar, Despacho de Gerencia.

9. Que, la invitación pública número 001 de 2021, se publicó en la página web de EMDUPAR el día 12 de octubre de 2021 a las 16:05 pm. De igual manera, fue publicada en Secop el día 12 de octubre de 2021 a las 06:13 pm. Sin mediar ningún aviso previo a las comunidades sobre la decisión de conseguir un “Aliado Estratégico” para la empresa de servicios públicos del municipio. (Prueba No. 3)

10. Que, la administración municipal y la gerencia de EMDUPAR, sustentan la decisión de entregar la empresa a un privado, sobre la base de un diagnóstico que elaboraron las firmas Micro & Macro Consultores, Consulting Group S.A.S. y Meza Armenta Abogados. Presuntamente, la consultora identifica fallas que generan problemas de calidad, continuidad y suficiencia financiera en la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el municipio.

11. Que, la consultoría ibídem contratada por la gerencia de EMDUPAR, habría recomendado, en resumen, lo siguiente: (Prueba No. 4) La alternativa que se propone en este documento consiste en vincular a EMDUPAR, un aliado estratégico con inversión, quién asumirá por su cuenta y riesgo la operación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y la realización de las inversiones requeridas en el área de prestación del servicio de EMDUPAR, por el término de duración del contrato.

12. Que, de conformidad con lo dispuesto en el Manual de Contratación de EMDUPAR, el proceso de contratación se divide en tres etapas: (i) Etapa precontractual, (ii) Etapa contractual y (iii) Etapa postcontractual. (Prueba No. 5, 5.1. y 5.2.)

13. Que, hacen parte de la etapa precontractual, el establecimiento de una programación anual de los requerimientos de contratación de prestación de servicios y demás que requiera la empresa para su normal funcionamiento y cumplimiento de los fines del Estado, con base en las necesidades planteadas y detectadas, que se deberán entregar a más tardar el día 15 de diciembre de la vigencia fiscal a expirar.

14. Que, también hacen parte de la etapa precontractual los estudios de conveniencia y oportunidad, los cuales se deben elaborar de manera previa a la apertura del proceso de contratación.

15. Que, el proceso contractual al que se refiere la Invitación Pública 001 de 2021, no se encuentra relacionada en el Plan Anual de Adquisiciones de la entidad, como lo exige su propio manual interno de contratación y como lo exige el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano de EMDUPAR "PAAC" 2021.

16. Que, el concepto dado por la consultoría (las firmas Micro & Macro Consultores, Consulting Group S.A.S. y Meza Armenta Abogados), son la base del estudio de conveniencia y oportunidad de la etapa precontractual, como lo exige el manual interno de contratación y el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano de EMDUPAR "PAAC" 2021.

17. Que, EMDUPAR nunca hizo público y a la fecha de radicación de la presente acción de tutela, no se conoce la integralidad del estudio realizado por la consultoría. Cómo tampoco hizo público en Secop el contrato de consultoría con las firmas Micro & Macro Consultores, Consulting Group S.A.S. y Meza Armenta Abogados.

18. Que, en consecuencia, la etapa precontractual del proceso de contratación invitación pública 001 de 2021 presenta diversos cuestionamientos y carece de legitimidad social, al no ceñirse a los estándares de transparencia publicidad y debido proceso que exige su propio manual interno de contratación y la legislación colombiana sobre la materia. Lesionando los derechos de los ciudadanos y usuarios al control social y el derecho a la participación ciudadana en la gestión pública.

19. Que, se ha dicho en medios de comunicación y redes sociales oficiales de la administración municipal de Valledupar y de la empresa EMDUPAR, que la empresa es inviable financieramente, pero esta afirmación no es cierta y será demostrado con los análisis que a continuación mostraremos y los cuales controvierte acertadamente la decisión de la Alcaldía de Valledupar y de la gerencia de EMDUPAR de buscar un "Aliado Estratégico". Esta información debió ser presentada en mesas y mecanismos de socialización que no han garantizado los accionados y lo que ocasiona la vulneración a los derechos fundamentales de todos los que podamos tener intereses en la decisión que se adopte sobre la empresa de servicios públicos que representa el patrimonio de los vallenatos.

En este sentido, con base a las cifras que reportó la empresa con corte a junio de 2021 la Contaduría General de la Nación, calculamos los siguientes,

INDICADORES FINANCIEROS:

Razón corriente	Activo Corriente	\$35.381.890.699	83%
	Pasivo Corriente	\$42.723.631.115	

El indicador de razón corriente de la compañía es de 83%, esto quiere decir que la empresa se encuentra en capacidad de pagar el 83% de sus acreencias de corto plazo con los activos corrientes tales como: Efectivo en caja, bancos y demás productos financieros.

Autonomía	Pasivo con terceros	\$55.675.522.648	26%
	Patrimonio	\$214.443.772.187	

El resultado nos indica que el financiamiento de la empresa es sólido, pues su operación se apalanca en el patrimonio de la empresa y no en las deudas con terceros.

