



República de Colombia
Rama Judicial

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Sala de Decisión

Magistrada Ponente: Yenitza Mariana López Blanco

Arauca, Arauca, veintiuno (21) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Radicado No. : 81001 2339 000 2015 00023 00
Demandante : Daniel Alejandro Cruz Mejía
Demandados : Municipio de Arauca-EMSERPA-EMAAR-Superintendencia
de Servicios Públicos Domiciliarios.
Medio de control : **Popular**
Providencia : Sentencia de primera instancia

Procede la Sala a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La demanda interpuesta. Daniel Alejandro Cruz Mejía formuló, reformó y adicionó demanda de acción popular en contra del Municipio de Arauca, la Empresa de Servicios Públicos de Arauca EICE ESP (en adelante EMSERPA EICE ESP), la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y la Empresa de Aseo de Arauca S.A. ESP (EMAAR S.A. ESP), en defensa de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, patrimonio público, libertad de competencia económica, derechos de los consumidores y/o usuarios, y el acceso a los servicios públicos de manera eficiente y oportuna.

1.1. Fundamentos fácticos. En síntesis relató los siguientes hechos:

Sostiene que previo conocimiento de su Junta Directiva, EMSERPA EICE ESP dio apertura al proceso de selección con el fin de *"contratar un operador especializado (operador-constructor) para la prestación del servicio de aseo en todos sus componentes en el municipio de Arauca, Departamento de Arauca"*, aplicando su manual interno de contratación (Acuerdo 006 de 2011). En este proceso se presentó como único oferente EMAAR ESP -para entonces promesa de sociedad futura- a la que finalmente se le adjudicó el contrato, que fue celebrado el día 26 de diciembre de 2012 con el número 135 de 2012, en el que se pactó como plazo de ejecución 15 años, pese a que esa contratación está autorizada por el tiempo máximo de 8 años.

Denuncia que en la celebración del referido contrato no se adoptaron medidas afirmativas en favor de los recicladores del Municipio, lo que infringe los derechos fundamentales de esta población, e igualmente refiere que no se están aprovechando los residuos generados, lo que conlleva a que se reduzca la vida útil del relleno sanitario y se eleve el cobro del servicio de aseo.

Manifiesta que el día 31 de enero de 2013, EMSERPA EICE ESP le alquiló a EMAAR S.A. ESP un vehículo compactador, porque esta empresa no contaba con el parque automotor mínimo para prestar el servicio de recolección de residuos; también asegura que EMAAR S.A. ESP abrió su oficina de PQR dentro de las instalaciones de EMSERPA EICE ESP, de manera que se usó la propiedad pública en pro del lucro de la empresa privada. Además, alega que



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

debido a falta de capacidad financiera y operativa de la empresa contratista, se han presentado problemas como que: i) no se cuenta con parque automotor mínimo, según los estudios previos de la contratación; ii) la planta de personal es insuficiente; iii) la empresa ha aumentado la tarifa del servicio; iv) han proliferado basureros satélites; y v) se realiza la recolección en vehículos inadecuados, lo que en conjunto denota el incumplimiento del contrato No. 135 de 2012.

Así mismo aduce que en lo relacionado con la construcción de una celda de relleno sanitario, ésta obligación sólo se llevó a cabo hasta el mes de septiembre de 2014, inobservando la cláusula séptima del contrato.

Pone de presente que el 27 de febrero de 2015 el Alcalde de Arauca presentó ante el Concejo Municipal el proyecto de Acuerdo *"por el cual se modifica el factor de los subsidios, a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de aseo, establecido en el acuerdo municipal No. 200.02.012 de 2011 en el municipio de Arauca"*, con el que se pretendió ampliar el porcentaje de subsidios por concepto de aseo y fortalecer así a EMAAR S.A. ESP, situación que provocó una actuación preventiva de la Procuraduría Regional de Arauca, y el voto negativo de la Comisión Primera del Concejo Municipal, por encontrar que no observaba los requisitos legales.

Afirma que el 11 de marzo de 2015 el noticiero local CNC informó que un vehículo compactador de EMAAR S.A. ESP fue inmovilizado por la autoridad de tránsito por el mal estado de sus neumáticos, y que al día siguiente en el mismo medio de comunicación se informó que esa empresa prestaba su servicio con volquetas que no tenía el SOAT vigente ni contaban con logos corporativos.

Resalta que el 13 de marzo de 2015 los residentes del sector Chaparrito y la vereda El Rosario del Municipio de Arauca, que comprenden el área en que está ubicado el relleno sanitario *Las Garzas*, presentaron ante CORPORINOQUIA queja por daños ambientales y por el riesgo en la salud pública derivados de las malas prácticas del operador de dicho relleno, al tiempo que advirtieron que con ello se ha generado la proliferación de roedores y aves de carroña que devoran vivas las crías de los animales del lugar.

1.2. Pretensiones. En resumen solicita: **i)** que se protejan los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, patrimonio público, libertad de competencia económica, derechos de los consumidores y/o usuarios y al acceso a los servicios públicos de manera eficiente y oportuna; **ii)** que se declare la nulidad absoluta del contrato de operación especializada No. 135 del 26 de diciembre de 2012, celebrado entre EMSERPA EICE ESP y EMAAR S.A. ESP, inaplicando la prohibición que en este sentido consagra el artículo 144 del CPACA; **iii)** Que se ordene a EMSERPA EICE ESP asumir directamente la prestación del servicio público de aseo; **iv)** Que se ordene al Municipio de Arauca efectuar los estudios y diseños para la construcción del relleno sanitario y que adelante las respectivas apropiaciones para proceder a su construcción; **v)** Se disponga la adopción de medidas afirmativas en favor de los recicladores del Municipio de Arauca.

2. Contestación de la demanda.



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

2.1. De la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Esta Entidad se opone a las pretensiones formuladas en su contra, para lo cual sostiene que de acuerdo a sus funciones no le corresponde la prestación de los servicios públicos, pues ésta es competencia de los municipios. Presente como excepciones la falta de legitimación por pasiva y la ausencia de responsabilidad que le sea atribuible (fls. 813-819 cp).

2.2. Del Municipio de Arauca. Se pronuncia sobre los hechos de la demanda, y de manera puntual asevera que: **i)** frente a la *moralidad administrativa y el patrimonio público*, conforme a la normatividad local EMSERPA EICE ESP fue dotada de personería jurídica, autonomía y patrimonio propio, por lo que tiene competencia material para celebrar el contrato cuestionado; **ii)** sobre la *violación al principio de legalidad, selección objetiva y libertad de concurrencia*, dentro del proceso de selección no aplicaba lo normado en el párrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, y por ello fue correcta la decisión de contratar con fundamento en el manual interno de contratación de EMSERPA EICE ESP; **iii)** en lo concerniente a la *desviación de poder*, la contratación del operador se hizo aplicando el régimen de contratación privado, según lo permite los artículos 30, 31, 32, y 39 de la Ley 142 de 1994; **iv)** frente a la violación de la *libertad de competencia económica*, el tipo de contrato celebrado es de operación especializada, que no impide el ejercicio de libertad alguna y no implica una práctica monopolista; **v)** en cuanto a los *derechos de los consumidores*, la contratación del tercero para prestar los servicios de aseo no modifica las condiciones de los usuarios.

Como consecuencia de todo lo expuesto, se opone a las pretensiones, solicita que se declare improcedente la acción y que se le excluya del proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 821-847 cp).