Endeudamiento	Pasivo con terceros	\$55.675.522.648	0,16
	Activo Total	\$340.951.952.445	

Esto indica que de cada peso invertido en activos 84 centavos (84%) están financiados por los accionistas, y este es un factor utilizado para evaluar la solidez de las compañías por las instituciones financieras entre otras entidades.

Es preciso anotar que el pasivo total de EMDUPAR asciende a más de \$124 mil millones de pesos, pero el 55% de este (\$69 mil millones), obedece a un cálculo de impuesto diferido, que solo sería pagadero en caso de que se fueran a vender los activos (planta de tratamiento y edificaciones) de EMDUPAR al valor de mercado.

Dicho lo anterior, debemos recordar que en distintos medios de comunicación la Gerencia y la Jefatura Jurídica, han anunciado la "INVIABILIDAD" de la empresa, y esto ha dejado en el ambiente que EMDUPAR tiene serios problemas para continuar como un negocio en marcha, lo cual en el fondo no es real y falta a la verdad.

20. Que, el proceso contractual mediante el cual la gerencia de EMDUPAR busca un "aliado estratégico" es inconveniente e inoportuno para la empresa. Nos han vendido la idea de que se realizarán inversiones por parte de la empresa que sea elegida como "Aliado Estratégico", las cuales ascenderían a \$240 mil millones de pesos en 25 años, distribuidas así: Acueducto: \$170 mil y Alcantarillado \$70 mil, pero EMDUPAR al realizar este modelo económico de inversiones no tuvo en cuenta las pérdidas que el pasar del tiempo representan para el dinero, sobretodo en el actual escenario en el cual el peso Colombiano es una de las monedas con más devaluación en el mundo, atendiendo a todo esto el valor real de la inversión sería no de \$240 mil millones sino de \$192 mil millones en razón a los siguientes cálculos:

ACCION DE TUTELA
 RADICADO: 20 001 40 71 001 2021 00213 00
 ACCIONANTE: ANTONIO ERESMID SANGUINO PEREZ
 ACCIONADO: MUNICIPIO DE VALLEDUPAR Y EMDUPAR E.S.P. S.A.
 VINCULADAS: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS, MICRO Y MACRO CONSULTORES, CONSULTING, GROUP SAS Y MEZA ARMENTA ABOGADOS

AÑO	Mes	IPC proyectado (serie de empalme)	Inversión (miles de pesos)		Inversión Real (miles de pesos)	
			ACUEDUCTO	ALCANTARILLADO	ABN_ACUEDUCTO	ABN_ALCANTARILLADO
	sep-21	110,04				
1	jun-22	110,02	6.641	5.359	\$ 6.642,2072	\$ 5.359,97
2	jun-23	113,12	14.691	5.309	\$ 14.290,9975	\$ 5.164,45
3	jun-24	116,22	5.691	5.309	\$ 5.388,3810	\$ 5.026,69
4	jun-25	119,32	5.691	5.309	\$ 5.248,3879	\$ 4.896,10
5	jun-26	122,42	5.691	5.309	\$ 5.115,4847	\$ 4.772,12
6	jun-27	125,52	5.691	5.309	\$ 4.989,1463	\$ 4.654,26
7	jun-28	128,63	5.691	5.309	\$ 4.868,5193	\$ 4.541,73
8	jun-29	131,72	5.691	5.309	\$ 4.754,3094	\$ 4.435,18
9	jun-30	134,82	5.691	5.309	\$ 4.644,9907	\$ 4.333,20
10	jun-31	137,92	5.691	5.309	\$ 4.540,5861	\$ 4.235,81
11	jun-32	141,03	9.200	1.800	\$ 7.178,3876	\$ 1.404,47
12	jun-33	144,13	11.000		\$ 8.398,2516	\$ -
13	jun-34	147,22	11.000		\$ 8.221,9807	\$ -
14	jun-35	150,32	9.667		\$ 7.076,6144	\$ -
15	jun-36	153,43	9.667		\$ 6.933,1727	\$ -

16	jun-37	156,53	9.667		\$ 6.795,8646	\$ -
17	jun-38	159,63	9.667		\$ 6.663,8895	\$ -
18	jun-39	162,72	9.667		\$ 6.537,3444	\$ -
19	jun-40	165,83	9.032	635	\$ 5.993,3744	\$ 421,37
20	jun-41	168,93	6.871	2.796	\$ 4.475,7286	\$ 1.821,30
21	jun-42	172,03	5.366	4.301	\$ 3.432,3934	\$ 2.751,16
22	jun-43	175,13	2.336	7.328	\$ 1.467,7864	\$ 4.604,43
23	jun-44	178,23				
24	jun-45	181,33				
25	jun-46	184,43				
			170.000	70.000	\$ 133.657,80	\$ 58.422,22

Fuente: Elaboración propia / Base de proyección PUBLICACIÓN OFICIAL serie de empalme de los años 2003 a 2021 DANE.

Para la proyección del IPC se usó el pronóstico con los datos de la serie de empalme de los años 2003 a 2021. Este ejercicio financiero denota que el Anexo Técnico – Operativo presenta claramente una mala planeación financiera, esto debido a que el valor del dinero en el tiempo está afectado por variables macroeconómicas reguladas tasadas en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el DANE.