2.3. EMSERPA EICE ESP.

Se pronuncia sobre los hechos de la demanda y sostiene: **i)** sobre la falta de *competencia material para celebrar el contrato*, a EMSERPA EICE ESP le fue dada esa facultad desde el momento de su creación (Acuerdo 026 de 1988), en tanto se creó con autonomía administrativa, personería y patrimonio propio, por lo que en materia de contratación la Entidad se gobierna por el derecho privado; **ii)** frente a la *desviación de poder* aduce que la Entidad cuenta con autonomía para adelantar sus actuaciones, y que no se vulneró ningún parámetro legal cuando se llevó a cabo el proceso de contratación; **iii)** en lo relativo al *patrimonio público* manifiesta que la empresa no estaba en condiciones financieras ni operativas para prestar el servicio, por eso acudió a un tercero, conforme lo autoriza la Resolución 151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico; **iv)** en cuanto a la *libertad de competencia*, alega que la Empresa no implementó políticas de exclusión dentro de su proceso de selección del contratista, y tampoco se limitó la participación del "grupo empresarial de recicladores" en la convocatoria; **v)** niega la presunta violación de los *derechos de los consumidores*, por considerar que la empresa tuvo en cuenta los lineamientos como la experiencia, la capacidad, y la idoneidad para elegir la mejor propuesta para prestar el servicio; **vi)** al referirse al *acceso a los servicios públicos*



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

de manera eficiente y oportuna, asegura que la parte demandante no comprueba que la prestación del servicio de aseo contravenga el Decreto 1713 de 2002 que regula la materia.

Concluye que la prestación del servicio se ajusta a los documentos técnicos que hicieron parte del proceso contractual y las obligaciones adquiridas por el contratista.

Propone como excepción la de improcedencia de la acción, sustentando la imposibilidad legal para que mediante acción popular se anule un contrato de la administración (fls. 876-889 cp.).

2.4. EMAAR ESP. Después de contestar los hechos de la demanda y oponerse a las pretensiones, pasa a pronunciarse así: **i)** sobre la *presunta inaplicación del principio de selección objetiva y libertad de concurrencia*, asegura que las ESP domiciliarios aplican derecho privado en su contratación, y que el contrato demandado no es de concesión, además, dentro del proceso de selección hubo convocatoria pública. **ii)** frente a la *desviación de poder*, cuestiona que el demandante se haya basado en normas anuladas como la Resolución 151 de 2001. **iii)** frente a la *presunta vulneración de los derechos de los usuarios y acceso a los servicios públicos domiciliarios*, expresa que no se comprobó que exista descontento generalizado de los usuarios por la prestación del servicio público en lo corrido de la operación, y que de acuerdo al Sistema Único de Información de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la empresa EMAAR ESP recibe un promedio de 1.16 quejas mensuales, un promedio por debajo del nacional. **iv)** en cuanto a la *presunta inaplicación del principio de planeación*, advierte que EMAAR ESP contrató a la firma Ambiental Consultores S.A. para la "elaboración del diseño, estudio de impacto ambiental y licenciamiento para la construcción del relleno sanitario...", dicho contrato se celebró 26 días después de iniciarse las operaciones de aseo y en virtud del mismo se obtuvo la licencia ambiental el 3 de marzo de 2014, para la construcción y operación del relleno sanitario del Municipio de Arauca.

Propone como excepciones: **i)** cumplimiento del contrato; **ii)** idoneidad del operador constructor; **iii)** falta de fundamentos fácticos que sustenten las pretensiones de la demanda; y **iv)** falta de acervo probatorio que confirme los hechos y pretensiones (fls. 897-909 cp.).

3. La audiencia de pacto de cumplimiento.

Esta audiencia se celebró el 4 de noviembre de 2015, y se declaró fracasada en vista que las partes no lograron consenso (fls. 916-918 y CD adjunto).

4. Coadyuvancia a la parte demandante.

4.1. Mediante escrito del 23 de febrero de 2016, pobladores de las veredas El Rosario y Chaparrito, coadyuvan la presente acción popular expresando las incomodidades que tienen con el relleno sanitario Las Garzas: **i)** porque parece un botacero a cielo abierto; **ii)** no se observan medidas para impedir malos olores; **iii)** hay moscas y roedores en las fincas que afectan los cultivos; **iv)** a la señora Elvira Rodríguez, propietaria de la finca Matezamuro,



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

prácticamente le construyeron el relleno detrás de su predio; **v**) en épocas de lluvia hay riesgo de contaminarse las aguas de la sabana con aguas del basurero, entre otras observaciones (fls. 954-956 cp.). Esta intervención fue avalada por el Tribunal mediante proveído oral dictado en la audiencia de alegaciones y juzgamiento adelantada el 11 de mayo de 2016 (fl. 1292 cp.).

4.2. El 9 de marzo de 2016 el señor Juan José Cruz Mejía coadyuva la demanda popular, la cual fue aceptada el 25 de abril de 2016 (fl. 1212 cp.). Al respecto el coadyuvante manifiesta que: **a**) la prestación del servicio de aseo ha presentado deficiencias advertidas por la interventoría (consorcio Bioambiental), por la fuga de lixiviados en el transporte de la basura, por no contar con los procedimientos para el manejo seguro de sustancias químicas, por la falta de personal para intervenir las rutas, por retrasos en el cubrimiento de las rutas, entre otras, lo que ha provocado múltiples procesos de imposición de multa en contra de EMAAR ESP; **b**) el funcionamiento del relleno sanitario tiene varios aspectos a corregir que han sido advertidos por la interventoría en varias comunicaciones dirigidas a EMAAR ESP, lo que afianza las quejas de los residentes del sector aledaño al relleno sanitario; **c**) EMAAR ESP carece de capacidad financiera, ya que se presentó al proceso contractual sin tener liquidez para enfrentar sus obligaciones a corto plazo, adquiriendo ese capital vía tarifa; **d**) EMAAR ESP actualmente afronta varios procesos judiciales y administrativos en su contra, según reporte de administración judicial y la tesorería del Municipio de Arauca, incluso mediante sentencia de tutela dicha empresa recibió órdenes que no ha cumplido; **e**) EMAAR ESP varió la participación porcentual accionaria de sus socios de forma contraria a lo contemplado en la cláusula 13.15 del contrato; **f**) EMSERPA EICE ESP abrió el proceso contractual con fundamento en la urgencia de esa contratación porque al relleno sanitario de la época le quedaban 4 meses de operación, situación que fue desvirtuada posteriormente porque la celda estuvo en operación 21 meses más, además en varias oportunidades se han incumplido las condiciones puestas en la licencia ambiental, según lo ha informado la interventoría del contrato; **g**) Aunado a los incumplimientos contractuales antes narrados, EMAAR ESP ha desconocido las cláusulas 2 literal g, 12 literales k, m y n, 13 numerales 11, 12 y 19 del contrato, así como sus estudios previos (fls. 1-69 del cc.¹).

5. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Las partes presentaron sus alegatos en forma verbal en la audiencia celebrada el día 11 de mayo de 2016 conforme a las reglas del artículo 182 del CPACA, a la cual asistieron el demandante, las entidades demandadas y el Ministerio Público que rindió su concepto. A continuación se presenta una síntesis de las intervenciones, en el orden en que fueron expuestas:

5.1. Demandante. Asegura que EMSERPA EICE ESP privatizó el servicio de aseo en Arauca, y celebró un contrato de concesión con exclusividad de 15 años, creando intrínsecamente un monopolio que afecta la libre competencia. Igualmente insiste en que EMAAR ESP no contaba con capacidad financiera al momento de suscribir el contrato, pues registraba un capital de \$120.000.000 en cuentas por cobrar, es decir, no tenía recursos líquidos; y la

¹ Cuaderno coayuvancia. En adelante se utilizará esta sigla (cc.) para referirse al mismo cuaderno.



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

empresa ha sido objeto de imposición de penalidades en varias oportunidades por sus incumplimientos. En su criterio, la actuación deficiente de la empresa afecta los derechos de los consumidores e impide el acceso a los servicios públicos de forma eficiente y oportuna.