El anexo técnico no cumple con los principios elementales de proyecciones financieras, como la suma de dineros con diferencia en el tiempo. Esto evidencia una mala planeación en la ejecución del Programa de Obras e Inversiones Regulado (POIR) y otras inversiones sujetas a cumplimiento regulatorio para el aseguramiento de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado; generando un desequilibrio entre las expectativas contractuales

y el real alcance de las sumas a invertir con cargo a la operación por parte del denominado aliado estratégico. (Prueba No. 6 y 6.1.)

Cabe anotar ante su señoría, que, tales expectativas de inversión informadas ante la ciudadanía como parte de un esquema de financiación obtenida mediante la contratación de un aliado con aparente músculo financiero, resultan ser falsas ante las condiciones establecidas en los términos del contrato pretendido dado que con cargo a la misma operación y los resultados de la ejecución de ingresos derivada de los recaudos de la entidad pagados por los mismos usuarios del servicio, se tomarán los dineros requeridos para hacer efectivas las inversiones planificadas para el sistema, luego, el reconocimiento de tasas internas de retorno bajo este modelo de contratación se constituyen en un claro favorecimiento a terceros con recursos públicos, lo que a su vez deriva en un detrimento de los recursos de la municipalidad.

defla_AC	defla_ALC
\$ 36.342,20	\$ 11.577,78

La anterior tabla muestra el valor de la diferencia entre los valores lineales y nominales reflejados en el modelo financiero de inversión que está en los términos y el valor deflactado de las mismas cifras lo que se constituye en la base del detrimento señalado.

Sea prudente señalar ante su señoría que esta diferencia de 47,999.98 millones de pesos (sumada para los dos servicios) entre los valores nominales y corrientes de la inversión señalada en el modelo incluido en los términos de referencia solo es la punta del iceberg y resulta ínfima ante el real detrimento de dicha contratación, puesto que entregar una operación de proporciones BILLONARIAS bajo el supuesto de unas inversiones promocionadas falsamente como a cargo del operador cuando las mismas como se señaló anteriormente se realizan con cargo a la tarifa pagada por los Usuarios, exagera enormemente *los ingresos que a su favor logra obtener el mal llamado aliado estratégico en el horizonte de la contratación pretendida.*

Derecho de entrada:

Otro de los componentes financieros del contrato de alianza estratégica que se pretende realizar entre EMDUPAR y un tercero por determinar es el del derecho de entrada, el cual corresponde a una suma en dinero que debe pagar quien tenga interés en la operación de la empresa, y el cual tiene un valor piso de \$41 mil millones y un techo de \$72 mil millones de pesos, de dicha cifra que se supone debería utilizarse para cubrir las obligaciones financieras, comerciales, laborales y judiciales que al día de hoy presenta la empresa y que son la razón de ser de la crisis actual, sólo serían pagaderos en el año 2022 la suma de hasta \$10 mil millones, y solo para atender obligaciones laborales, el resto del dinero sería diferido a 12 años sin intereses, lo que entraría a generar un posible detrimento patrimonial pues debemos entender dos conceptos:

Costo de oportunidad:

Para dar una definición no técnica sino comprensible, debemos abordar el costo de oportunidad como las pérdidas que puede tener la empresa al no escoger la mejor alternativa posible en un negocio, esto pues nos dice que la empresa de no postergar el pago

del derecho de oportunidad sino recibirlo en el año 2022, podría utilizar este dinero para inversión, pagos de acreencias comerciales y judiciales o paga generar rendimientos financieros que redujeran las pérdidas que genera la devaluación del peso.

Pérdida del valor dinero en el tiempo:

Como ya lo hemos abordado en el párrafo anterior, el dinero está sujeto a una pérdida de valor del dinero en el tiempo, es de anotar que la inflación según el banco de la república de Colombia a corte de septiembre de 2021 cerró en 4,51%, de seguir esta tendencia y al no reconocerse intereses por la financiación del derecho de entrada estaríamos frente a un posible detrimento patrimonial, pues la administración debe asegurarse que los recursos públicos no sufran pérdidas que se puedan evitar en un posible favorecimiento de un tercero.

Derecho de uso de los activos:

Este es otro de los componentes de retribución económica del contrato de alianza estratégica, dicha retribución asciende a solo \$185,9 millones de pesos al mes, lo cual indica que anualmente se desembolsará una suma de \$2,268 millones que se ajustará con el IPC en los años subsiguientes del tiempo del contrato.

Para entender por qué esta cifra además de irrisoria resulta inconveniente y podría ocasionar un presunto detrimento patrimonial debemos los últimos estados financieros con corte a 2020 indican que las propiedades, planta y equipos de EMDUPAR ascendían a más de \$296 mil millones de pesos, así las cosas la empresa estaría recibiendo como contraprestación por sus activos el 0,77% anual del valor total de los mismos, una nimiedad, toda vez que hoy en día la empresa factura en promedio anualmente \$55 mil millones de pesos y el año 2020 el cual fue un año atípico por ocasión de la pandemia del Covid-19 obtuvo una utilidad de \$4,7 mil millones de pesos, casi el doble de lo que entraría a recibir por este derecho de uso.