Reafirma que la contratación debió adelantarse mediante licitación pública a través del SECOP, con autorización previa del Concejo Municipal, con inclusión de las cláusulas exorbitantes, y con licencia ambiental previa, circunstancias que no se dieron en este caso por lo que procede la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, como lo ha determinado el Consejo de Estado en jurisprudencia que cita (Minutos 12:12 – 38:12).

5.2. EMSERPA EICE ESP. Alega que EMSERPA EICE ESP sí tenía la competencia para contratar el servicio de aseo en el Municipio de Arauca, conforme al Acuerdo Municipal 003 de 2001 (artículo 3); por otro lado, citando informes de interventoría, reconoce que EMAAR ESP efectivamente ha incumplido el contrato celebrado para la recolección de basuras. También asegura que el Juez de conocimiento en una acción popular puede decretar la nulidad de un contrato (Minutos 38:24 - 50:23).

5.3. EMAAR S.A ESP. Sostiene que puede existir mala fe en la coadyuvancia del 23 de febrero de 2016, porque hay duplicidad de firmas y algunos números de cédula no se encuentran en el sistema de la Procuraduría General de la Nación.

Afirma que las pruebas fotográficas que obran en el proceso demuestran que el acopio de la basura tiene una altura por debajo del límite autorizado en la licencia ambiental. Sobre la tutela en favor de los recicladores, informa que ya fue fallada y allí se les dio a la empresa y al Municipio de Arauca un plazo para incorporar a esta población al proceso, conforme al PGIR (Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos) que apenas está en proceso de actualización.

Refiere que la contratación no se ciñe por la Ley 80 de 1993, sino al derecho privado en virtud de la libre competencia, y que es falso que exista un área de servicio exclusivo en Arauca, pues lo que existe es un escenario de libre competencia, por lo que el usuario tiene libertad de elegir otro prestador de servicios, lo que pasa es que por la dinámica del mercado presenciamos un monopolio natural, como acontece con el acueducto y la energía, en los que no hay otro prestador que oferte el mismo servicio.

Rechaza la alegada insuficiencia financiera de EMMAR ESP, en tanto viene prestando sus servicios con recursos propios, ante el poco recaudo por facturación y subsidio, lo que demuestra su capacidad económica para ejecutar el contrato. Sin embargo explica, que dentro del contrato se estableció un período de transición para contar con los vehículos necesarios para operar. En cuanto a los embargos, dice que esas son circunstancias propias de toda empresa o persona.

Frente a la recolección de basuras con volquetas, asegura que la normatividad lo autoriza, pero no es rentable para el prestador, por eso se prefiere acudir a un compactador. Añade que la tarifa está por debajo del techo autorizado por la Comisión de Regulación de Agua



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

Potable y Saneamiento Básico, porque la empresa ofreció descuentos tarifarios a favor de los usuarios.

Respecto de las supuestas malas prácticas en el relleno sanitario expresa que no se probó y por el contrario, no hay sanciones de la autoridad ambiental y se recibió una visita de la Superintendencia Nacional de Servicios Públicos, que dio concepto favorable para el relleno.

Reitera su oposición a las pretensiones de la demanda, las cuales estima que han mutado a lo largo del proceso.

Al interrogársele por el tipo de contrato, contesta que el contrato celebrado con la Empresa no fue de concesión, sino un contrato de operación especializada y construcción y por ende el proceso de selección adelantado fue acertado (Minutos 50:51 – 01:23:32).

5.4. Municipio de Arauca. Señala que aunque la ley consagra que al Municipio le compete asegurar que se presten los servicios públicos de forma efectiva, bien sea mediante prestador público, privado o mixto, o directamente, también la norma permite que estos servicios puedan prestarse por empresas de servicios públicos. Para el caso de Arauca, el Concejo Municipal creó y facultó a EMSERPA EICE ESP para prestar tales servicios, cuya entidad es independiente de la administración central y cuenta con facultades propias para contratar esta tarea, razón por la cual el Municipio debe separarse del presente proceso (Minutos 1:23:39 – 1:28:55).

5.5. La Superintendencia Nacional de Servicios Públicos Domiciliarios. Expresa que no alegará dentro del proceso, dada su falta de legitimidad en la causa por pasiva (Minutos 1:29:06 – 1:30:24).

5.6. Ministerio Público. Conceptúa que en materia de nulidades contractuales ventiladas a través de la acción popular, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido unánime, porque existe una tesis que admite la procedencia de la nulidad del contrato por este medio de control, pero también está otra postura que no acepta la procedencia de ésta acción para revisar la legalidad contractual. En ese orden de ideas, esa Agencia del Ministerio Público prohíja la procedencia de la acción popular para invalidar la contratación, siempre que una vez valoradas las pruebas el Juez advierta que se afectan derechos colectivos.

Con relación a la moralidad administrativa consideró que fue legal el proceso de contratación adoptado para la escogencia del operador del aseo municipal, al tiempo que señala que no aparece comprobada la afectación del derecho colectivo al patrimonio público, ni ningún otro bien jurídico que deba protegerse. En consecuencia, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda (Minutos 1:30:40 – 1:38:54).

CONSIDERACIONES

1. Competencia. Conforme al artículo 152.16 del CPACA, este Tribunal es competente funcionalmente para conocer en primera instancia del presente asunto.



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

2. Problema jurídico.

El problema jurídico planteado a la Sala consiste en determinar si con la celebración y ejecución del contrato No. 135 de 2012, suscrito entre EMSERPA EICE ESP y EMAAR SA ESP, se infringen los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público, la libertad de competencia económica, los derechos de los consumidores o usuarios, y el acceso a los servicios públicos de manera eficiente y oportuna.

Para dar una respuesta de fondo, la Sala previamente debe valorar si en el campo de la acción popular el Juez tiene atribuciones para anular un contrato, y en caso negativo, qué tipo de decisiones puede adoptar si encuentra probado que con ocasión de aquél se da la afectación a un derecho o interés colectivo.

También debe establecerse cuál es el régimen de contratación que debió observarse en el proceso de selección que derivó en el contrato No. 135 de 2012 celebrado entre EMSERPA EICE ESP y EMAAR ESP, es decir, si debió regirse por la Ley 80 de 1993 o por el derecho privado, conforme al manual de contratación de la entidad contratante.

3. De la acción popular.

La acción popular se encuentra consagrada en el artículo 88 Superior, desarrollado por la Ley 472 de 1998, que en su artículo 2 establece que su finalidad es "(...) *para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*", aspecto que ha sido decantado por la jurisprudencia de las Altas Cortes (Consejo de Estado y Corte Constitucional) que han precisado que su objeto no gravita en buscar la solución de un litigio entre dos partes: "*sino cesar la lesión o amenaza contra un derecho y si es posible restablecer las cosas a su estado anterior*", "*estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido, una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, ...*"; "*el carácter de no controversia entre parte otorga particularidades a la acción popular*"².

El carácter objetivo de la acción popular "*es trascendental y connatural a los propósitos constitucionales de su consagración, e implica de manera directa la imposibilidad absoluta de incoar pretensiones subjetivas individuales para ser resueltas a través de este instrumento judicial. De aquí su naturaleza de indesistible. No es de recibo legal buscar algún tipo de resarcimiento pecuniario a favor de quien promueve el reclamo judicial de interés colectivo, en cuanto no están de por medio pretensiones frente a situaciones individuales y concretas, sino por el contrario los intereses y derechos objetivos del común*"³. El propósito de quien promueva esta acción sólo puede encaminarse a que se profiera una condena, o una decisión preventiva, protectora, indemnizatoria especial y restauradora de los derechos e intereses colectivos.

² Corte Constitucional. Sentencia C-215 de abril 14 de 1999; y Consejo de Estado-Sección Tercera. Sentencia de septiembre 6 de 2001. Radicado AP 163.

³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III, Editorial Universidad Externado de Colombia, octubre de 2007. Pág. 744.



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

4. Poderes del Juez en acción popular frente al contrato estatal.

Es importante resaltar que -contrario a lo dispuesto para la acción de tutela- la reglamentación constitucional y legal de la acción popular no limita su procedencia, así las pretensiones que busquen amparar un derecho o un interés colectivo puedan alegarse a través de otros mecanismos de defensa judicial. En consecuencia, la acción popular no debe entenderse como un medio judicial subsidiario o residual, sino como un instrumento judicial principal dispuesto para la defensa de los derechos o intereses colectivos, y su procedencia no puede impedirse aunque la amenaza o lesión a estos derechos provenga de un acto o contrato de la administración. Así se entendía antes de entrar en vigor el CPACA⁴, y ahora en su vigencia, como se puede extraer del inciso segundo del artículo 144 de esta codificación, el cual prevé:

"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 (...)"

Entonces no cabe duda que, aún hoy, la acción popular puede incoarse para solicitar la protección de los derechos colectivos, inclusive, cuando su afrenta la cause una autoridad o un particular con funciones públicas a través de un acto administrativo o un contrato estatal. Como esto es así, entonces ¿qué tipo de medidas o decisiones puede adoptar el Juez popular frente a un contrato o acto administrativo si descubre que estas actuaciones lesionan o amenazan el interés colectivo?

Tal como lo recordó el Ministerio Público en su concepto, la jurisprudencia del Consejo de Estado de otrora no ha sido pacífica⁵, y su postura ha variado en dirección de dos caminos: **i)** uno que sostiene que el Juez popular puede invalidar el acto o contrato lesivo de estos derechos, para amparar prerrogativas que están por encima de la legalidad contractual⁶ (tesis positiva); y el otro que **ii)** niega esa posibilidad, pero determina que el Juez en todo caso debe proteger el derecho colectivo, a través de otras herramientas jurídicas⁷ (tesis negativa).

Con la entrada en vigencia del CPACA, *prima facie* pareciera que se adoptó la tesis negativa, pues en el inciso segundo del artículo 144 del CPACA se dispone que *"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***

⁴ C.E. Sala Plena. Sentencia del 9 de diciembre de 2003. MP. Camilo Arciniegas Andrade. Exp. 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ.

⁵ Ver esta opinión en: C.E. Secc. III. Sentencia del 05 de octubre de 2005. MP. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 20001-23-31000-2001-01588-01(AP).

⁶ C.E. Sala Plena. Sentencia ya citada. También puede consultarse: C.E. Secc. III. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. MP. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).

⁷ Secc. V. Sentencia del 24 de junio de 2004. MP. Filemón Jiménez Ochoa. Exp. 50001-23-31-000-2002-0819-01(AP).



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”, se observa que, no obstante la acción popular proceda para reclamar la protección de derechos colectivos cuya afectación provenga de un contrato gubernamental, el Juez no puede enervar su legalidad, sino que debe acudir a cualquier otra medida jurídicamente aceptable, para desaparecer la amenaza o transgresión.

El fragmento normativo antes resaltado, fue objeto de control constitucional suscitado por el reproche referido a la reducción de las facultades del Juez en esta materia, en cuanto también entraña una restricción a la acción misma y al acceso a la administración de Justicia.

La Corte Constitucional declaró exequible la norma al encontrarla ajustada al artículo 29 y 229 de la Carta Magna, por considerar de que *“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..⁸”*, así mismo precisó el Alto Tribunal que la nulidad del contrato no es indispensable para proteger los derechos colectivos afectados por un acto o contrato de la administración.

Con lo anterior bien podía colegirse que la cuestión se había definido normativa y jurisprudencialmente en favor de la tesis negativa, no obstante, el Consejo de Estado en una nueva decisión, optó por la tesis positiva, esta vez en vigencia del artículo 144 del CPACA y de la Sentencia C-644 de 2011 ya referida, resolviendo anular los actos demandados mediante acción popular, previa declaratoria de la excepción de constitucionalidad respecto del aparte legal aquí tratado:

“En esa perspectiva, el juez de la acción popular, como juez de rango constitucional, cuenta con una serie de prerrogativas al momento de proferir su decisión, para que, ante la constatación efectiva de una vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, pueda disponer que se adopten todas las medidas pertinentes y necesarias para la protección de los mismos. Dichas órdenes pueden reflejar obligaciones de hacer, de no hacer, indemnizatorias, de realización de conductas reparatorias o resarcitorias.

Lo anterior no significa una invasión a la órbita de competencias de las demás autoridades o entidades públicas, ni concretamente, de las que ejercen función administrativa, ya que se trata, simplemente, del ejercicio claro del poder discrecional que se le concede por la Constitución y la ley al juez constitucional, para que, si encuentra acreditada la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, proceda a determinar las medidas procedentes y conducentes que deben ser adoptadas para que cese la conducta lesiva⁹”.

⁸ Sentencia C-644 de 2011.MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Secc. III. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. MP. Enrique Gil Botero. Exp. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP), citada por el demandante en el presente proceso para fundamentar su pretensión de nulidad del contrato estatal (cotejar pretensión segunda [fl. 374] y hecho 21 de la demanda [fl. 380]).



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

Acerca de esta sentencia vale destacar que en su salvamento parcial de voto, el Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, aun compartiendo esta misma idea en lo sustancial, optó por apartarse de la postura porque la encontró impertinente, en tanto la acción popular de del caso bajo examen no se regía por el CPACA sino por el CCA:

“Resulta pertinente aclarar que la Sala no debió entrar a aplicar las excepciones de inconstitucionalidad y de contravencionalidad del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, pues dicha disposición no resulta aplicable al caso concreto, puesto que la demanda de acción popular se presentó con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley.

*En este orden de ideas, no cabe duda el que artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 no resulta aplicable al caso concreto, por lo que me aparto completamente de la decisión tomada por la mayoría de la Sala en el sentido de declarar de oficio las excepciones de inconstitucionalidad y de contravencionalidad de la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011... **aunque las razones que se dan en dicha sustentación las comparto plenamente, para casos posteriores donde deba aplicar el mencionado artículo, dado que lo dispuesto en esta norma, no puede entenderse nunca y de ninguna manera, como restricción a los poderes anulatorios del juez por razones de inconstitucionalidad, los cuales el legislador bajo ningún tipo de consideración puede limitar.**” (El resalto es original)*

La anterior sentencia fue cuestionada mediante acción de tutela, la cual conoció la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que acogió la tesis negativa:

“Valga anotar que la sentencia censurada incurrió en defecto material o sustantivo al dejar de lado la “ratio decidendi” de la sentencia C-644 de 2011, y con ello desconocer las acciones ordinarias previstas en la Ley 1437 de 2011, para atacar la legalidad de los permisos otorgados a la FIDIC, a la luz del debido proceso en el que las partes puedan intervenir en la defensa de sus posturas jurídicas al amparo de las pruebas válidamente aportadas al trámite¹⁰”.

Bajo este panorama se encuentra que persisten en la actualidad posturas jurisprudenciales contrarias acerca de las potestades del Juez en acción popular frente a la validez del contrato estatal; sin embargo, la Sala tomará el camino de la tesis negativa, no sólo porque claramente así lo impone la norma jurídica, sino porque aun queriendo privilegiar principios superiores para optar por la tesis positiva, tal idea termina por descartarse ya que la constitucionalidad material de esta disposición fue analizada por la Corte Constitucional, y se mantuvo dentro del ordenamiento jurídico sin modulaciones o reparos, luego bajo el escenario de la cosa juzgada material constitucional, esta Sala se inclinará por una tesis contraria. En este orden de ideas, la solución del caso se llevaría a cabo, compartiendo la preocupación de la doctrina sobre el efecto práctico de la norma:

*“Así las cosas, es posible el control de legalidad del contrato y los actos que se dicten en el procedimiento administrativo de contratación por intermedio de la acción popular; sin que sea permitido la anulación de los mismos, por mandato expreso del CPACA, el cual permite que el juez tome otras medidas, **como puede ser dejar sin efectos el acto contrato, con el fin de proteger el derecho o interés colectivo.**”*

¹⁰ Sentencia del 12 de diciembre de 2014. MP. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Exp. 11001-03-15-000-2014-00723-00(AC).