Como conclusión queremos su señoría, aportar que en Colombia se dice que una empresa es inviable cuando presenta pérdidas recurrentes que disminuyen su patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito, hecho que no se cumple en EMDUPAR toda vez que a diciembre de 2020 (última fecha de corte de sus estados financieros) reportaba en su patrimonio utilidades acumuladas que ascendían a \$188,7 mil millones de pesos, un patrimonio neto que ascendía a \$216 mil millones, y su capital suscrito es de \$14 millones, como se puede ver el patrimonio neto es robusto, esto desvirtúa cualquier afirmación de inviabilidad financiera.

Financieramente la empresa EMDUPAR es rescatable, si los estudios económicos realizados por los consultores indican que con apenas \$10 mil millones de derecho de entrada y \$2,2 mil millones de derecho de uso en el primer año la empresa sale a flote, estos valores podrían ser cubiertos sin mayor esfuerzo por su socio principal el cual es la Alcaldía Municipal de Valledupar, que a la fecha se encuentra tramitando su presupuesto del año 2022 que asciende a más de \$800 mil millones de pesos.

21. Qué, los vocales de control y sindicatos de trabajadores de la empresa EMDUPAR, han manifestado públicamente sus reparos al proceso de invitación pública 001 de 2021. De igual manera lo han hecho Concejales del Municipio de Valledupar y Diputados a la Asamblea Departamental del Cesar. También se ha solicitado la intervención de los entes de control, en la misma forma que se solicita por este medio la intervención del Juez Constitucional en sede de tutela.

22. El pasado 21 de octubre radiqué en mi calidad de Senador de la República, usuario de EMDUPAR S.A. E.S.P. solicitud de suspensión de la Invitación Pública No. 001 de 2021 con el objetivo de tener conocimiento de todo el proceso contractual, de la documentación del contrato con las empresas que realizaron la consultoría y el conocer integralmente el resultado de dicha consultoría. De igual forma, solicite la suspensión del proceso hasta tanto no se garantice la participación efectiva de las comunidades, sin que existiera respuesta por parte de la Gerencia de EMDUPAR S.A. E.S.P., ni de la Alcaldía Municipal de Valledupar. (Prueba No. 8)”

PRETENSIONES:

La parte accionante hace las siguientes:

“1. TUTELAR mi derecho fundamental al debido proceso y a la participación ciudadana en las decisiones públicas que me pueden afectar como lo es la incidencia en la gestión fiscalización prestación del servicio público y las tarifas del servicio por parte de EMDUPAR S.A. E.S.P.

2. En consecuencia, SUSPENDER el procedimiento de Invitación pública No. 001 de 2021 de EMDUPAR S.A. E.S.P., para que no se continúe con el trámite del proceso contractual de selección de un “Aliado Estratégico”, hasta tanto no se garantice el ejercicio del derecho fundamental al debido proceso y a la participación ciudadana en las decisiones que pudieran afectar a la ciudadanía y usuarios en materia de gestión prestación y fiscalización de los servicios públicos.

3. Para restablecer el derecho vulnerado, ORDENAR a los accionados la realización de actividades de socialización y participación ciudadana con el objetivo de que los ACCIONADOS informen de forma amplia y clara a los usuarios y a la comunidad en general del proceso precontractual y contractual que se adelante, de los motivos que llevaron a la realización de este y las implicaciones que tendrá en la naturaleza de la empresa, la prestación del servicio y las tarifas del servicio, así como los derechos de trabajadores de EMDUPAR SA ESP.”

ACTUACION PROCESAL:

Este despacho por auto de fecha 26-10-2021, admitió la presente demanda de acción de tutela, la cual correspondió por reparto efectuado por la oficina judicial, ordenando la vinculación y notificación de las partes.

CONTESTACION DE LAS PARTES ACCIONADAS:

• EMDUPAR S.A. E.S.P

Se recibió informe suscrito por DIANA CAROLINA RODRÍGUEZ OLIVEROS, obrando como apoderada sustituta de la demandada Empresa de Servicios Públicos de Valledupar EMDUPAR S.A E.S.P, del cual extraemos los siguientes aspectos relevantes:

“PRIMERO. Parcialmente cierto. La Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Valledupar S.A. E.S.P. está constituida como una sociedad por acciones, del tipo de las anónimas, prestadora de servicios públicos domiciliarios, de naturaleza oficial, de conformidad con lo previsto en los artículos 14 y 17 de la Ley 142 de 1994, más no como una EICE, como lo pretende hacer ver el actor, por lo que a Emdupar S.A. E.S.P. no le resulta aplicable lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 17 de la Ley 142 de 1994. Para efectos de acreditar la

naturaleza de Emdupar se adjunta el Certificado de Existencia y Representación. (Prueba No. 1).

SEGUNDO. Es cierto.

TERCERO. No es cierto, conforme a la certificación expedida por Ana Carolina Berrocal Méndez, en calidad de Jefe d la Oficina de División Control Comercial de Emdupar S.A. E.S.P., de fecha 28 de octubre de 2021, quien certifica que con base al sistema comercial Open Smart Flex, que el contrato con código 94458 corresponde al usuario FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – BALI VALLEDUPAR.

Asimismo, verificada la factura correspondiente al mes de septiembre, aparece como datos de usuario FIDEICOMISO FIDUBOGOTÁ – BA. (prueba N° 2).

CUARTO. Por contener este hecho varios supuestos fácticos procedo a dividirlo para poder darle su respectiva respuesta:

Efectivamente el 12 de octubre de 2021, se convocó la invitación pública No 001 de 2021“ PROCESO DE LIBRE CONCURRENCIA DE OFERENTES PARA LA SELECCIÓN DE UN ALIADO ESTRATÉGICO, QUIÉN ASUMIRÁ POR SU CUENTA Y RIESGO LA INVERSIÓN, OPTIMIZACIÓN, REHABILITACIÓN, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y REVERSIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA, ASOCIADA CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EN EL ÁREA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE EMDUPAR S.A. E.S.P., POR EL TÉRMINO DE DURACIÓN DEL CONTRATO”. (prueba N° 3).

Ahora frente al calificativo que usa el Accionante respecto a que “la comunidad de Valledupar se sorprendió al conocer que Emdupar y la Alcaldía municipal, adelantaban la invitación (...)” debemos manifestar que éste no tiene fundamento, ya que no es cierto, como lo pretende hacer ver el Accionante esto es, que el proceso se haya publicado de la nada, pues tanto EMDUPAR S.A. E.S.P., como la Alcaldía (en su calidad de accionista principal) han venido socializando la necesidad de vincular un socio estratégico para la prestación del servicio, prueba de ello es que desde el mes de marzo de 2021 se venía divulgando esta situación con la ciudadanía a través de ruedas de prensa y otros mecanismos. Ver noticia de radio Guatapurí. <https://radioquatapuri.com/noticias/4583>

Vale la pena anotar que estas actividades de divulgación y socialización se han llevado a cabo por iniciativa propia de la Administración Municipal, pues ni el Manual de Contratación de la empresa de servicios públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P., ni el ordenamiento jurídico colombiano exigen como requisito previo a la publicación o apertura de un proceso de selección, que la entidad contratante tenga la obligación de divulgarlo o socializarlo, pues precisamente, es durante la etapa precontractual y mientras se adelante el proceso de selección, que se le da la oportunidad a los interesados, a las entidades de control, las veedurías ciudadanas y los ciudadanos del común, para que presenten sus observaciones, objeciones y aclaraciones al proceso y para que ejerzan la función de control correspondiente.

Tampoco puede alegar el Accionante que en la Invitación Pública No 001 de 2021 se ha coartado o se está coartando el principio de transparencia y publicidad, principios que son propios de los procesos de libre competencia que celebra la empresa de servicios públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P, pues esta publicó y puso a disposición del público en general los Estudios de Conveniencia y el Proyecto de Términos de Referencia, junto con todos sus anexos, por un periodo de diez (10) días calendario, incentivando de esta forma la

participación ciudadana, periodo dentro del cual, los interesados, los organismos de control y la ciudadanía en general tuvieron la oportunidad de conocer el proceso y de presentar las observaciones que estimaran convenientes, posibilidad que existirá también una vez la Empresa publique los documentos definitivos del proceso de selección. Lo aquí expuesto se puede revisar en extenso en el numeral 2º del acápite consideraciones de este documento "PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS INVITACIONES PÚBLICAS DE OFERTAS PROMOVIDAS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS". (Prueba N° 3)".

Aduce la improcedencia de la tutela ante la existencia de otros medios judiciales eficaces y la inexistencia de un perjuicio irremediable, por lo que solicita se nieguen las pretensiones del actor.

- **ALCALDIA DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR**

Se recibió informe suscrito por OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRAS, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Municipio de Valledupar, quien frente a los hechos y pretensiones expuestos en el escrito de tutela aduce que como ente vinculado no se encuentra legitimado para resolver las solicitudes que sirven como base de las mismas, e indica que la obligación recae en la empresa de servicios públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P, al ser ésta una entidad descentralizada de orden municipal, sometida al régimen jurídico de la Ley 142 de 1994.

Concluye indicando que ese ente territorial, no tiene la competencia para resolver lo demandado, reitera que la obligación, queda a disposición de la entidad accionada, por lo que solicita se les excluya del presente trámite.

- **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS**

Se recibió informe suscrito por ERIKA SALAZAR DUQUE, actuando en calidad de apoderada y por tanto en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien, frente a los hechos y pretensiones contenidos en el escrito de tutela, aduce falta de competencia de este juzgado para para avocar conocimiento de la acción de tutela dada la calidad de la superintendencia como entidad pública del orden nacional.

También aduce falta de competencia de la superintendencia de servicios públicos domiciliarios y alta de legitimación por pasiva, por lo que solicita se desestimen todas las pretensiones del accionante en cuanto puedan llegar a tener que ver con esta Superintendencia.