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

La anterior argumentación puede traer algún inconveniente en la práctica, ya que un contrato sin ser anulado por el juez de la acción popular, quede sin efectos de manera definitiva, pero de todas maneras existirá en la vida jurídica, por lo que el paso a seguir será solicitar su nulidad ante el juez de lo contencioso administrativo o terminarlo unilateralmente por parte de la administración, para entrar a la liquidación del mismo¹¹ (Resalta la Sala).

5. Medios de prueba aportados al proceso.

Por aporte de las partes, los coadyuvantes de la acción popular y por recaudo de oficio, se recopilaron los siguientes medios de prueba:

Dentro del expediente principal se observan:

- Acta de reunión de Junta Directiva de EMSERPA No. 11 del 26 de octubre de 2012 (fls. 18-25).
- Estudio previos para contratar el servicio de aseo (fls. 26-64).
- Resolución de apertura del proceso de contratación servicio de aseo No. 727 de 2012 (fls. 65-68).
- Convocatoria pública para contratar el servicio de aseo (fls. 69-128).
- Acta de audiencia de adjudicación contrato servicio de aseo (fls. 129-131).
- Resolución No. 750 de 2012 mediante la cual se adjudica del referido contrato (fls. 132-134).
- Contrato de operación especializada No. 135 del 26 de diciembre 2012 (fls. 135-170).
- Acta de inicio del mencionado contrato del 1 de febrero de 2013 (fls. 171).
- Agotamiento requisito de procedibilidad para interponer acción popular con su respectiva respuesta negativa (fls. 172-195).
- Respuesta de EMSERPA ESP de fecha 24 de febrero de 2015 (fls. 196-197).
- Inventario parque automotor EMAAR ESP para la recolección de basuras de fecha 20 de febrero de 2015 (fls. 198-202).
- Comunicación sobre la ubicación de los vehículos de aseo de EMSERPA ESP (fl. 203).
- Certificación del personal que laboró para EMSERPA en el servicio de aseo.
- Documentos de constitución, inscripción, RUT, y certificación laboral, de la Asociación de Recicladores de Caño Jesús (fls. 205-212).
- Documento definitivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo de EMAAR ESP (fls. 239-263).
- Licencia ambiental para la construcción y operación del relleno sanitario del municipio de Arauca (fls. 278-322).
- Registro fotográfico puesta en marcha del relleno sanitario Las Garzas (fls. 323-326).
- Contrato de arrendamiento vehículo compactador de fecha 31 de enero de 2013, celebrado entre EMSERPA y EMAAR ESP (fls. 393-395).
- Respuesta de fecha 25 de junio de 2013 a derecho de petición formulado por el actor popular como Presidente del Concejo Municipal (fls. 396-399).

¹¹ GÜECHA MEDINA, Ciro N., Contratos Administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación. Tercera edición (2015). Editorial Ibañez. Pág. 435.



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

- Concepto jurídico del municipio de Arauca, sobre la procedencia del acuerdo municipal para modificar el factor de los subsidios a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de aseo (fls. 400-402).
- Exposición de motivos y proyecto de acuerdo para modificar el factor de los subsidios a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de aseo (fls. 403-410).
- Actuación preventiva de la Procuraduría Regional de Arauca (fls. 411-412).
- Queja funcionamiento relleno sanitario formulada por habitantes de la vereda El Rosario y sector Chaparrito (fls. 413-414).
- Socialización de tarifas, catastro de usuarios y contrato de condiciones uniformes de EMAAR ESP (CD: fl. 428).
- Acta promesa de sociedad futura (fls. 429-438).
- Invitaciones a las diferentes autoridades y medios de comunicación locales, para socializar la variación de tarifas del servicio de aseo (fls. 522-539).
- Planillas de asistencia socialización (fls. 540-546).
- Formatos de entrega de elementos de dotación al personal de EMAAR ESP (fls. 557-664).
- Histórico de PQRS relacionadas con EMAAR ESP vigencias 2013 a 2015 (CD: fl. 664).
- Acta de reunión entre recicladores de Caño Jesús y EMAAR ESP., con el objeto de analizar posibilidades de apoyo institucional a la Asociación de Recicladores, de fecha 3 de julio de 2013 (fls. 669-703).
- Acta reunión Junta Directiva de EMSERPA, de fecha 28 de septiembre de 2012, con sus respectivos anexos técnicos (fls. 717-732).
- Acuerdo Municipal 026 de 1988 por el cual se crea EMSERPA, como un establecimiento público del orden municipal, autónomo administrativa, patrimonial y jurídicamente (fls. 733-737).
- Acuerdo de Junta Directiva de EMSERPA No. 003 de 2001, por el cual se modifica el Acuerdo 001 de 1997 y transforma a EMSERPA en una EICE, entre otras disposiciones (fls. 738-744).
- Acuerdo Municipal No. 200.02.009 del 6 de junio de 2015, con sus respectivos soportes, por el cual se modifica el factor de subsidios para el servicio de aseo en la vigencia fiscal 2015 (fls. 850-875).
- Quejas formuladas por residentes de la vereda El Rosario y el Sector Chaparrito de Arauca, ante CORPORINOQUIA y la UAE de Salud de Arauca con copia a la Procuraduría, sobre el relleno sanitario (961-982).
- Fotografías y videos sobre el relleno sanitario (CD: fl. 983).
- Informe de CORPORINOQUIA sobre el proceso sancionatorio ambiental que se adelanta por la operación del relleno sanitario Las Garzas, y los conceptos técnicos ambientales emitidos sobre el tema (fls. 984-1040).
- Acuerdo municipal 001 de 1997 por el cual se modifica el Acuerdo 003 de 1996 (fls. 1044-1047).
- Acta de reunión de junta directiva EMSERPA ESP, de fecha 19 de septiembre de 2012, para tomar decisiones sobre el funcionamiento de la Empresa (fls. 1054-1055).
- Acuerdo de Junta Directiva de EMSERPA ESP, por el cual se adopta el manual de contratación de la empresa (fls. 1056-1110).



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

- Testimonio del señor José de Jesús Pinzón (fls. 1114-1117). En esta declaración se allegaron los documentos obrantes a folios 1 a 113 del cuaderno confeccionado como anexo del testimonio.
- Solicitud de desacato de tutela, instaurado por el señor José de Jesús Pinzón, alegando el incumplimiento de EMAAR ESP., a los fallos de tutela en los cuales se tomaron decisiones sobre la prestación del servicio de aseo vinculando a la población recicladora de Arauca legalmente constituida.
- Reporte de la SSPD de las quejas que conoce esa Entidad por el servicio de aseo en Arauca (fls. 1140-1179).
- Estados financieros de la empresa EMAAR ESP de los años 2012 y 2013 (fls. 1181-1211).
- Auto que declara la improcedencia del incidente de desacato iniciado en contra de EMAAR ESP (fls. 1252-1257).