Es de anotar que al presente tramite fueron arrimados escritos de coadyuvancia suscritos por DOLLYS MARIA PÉREZ OÑATE, RAFAEL OÑATE FERNANDEZ, ALFONSO HORTA ROJAS, LUIS ENRIQUE RINCONES MIELES y CESAR AUGUSTO AHUMADA MENA, quienes invocan su condición de usuarios de la empresa EMDUPAR S.A. E.S.P., y solicitan se ordene la suspensión de la Invitación Pública 001 de 2021.

PROBLEMA JURÍDICO:

Debe el Despacho analizar si en el presente caso hay vulneración a derechos fundamentales al debido proceso y a la participación ciudadana en los procesos contractuales que puedan afectar a las comunidades, invocados por el accionante ANTONIO ERESMID SANGUINO PAEZ.

Asimismo, se deberá determinar, previamente, si la tutela es el mecanismo, idóneo para resolver esta litis.

CONSIDERACIONES JURIDICAS:

- Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la Acción de Tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En el presente caso, el señor ANTONIO ERESMID SANGUINO PAEZ, actúa a nombre propio, en defensa de sus derechos, encontrándose legitimado para presentar la acción.

- Legitimación Pasiva

La parte accionada está formada por funcionarios y particulares, de quienes se dice que vulnera o amenaza los derechos fundamentales del accionante, ya sea por acción u omisión, por lo tanto, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, está legitimado como parte pasiva en el presente proceso de tutela.

- La procedencia de la Acción de Tutela

La Acción de Tutela ha sido instituida como un mecanismo judicial de carácter preferente y sumario, en el cual no se exigen al peticionario, formalidades y tecnicismos para su presentación, y cuyo objetivo es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos se encuentren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquiera autoridad.

Es deber del Juzgador examinar prioritariamente la procedencia de la misma, la naturaleza del derecho conculcado y si este puede ser amparado a través de dicha Acción, o si por el contrario existe para el Accionante la posibilidad de acudir a otro mecanismo judicial diferente.

En cuanto a la procedencia de la Acción de Tutela en este caso, se tiene que el Artículo 5 del Decreto 2591 de 1.991 señala que esta procede contra las acciones u omisiones de las autoridades, que haya violado, viole, o amenace con violar cualquiera de los derechos que se ha catalogado como fundamental de la persona.

Sentencia T-167/13.- DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Concepto
Este tribunal ha definido el debido proceso administrativo como (i) un conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación

directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Se ha precisado también que con esta garantía se busca (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Principios generales/DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Garantías mínimas

“El derecho al debido proceso en el ámbito administrativo guarda estrecha relación con el cumplimiento de otros preceptos constitucionales, entre ellos el artículo 6° que establece el principio de legalidad o el 209 que enlista las pautas y criterios que deben inspirar la función administrativa, como son la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad. También tiene que ver con el ya referido derecho fundamental de petición, pues un buen número de las actuaciones en las que deberá aplicarse el debido proceso se originan en el ejercicio de ese derecho, y además porque en tales casos el efectivo respeto del derecho de petición dependerá, entre otros factores, de la cumplida observancia de las reglas del debido proceso. También ha señalado esta corporación que, en adición a los desarrollos y reglas específicas que en relación con los distintos trámites y materias administrativas establezca el legislador, cuya estricta aplicación constituye para cada caso el cumplimiento del debido proceso, existen varias importantes garantías mínimas asociadas a ese concepto, que por consiguiente deberán ser observadas en toda actuación de este tipo. Entre ellas se destacan el derecho a: (i) que el trámite se adelante por la autoridad competente; (ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; (iii) ser oído durante toda la actuación; (iv) que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; (v) ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; (vi) solicitar, aportar y controvertir pruebas; (vii) en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción, e (viii) impugnar las decisiones que puedan afectarle.”

CASO CONCRETO

Considera el despacho, pertinente pronunciarse respecto a LA FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ QUE AVOCA CONOCIMIENTO, alegada por Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, apoyada en el numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 0333 de 2021, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017; alegando que el Juez Municipal no tiene competencia para avocar conocimiento de la acción de tutela dada la calidad de la Superintendencia como entidad pública del orden Nacional.

En ese sentido indica que, cualquier pronunciamiento distinto de la devolución para el correcto reparto es un pronunciamiento sin competencia que adolecería de nulidad y con las implicaciones legales para la autoridad judicial que así lo profiera.

Al respecto, considera el despacho que si bien, según las reglas de reparto del decreto citado en precedencia, a los juzgados penales municipales no les corresponde la competencia de tutelas contra entidades del ordena nacional, como lo es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no podemos pasar por alto, que inicialmente la tutela que ocupa nuestra atención está dirigida contra EMDUPAR S.A. E.S.P. y el MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, de tal suerte que el solo hecho de tener que vincular a otra entidad, no implica la perdida de competencia, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional, ha expuesto que el articulo 37 Decreto 2591 de 1991 solo contiene reglas de reparto. De tal forma que la admisión se efectúa con base en la entidad demandada por el accionante.

Sobre este tema cabe citar lo dicho por la Corte Constitucional en el Auto 046 de 2016.