En el cuaderno de coadyuvancia:

- Certificación de EMSERPA en la que afirma que el contrato No. 135 de 2012 no ha sufrido modificaciones (fl. 73).
- Comunicación del Consorcio Bioambiental (firma interventora), de fecha 7 de marzo de 2016, respondiendo derecho de petición (fls. 77-89).
- Respuesta derecho de petición emitida por EMSERPA el 4 de marzo de 2016, en este escrito se informa, entre otras cosas, que EMAAR ESP presenta fallas reiteradas en la prestación del servicio de aseo (fls. 91-102).
- Informe del Consorcio Bioambiental (firma interventora), sin fecha, sobre la ejecución del contrato No. 135 de 2012 (fls. 105-119).
- Propuesta técnica presentada dentro de la convocatoria No. 005 de 2012 para la adquisición del servicio de aseo (fls. 120-244).
- Estudio de factibilidad técnica, administrativa, financiera y ambiental de EMSERPA ESP, para la prestación del servicio público de aseo de fecha 12 de agosto de 2012 (fls. 344-406).
- Procesos judiciales de cobro que distintos acreedores adelantan contra EMAAR ESP, por obligaciones dinerarias (fls. 411-433).
- Relación de embargos decretados contra EMAAR ESP, reportados a la Tesorería Municipal de Arauca (fl. 434).
- Reporte de la Oficina de Apoyo Judicial de Arauca de las demandas que enfrenta EMAAR ESP (fl. 436).
- Actas No. 200.01.024 del 18 de febrero de 2015; No. 200.01.090 del 18 de agosto de 2015; No. 200.01.132 del 21 de noviembre de 2015; No. 200.01.016 del 18 de febrero de 2014; y 200.01.085 del 25 de agosto de 2014, del Concejo Municipal de Arauca (fls. 438-545).
- Actas de Asambleas de Accionistas No. 12 y 10 de EMAAR ESP (fls. 560-575).
- Informe de Interventoría del 1 de septiembre de 2015, sobre el estado del relleno sanitario (fls. 576-592).
- Quejas de los colegios Francisco José de Caldas y General Santander por el servicio de aseo (fls. 593-594).



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

- Inicios de procedimientos para la imposición de penalidades por el incumplimiento de EMAAR ESP del contrato No. 135 de 2012, de fecha 30 de abril de 2015, 28 de agosto de 2015, 18 de septiembre de 2015, 21 de septiembre de 2015, 21 de octubre de 2015, 9 de noviembre de 2015, 30 de diciembre de 2015 y 14 de enero de 2016, con sus respectivos soportes (fls. 595-726 y 16 CDs obrantes a fls. 727-734).

6. Régimen de contratación aplicable para la prestación de servicios públicos domiciliarios.

El artículo 31 original de la Ley 142 de 1994 establecía que la operación contractual cuyo objeto fuera la prestación de los servicios públicos domiciliarios que celebraran las entidades estatales que los prestaran, estaría exenta de la Ley 80 de 1993, dejando en el campo del derecho privado este tipo de negociación. De dicho precepto normativo se concluía que, de acuerdo al sujeto contratante (entidad estatal prestadora de servicios públicos domiciliarios) y al objeto del contrato (prestación de servicios públicos domiciliarios), se podía determinar que el régimen de contratación era el privado.

No obstante, con la reforma introducida por la Ley 689 de 2001 varió la disposición normativa, especialmente al modificarse el inciso primero e introducirse un nuevo párrafo:

"Artículo 31. 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.
(...)

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

La nueva orientación legal plantea en su inciso primero la regla general de contratación que domina a las Empresas de Servicios Públicos (ESP) -cuando éstas son públicas- en el sentido de reiterar que ellas en principio no se gobiernan por el Estatuto General de Contratación, salvo que la ley disponga otra cosa; pero en su nuevo párrafo la norma precisa que se aplicará la ley general de contratación estatal, en específico, lo referente a la licitación pública, cuando un "ente territorial" contrate a las ESP para que "asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación".

Ahora bien, ¿cuál es el régimen de contratación aplicable cuando el objeto sea la prestación de un servicio público domiciliario pero el contratante no sea un ente territorial, sino una empresa de Servicios Públicos estatal? La norma aparentemente provoca una antinomia interpretativa frente a un caso como el aquí examinado, ello porque el objeto del contrato sería que el nuevo prestador (EMAAR ESP) *asuma la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios* (el servicio de aseo principalmente), lo que pudiera indicar, que debe observarse el párrafo normativo precitado que impone licitar conforme a la Ley 80 de



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

1993, pero como el contratante (EMSERPA) no es un "ente territorial¹²", sino una entidad estatal prestadora de servicios públicos, no se descartaría interpretar que se puede aplicar el inciso primero ya citado, que autoriza contratar de acuerdo al derecho privado.

Para la Sala, además de otras consideraciones adicionales posteriores, la interpretación que prevalece, es la de considerar que EMSERPA EICE ESP pese a no ser un ente territorial, debió contratar la prestación del servicio de aseo¹³ a través del proceso licitatorio consagrado en la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que para adquirir este servicio, la entidad no se comportó como empresa sino como Estado, es decir, para la consecución de este servicio EMSERPA EICE ESP desarrollaba un fin estatal *–como lo es la satisfacción del interés común a través de la prestación del servicio público¹⁴–*, sin tener que competir con otras empresas en un plano de igualdad. La aplicación del régimen de derecho privado se justifica, con la idea de darle igualdad de oportunidades a las Empresas de Servicios Públicos Estatales, siguiendo la suerte que la dinámica del mercado le ofrece a las de carácter privado (sana competencia), pues si las primeras se rigieran por el sistema de contratación pública, sus procesos de adquisición de bienes y servicios podrían ser menos céleres y restar eficacia en la concurrencia del mercado, situación contraria a la pretendida por la Ley 142 de 1994 la cual propende por impulsar la competitividad entre los prestadores, para incentivar la eficiencia, y de contera, mejorar los precios o tarifas de sus servicios en favor del usuario, *"lo cual redundaría en la universalidad, sostenibilidad y continuidad del servicio¹⁵"*.

En este caso salta a la vista que la contratación del servicio de aseo en el Municipio de Arauca comportó una actividad de interés estatal, no una estrategia de empresa, razón por la cual no se justifica acudir al derecho privado para el efecto, así que debió adelantarse el proceso de selección del oferente siguiendo las reglas de la licitación pública previstas en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas concordantes y reglamentarias.

Aquí vale resaltar que el artículo 13 de la Ley 142 de 1994 establece que los principios que contiene el capítulo I del Título preliminar de dicha ley *"se utilizarán para resolver cualquier"*

¹² De acuerdo con la Corte Constitucional: *"El artículo 286 superior, establece como entidades territoriales a los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas y, en el artículo 287 ibidem, se señala que éstos gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. El carácter de entidad territorial implica pues, el derecho a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, por último, participar en las rentas nacionales"*(Sentencia C-1051 de 2001).

¹³ Por servicio público domiciliario de aseo se entiende, a voces del artículo 14.24 de la ley 142 de 1994, *"el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos"* así como *"las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos"* y *"entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento"*.

¹⁴ La Corte Constitucional en sentencia T-540 de 1992, al explicar el alcance de las normas constitucionales en materia de servicios públicos dijo: *"los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales (artículo 2º C.P.),... la idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas..."*(se resalta).

¹⁵ C.E. Secc. III. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. MP. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten". Por consiguiente, haciendo esta labor hermenéutica se colige que de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 142 de 1994¹⁶ (norma que corresponde al capítulo mencionado), al Municipio de Arauca le compete asegurar que a sus habitantes se le preste –entre otros- el servicio público domiciliario de aseo, preocupación que fundamentó la apertura del proceso de contratación del servicio en todos sus componentes en el Municipio de Arauca, según los estudios previos del contrato (fls. 23-64); luego, EMSERPA EICE ESP -se itera- no actuaba como Empresa, sino que - en su rol de entidad pública descentralizada por servicios¹⁷- desarrollaba una atribución confiada al Municipio.

7. Solución del caso concreto.

Entre otros derechos colectivos, el demandante solicitó la protección a la moralidad administrativa, sustentado en tres razones: **i)** la falta de competencia material de la entidad contratante para celebrar el contrato No. 135 de 2012, la cual estima recaía no en la empresa de servicios públicos domiciliarios sino en el Municipio de Arauca, ente territorial que tiene a su cargo el implementar el servicio público de aseo en todos sus componentes, bien sea por el sistema de libre competencia o mediante áreas de servicios exclusivos; **ii)** la violación al principio de legalidad, selección objetiva y libertad de concurrencia, puesto que se obvió la Ley 80 de 1993, por aplicarse el procedimiento de selección regulado en el manual de contratación de EMSERPA EICE ESP, el cual no brinda las suficientes garantías para lograr la libre participación de las empresas pertenecientes al mercado; y **iii)** se incurrió en desviación de poder al celebrarse el contrato desconociendo la Ley 80 de 1993.

La jurisprudencia ha precisado que la moralidad administrativa tiene una naturaleza dual porque, al tiempo que orienta la función administrativa, también se reconoce como derecho colectivo; además, *"es un valor constitucional que, si bien lo contiene, alcanza mayor jerarquía que el de la legalidad, en tanto no se agota en éste, trasciende a valores que la sociedad reclama de la administración así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos, para el efecto la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos. Es decir se propugna por una estricta corrección que al legislador no le queda posible particularizar, pero que, en todo caso, se encuentra inmersa en el manejo de lo público y que impone a la acción popular, en cuanto mecanismo de*

¹⁶ **"Artículo 5º. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos.** Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, **aseo**, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, **por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio** en los casos previstos en el artículo siguiente"

¹⁷ "La descentralización funcional o por servicios consiste en la asignación de competencias o funciones del Estado a ciertas entidades, que se crean para ejercer una actividad especializada, tales como los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta" (sentencia C-1051 de 2001).



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

control ciudadano por excelencia para lograrlo, mayor alcance que el que se predica de las acciones de nulidad¹⁸”.

Aun cuando la moralidad administrativa englobe un concepto que va más allá de la mera noción de legalidad de la conducta estatal, el Consejo de Estado ha destacado su íntima relación:

“...la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos (...) [entre ellos] han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad¹⁹. En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que:

‘(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa^{20 21}. (Resalta la Sala).

El Municipio de Arauca, que tiene a su cargo los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, creó por medio del Acuerdo 026 de 1988 (fl. 733-737, c.4) a EMSERPA para que los prestara a su nombre y le otorgó como patrimonio, bienes, dineros municipales, tarifas y transferencias como subsidios, entre otros.

En ninguna parte del Acuerdo Municipal 026 de 1988, se le asignó la facultad a EMSERPA para desprenderse de la prestación de alguno de los servicios que se le asignaron, ni se le dio competencia para que trasladara los bienes, recursos, tarifas o transferencias como los subsidios, a terceros. Consecuente con ello y porque no podía disponer lo contrario, los Acuerdos de la Junta Directiva de EMSERPA, como el 003 de 2001, tampoco establecieron alguna normativa que pudiera posibilitar algunas de esos escenarios.

Por lo tanto, EMSERPA no podía trasladar la prestación del servicio de aseo a un tercero, así denominara el contrato como de operación especializada. Debía en todo caso, contar de manera previa con la decisión del Municipio de Arauca, a través de sus dos órganos

¹⁸ CE. Secc. III, Sentencia del 2 de diciembre de 2013 ya citada.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-913 de 2009. M.F.: Juan Carlos Henao Pérez. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. AP-166 de 2001.C.P.: Alier Hernández.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007. Exp. 35501 y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. "Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la 'moralidad administrativa' con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública".

²¹ C.E. Secc. III. Sentencia del 8 de junio de 2011. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

coadministradores, el Concejo Municipal y el Alcalde actuando en esa condición. Y como no hubo trámite ni decisión de tales autoridades que lo autorizara, vulnerando el orden jurídico a que estaba obligada, violó el derecho colectivo de la moralidad administrativa.

De otra parte y sobre la actuación que adelantó la Empresa si hubiera sido competente, para este Tribunal existen razones determinantes adicionales de las que se colige que efectivamente EMSERPA EICE ESP también infringió el derecho colectivo a la moralidad administrativa -y con ella los principios de legalidad y de selección objetiva- cuando adelantó el proceso de selección del prestador del servicio público de aseo, en tanto, como se comprueba dentro del expediente (ver convocatoria pública -fls. 69-128 cdno. ppal) y lo reconoce la misma Empresa Municipal en sus intervenciones, tal procedimiento se adelantó eludiendo el Estatuto General de Contratación Pública, para en su lugar aplicar el manual interno de contratación, que prevé el proceso de *invitación pública (numerales 12 a 12.2.3 [fls.1091-1093])* con reglas diametralmente distintas a las consagradas para la licitación pública en la Ley 80 de 1993 y demás normas que la desarrollan.

Como ya lo explicó la Sala, teniendo en cuenta el principal objeto contractual que signó el proceso de selección bajo estudio (esto es, la contratación de una empresa de servicios públicos con el objeto que asumiera la prestación del servicio público domiciliario de aseo), se debía no sólo aplicar el Estatuto General de Contratación, sino también elegir la licitación pública como modalidad de selección procedente, pues así lo impone expresamente el parágrafo único del artículo 31 de la Ley 142 de 1994. Esto sin duda verifica la afrenta a los principios de selección objetiva, de legalidad y de transparencia, este último por cuanto el proceso de contratación no se publicitó a través del SECOP como lo prevé el artículo 223 del Decreto Ley 019 de 2012²², sino que EMSERPA EICE ESP publicó los documentos del proceso a través de su portal web, como se aprecia en el cronograma descrito en la invitación pública (fls. 97-99 cdno. ppal.).

Se destaca que EMSERPA, si hubiera tenido competencia para ello, debía aplicar la norma especial sobre la materia, el parágrafo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por sobre la general, el inciso primero de ese artículo, por lo que estaba obligada a adelantar la licitación pública, pues una nueva ESP asumiría la prestación del servicio de aseo. Resulta imperioso resaltar que la contratación de las empresas de servicios públicos para que "*asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios*", debe sujetarse al Estatuto General de Contratación Estatal, y adelantarse el proceso bajo la modalidad de selección de licitación pública regulada en la Ley 80 de 1993, conforme lo estableció la Ley 689 de 2001 (artículo 3), que modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

²² "Artículo 223. Eliminación del diario único de contratación. A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicaran en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007".



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

Así que al analizar el trámite surtido en el proceso de selección que derivó en la celebración del contrato 135 de 2012, se evidencia:

i) El plazo fijado para presentar la respectiva oferta fue de 5 días calendario (ver cronograma fl. 97-99), pese a que se trataba de suplir una necesidad técnicamente compleja, hecho este que pudo restringir la participación de otros interesados.

ii) Para la contratación del servicio de aseo se publicó la convocatoria 006 de 2008 (fl. 69), sin embargo el oferente adjudicatario del contrato, cuyo documento de constitución en promesa de sociedad futura se autenticó en Notaría el mismo día de la publicación de la invitación (fl. 436), formuló la oferta dentro de la convocatoria 005 de 2008 (fl. 121 cc.), y lo hizo fue otra empresa distinta, la Empresa Multipropósito de Calarcá (fl. 124, ss).

iii) EMSERPA EICE ESP no puede mediante proceso de contratación, transferir a un tercero su responsabilidad en *"la prestación de los servicios públicos esenciales de acueducto, alcantarillado sanitario y aseo en el área urbana del municipio de Arauca"*, por tratarse de su objeto social (artículo 3 del Acuerdo Municipal No. 003 de 1997 -fl. 738), cuya modificación debe surtirse a través de un nuevo Acuerdo Municipal.

iv. Si bien los ingresos provenientes de las tarifas y subsidios forman parte del patrimonio de EMSERPA EICE ESP (artículo 6 del Acuerdo Municipal 026 de 1988 -fl. 735), su transferencia a un tercero no puede sustentarse solamente en un compromiso contractual, pues además debe autorizarse de forma previa mediante Acuerdo Municipal y por Acuerdo de la Junta Directiva de la Empresa.

v. La Junta Directiva de EMSERPA se pronunció sobre la vinculación del tercero el 26 de octubre de 2012 (fl. 18-25), y sin embargo, ya para ese mismo día el Gerente le remitió los Estudios previos del trámite de selección (fl. 26-64).

vi. El Manual de Contratación de EMSERPA no exigía que en casos de Invitación Pública, se llevara a la Junta Directiva el trámite de selección para autorización alguna; por lo tanto, se trató de legalizar la decisión ante la autoridad que no correspondía.

vii. El documentos CONPES 3463 de 2007 que invocó el Gerente ante la Junta Directiva (fl. 22), no respaldaba la decisión, pues al contrario, siempre exige la intervención y decisión del Concejo Municipal y del Alcalde (Pág. 7, 9, ss).