En ese sentido. la Corte Constitucional en sentencia en Auto 046 de 2016, siendo M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expuso lo siguiente:

“(...) debe rechazarse la conducta de aquellos jueces de la República que, en el estudio preliminar correspondiente a la admisión de la demanda, deciden determinar contra quiénes ha debido impetrarse la acción de tutela y se fundamentan en ello para declararse incompetentes con el argumento de que la modificación o inclusión de entidades demandadas altera la competencia. De este modo, ha dispuesto la Corte que el juez a quien deben repartirse el expediente se determina según quién aparezca como demandado en el escrito de la demanda y no a partir del análisis de fondo de los hechos de la tutela pues tal estudio no procede en el trámite de admisión.”

Pues bien, en el presente caso tenemos que el accionante reclama a través de la presente acción de tutela, la protección constitucional al derecho fundamental al debido proceso y a la participación ciudadana en los procesos contractuales que puedan afectar a las comunidades y especialmente cuando se pone en riesgo los principios fundamentales tales como el interés general y los fines esenciales del Estado, en lo que se resalta la obligación constitucional de la primacía del interés general sobre el particular.

Lo anterior con ocasión a la Invitación pública No. 001 de 2021, adelantada por la empresa de servicios públicos domiciliarios EMDUPAR y la Alcaldía Municipal de esta ciudad, la cual, a juicio del accionante, no fue socializada con los trabajadores, ni con los usuarios, tampoco con la comunidad en general, por lo que considera que no se permitió el control social sobre la invitación pública y por ende no se garantiza que las comunidades puedan participar en las decisiones que los afectan.

Por tal razón, acude al mecanismo de la acción de tutela, solicitando, tal como se mencionó en párrafo precedente, la protección constitucional al debido proceso y a la participación ciudadana, y en ese sentido se ordene SUSPENDER el procedimiento de Invitación pública No. 001 de 2021 de EMDUPAR S.A. E.S.P., para que no se continúe con el trámite del proceso contractual de selección de un “Aliado Estratégico”, hasta tanto no se garantice el ejercicio del derecho fundamental al debido proceso y a la participación ciudadana en las decisiones que pudieran afectar a la ciudadanía y usuarios en materia de gestión prestación y fiscalización de los servicios públicos.

Frente a los argumentos de la parte accionante, se pronuncia la empresa accionada EMDUPAR S.A. E.S.P., y concretamente, en lo que respecta a la queja del accionante respecto a que el proceso de invitación pública No. 001 de 2021, no fue socializado con los trabajadores, ni con los usuarios, tampoco con la comunidad en general; indica que:

“(...) tanto EMDUPAR S.A. E.S.P., como la Alcaldía (en su calidad de accionista principal) han venido socializando la necesidad de vincular un socio estratégico para la prestación del servicio, prueba de ello es que desde el mes de marzo de 2021 se venía divulgando esta situación con la ciudadanía a través de ruedas de prensa y otros mecanismos.

Ver noticia de radio Guatapurí. <https://radioguatapuri.com/noticias/4583> Vale la pena anotar que estas actividades de divulgación y socialización se han llevado a cabo por iniciativa propia de la Administración Municipal, pues ni el Manual de Contratación de la empresa de servicios públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P., ni el ordenamiento jurídico colombiano exigen como requisito previo a la publicación o apertura de un proceso de selección, que la entidad contratante tenga la obligación de divulgarlo o socializarlo, pues precisamente, es durante la etapa precontractual y mientras se adelanta el proceso de selección, que se le da la oportunidad a los interesados, a las entidades de control, las veedurías ciudadanas y los ciudadanos del común, para que presenten sus observaciones, objeciones y aclaraciones al proceso y para que ejerzan la función de control correspondiente.”

Asimismo, agrega que:

“Tampoco puede alegar el Accionante que en la Invitación Pública No 001 de 2021 se ha coartado o se está coartando el principio de transparencia y publicidad, principios que son propios de los procesos de libre competencia que celebra la empresa de servicios públicos de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P, pues esta publicó y puso a disposición del público en general los Estudios de Conveniencia y el Proyecto de Términos de Referencia, junto con todo sus anexos, por un periodo de diez (10) días calendario, incentivando de esta forma la participación ciudadana, periodo dentro del cual, los interesados, los organismos de control y la ciudadanía en general tuvieron la oportunidad de conocer el proceso y de presentar las observaciones que estimaran convenientes, posibilidad que existirá también una vez la Empresa publique los documentos definitivos del proceso de selección. Lo aquí expuesto se puede revisar en extenso en el numeral 2º del acápite consideraciones de este documento “PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LAS INVITACIONES PÚBLICAS DE OFERTAS PROMOVIDAS POR EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS”.

Para demostrar lo afirmado, aportan como medio de prueba, certificación expedida por el jefe de la División de Sistemas de Información de EMDUPAR S.A. E.S.P., haciendo constar que el proceso de invitación pública 01 de 2021, fue publicado en el sitio WEB www.emdupar.gov.co en la sección de CONTRATACION bajo la carpeta “Invitación Pública 01 de 2021” el día 12 de octubre de 2021 a las 18:05 horas. (ver folio 7 del anexo 3 de respuesta de EMDUPAR S.A. E.S.P.)

En igual sentido expide certificación adiada 28-10-2021, el Secretario General de la EMDUPAR S.A. E.S.P., haciendo constar que la Invitación Pública No. 001 de 2021, fue publicada en la pagina de www.colombiacompra.gov.co (SECOP I) el día 12-10-2021. (ver folio 8 del anexo 3 de respuesta EMDUPAR S.A. E.S.P.)

Las pruebas documentales que se han mencionado, permiten al despacho concluir, que le asiste razón a la empresa accionada EMDUPAR S.A. E.S.P., cuando afirma que publicó y puso a disposición del público en general los Estudios de Conveniencia y el Proyecto de Términos de Referencia, junto con todos sus anexos, por un periodo de diez (10) días calendario, incentivando de esta forma la participación ciudadana, periodo dentro del cual, los interesados, los organismos de control y la ciudadanía en general han tenido la oportunidad de conocer el proceso y de presentar las observaciones que estimaran convenientes.

Hasta este punto, considera el despacho que no se evidencia vulneración al derecho al debido proceso en los términos que aduce el accionante, máxime, cuando de acuerdo con el cronograma de la Invitación pública, el proceso aún se está surtiendo, es decir, aún no se ha adjudicado, lo que indica que todavía puede haber participación de la comunidad.

Otro aspecto que se debe considerar en este asunto, es la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, no podemos perder de vista, la esencia de la Acción de Tutela, que ha sido instituida como un mecanismo residual, de tal suerte que no debe el Juez de Tutela inmiscuirse en asuntos que por mandato legal han sido asignados para su conocimiento a otras autoridades. A menos que estos mecanismos no sean idóneos, o exista un inminente perjuicio irremediable.

“(…) Respecto a la existencia de otros medios de defensa, esta corporación en sentencia T-836 de agosto 26 de 2008 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) señaló:

“De conformidad con el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela será improcedente en aquellos casos en que existan otros recursos o medios de defensa judiciales al alcance del accionante. Ello significa que en el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos judiciales, corresponde al accionante agotar dichos recursos, es decir, hacer uso de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial que se encuentren a su disposición para invocar la protección de sus derechos^[2].”

3.3 Sin desatender lo antes mencionado, particularmente frente a personas que se encuentren en especial estado de debilidad manifiesta, hay eventos en los cuales, aunque existan otras vías judiciales, éstas no resultan idóneas ante una grave situación apremiante y entonces, excepcionalmente, la acción de tutela surge como el medio indispensable para solucionar una afectación contra derechos fundamentales. Al respecto, la sentencia T-983 de noviembre 16 de 2007 (M. P. Jaime Araújo Rentería) señaló:

“En desarrollo del principio de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en los casos en que el accionante tenga a su alcance otros medios o recursos de defensa judicial, la acción de tutela procederá excepcionalmente en los siguientes eventos:

(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;

(ii) Aún cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

(iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.”

3.4 De esa manera, debe establecerse el grado de apremio y la eventual existencia de medios judiciales idóneos para zanjar la disputa jurídica, depurando cada uno de los elementos antes

anotados, quedando supeditada la acción al previo agotamiento de otras vías judiciales, siempre y cuando ese actuar no repercuta en la generación de algún perjuicio irremediable.”. Sentencia T-027/10

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no convergen ninguno de los requisitos que ha establecido la Jurisprudencia Constitucional para la procedencia de la acción de tutela, ni siquiera como mecanismo transitorio, puesto que, no se evidencia el perjuicio irremediable que amerite la intromisión del juez constitucional.

Podríamos sintetizar lo anterior diciendo que solo de manera excepcional, cuando no exista otro medio de defensa judicial o este no sea el idóneo, o se trate de evitar un perjuicio irremediable procede la Tutela para reclamar asuntos de índole legal o reglamentaria.

Con base en lo que se viene exponiendo, concluye el despacho que la discusión planteada debe resolverse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no se cumple con los presupuestos antes señalados, para la procedencia de la acción de tutela, frente a este caso en particular. Por todo lo expuesto, el despacho niega la protección constitucional deprecada por el señor ANTONIO ERESMID SANGUINO PAEZ.

Por lo expuesto, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes del Distrito Judicial de Valledupar, con funciones de Control de Garantías, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Negar la protección constitucional deprecada por el ciudadano ANTONIO ERESMID SANGUINO PAEZ, contra EMDUPAR S.A. E.S.P., y el MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, en el presente trámite tutelar, al cual se vinculó la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS, MICRO Y MACRO CONSULTORES, CONSULTING GROUP SAS y MEZA ARMENTA ABOGADOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. Remitir el expediente en caso de no ser impugnada esta decisión, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión; de ser excluida se ordena su ARCHIVO por el Centro de Servicios.

TERCERO. Notificar este proveído a las partes, por el medio más expedito y eficaz. Por el Centro de Servicios de estos juzgados, hágase lo pertinente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



ZAIA PALMERA ÀRQUEZ
LA JUEZ