De esta manera, en virtud de los poderes atribuidos al Juez de la Acción Popular –cuestión cuarta de estas consideraciones- la Sala no anulará el contrato No. 135 de 2012, celebrado entre EMSERPA EICE ESP y EMAAR ESP, empero adoptará medidas efectivas para evitar la conculcación de los derechos e intereses colectivos, al comprobarse la alegada violación de los mismos.

Así, la Sala tiene suficientes argumentos para dejar sin efectos el contrato No. 135 del 26 de diciembre de 2012, celebrado entre EMSERPA EICE ESP y EMAAR SA ESP con el objeto de *"contratar un operador especializado (operador-constructor) para la prestación del*



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

servicio de aseo en todos sus componentes en el municipio de Arauca, departamento de Arauca”, tal como se dispondrá en lo resolutivo de la presente sentencia, precisando que al no decretarse su nulidad el contrato continuará existiendo, pero al perder sus efectos jurídicos, las partes no podrán ejecutarlo porque todas sus cláusulas pierden eficacia.

Igualmente debe advertirse que al no ser declarada la nulidad del negocio jurídico resulta inane estudiar si proceden las restituciones de las prestaciones mutuas, aspecto que las partes del contrato tendrán que establecer directa o judicialmente, respetando la regla consagrada en el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993²³, ya sea por aplicación directa *-si se demanda la nulidad del contrato-*, o análoga *-si se liquida en sede administrativa-*, tomando en cuenta que la falencia insalvable del proceso de contratación que aquí quedó revelada, constituye su *objeto ilícito*²⁴. El Municipio y EMSERPA velarán también por la protección del patrimonio público, al adoptar las decisiones consecuenciales y de liquidación del contrato.

Así las cosas, la Sala queda relevada de estudiar si con la celebración e incluso ejecución del contrato No. 135 de 2012 se infringen otros derechos colectivos, pues al dejársele totalmente sin efectos, por sustracción de materia se solventarían ínsitivamente los demás aspectos alegados en la demanda.

Finalmente, la Sala pasa a aclarar a partir de cuándo rigen los efectos de la presente decisión, acatando lo normado en el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, que dispone que le corresponde al Juez definir en la sentencia *“un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminará su ejecución”*; lo anterior porque si bien es cierto, en principio, la lógica jurídica aconseja que al tratarse de un contrato viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, la Corporación opte por impedir la vigencia contractual desde el momento mismo en que cobre ejecutoria la sentencia, no es menos cierto que, al advertirse que el remedio al derecho colectivo amparado (moralidad administrativa) puede engendrar consecuencias lesivas de otros intereses colectivos -como el derecho a un ambiente sano, a la salubridad, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna- de los que también se perseguía la tutela judicial mediante esta acción popular, la Sala antes de plantear debe ponderar dicha circunstancia para ofrecer una respuesta adecuada.

²³ Esta norma al reglamentar los efectos de las nulidades contractuales expresa que: *“Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”*.

²⁴ Según el tratadista Luis Guillermo Dávila Vinuesa, hay objeto ilícito *“en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación, esto es, en lo que no esté conforme a la ley, el orden público y las buenas costumbres. De manera que se presenta objeto ilícito cuando el contrato en sus prestaciones, aisladamente consideradas o en su conjunto, afecta cualquiera de los conceptos enunciados. Sería el caso en que se pretermitiera el principio general de la licitación pública (sic), se transgrede el deber de selección objetiva, se viola durante la celebración del contrato cualquiera norma imperativa y, en general, por la no realización del proceso de selección a que hubiere lugar”*. (Régimen jurídico de la contratación estatal. Tercera edición. Editorial LEGIS, pág. 746.)



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

En efecto, se encuentran en tensión, por un lado, los principios de legalidad y moralidad administrativa, frente a la prevalencia del interés general, acceso a los servicios públicos domiciliarios y prestación continua e ininterrumpida de los mismos (artículo 3 de la Ley 142 de 1994), por el otro. Estos principios serán entonces ponderados para conseguir su armonización concreta y establecer cuáles de ellos deben ceder y en qué grado ante los otros, y así establecer desde cuándo empieza a surtir efectos jurídicos esta sentencia.

Indudablemente, aplicar consecuencias inmediatas a la presente providencia traería consigo la afectación instantánea del principio de continuidad e ininterrupción del servicio público domiciliario, junto a graves problemas ambientales y sanitarios en el Municipio de Arauca, pues se paralizaría por un tiempo incierto el servicio público esencial de aseo, mientras la administración local logra recomponer la prestación del mismo.

Por consiguiente, así la decisión que aquí se adopta de amparar la moralidad administrativa revista la tutela al interés general, también lo es el garantizar la continua prestación del servicio de aseo domiciliario pues su paralización o interrupción generaría una lesión grave e intensa de bienes jurídicos colectivos como el derecho a un ambiente sano y a la salubridad públicas, de manera que a juicio de la Sala éste último (prestación del servicio de aseo domiciliario) tiene en el caso concreto un peso mayor porque su inobservancia entraña mayores sacrificios en la medida que se trata de un servicio público esencial (artículos 4, 14.21, y 14.24 de la Ley 472 de 1998) y su resarcimiento puede en un momento determinado llegar a ser un imposible ante la irreversibilidad del daño que pueda consumarse.

Por esta razón, la Sala en procura de amparar la moralidad administrativa, sin que ello implique un alto sacrificio de los demás derechos colectivos en tensión, determina que en este caso es necesario que el contrato No. 135 de 2012, pierda sus efectos a más tardar al cumplirse un año de la ejecutoria de la presente sentencia, tiempo dentro del cual deberá adelantarse el proceso de selección de Ley, liquidarse el contrato, recibir los bienes, recursos, obras y derechos que correspondan, entre otras decisiones que se deban adoptar y realizar; a partir de dicha ejecutoria y en el año siguiente, el Municipio, EMSERPA EICE ESP y EMAAR ESP deberán garantizar la continuidad y prestación eficiente del servicio de aseo; y al culminar ese lapso, el Municipio de Arauca y EMSERPA EICE ESP deberán prestar el referido servicio "*por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto (artículo 5.1 Ley 142 de 1994)*" o directamente por la administración en los casos previstos en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

8. Comité de verificación.

Siguiendo lo previsto en el inciso cuarto del artículo 34 de la Ley 472 de 1998²⁵, en esta sentencia se conformará un Comité de Verificación el cual tendrá como objetivo principal,

²⁵ Establece la norma: "*En la sentencia el juez señalará un plazo prudencia, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminará 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***



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

el velar porque la transición que deberá adelantarse sobre la prestación del servicio de aseo en el municipio de Arauca, comience tan pronto como cobre firmeza este fallo y culmine a más tardar dentro del año siguiente a su ejecutoria. Este comité estará conformado por el actor popular Daniel Alejandro Cruz Mejía, la Superintendencia de Servicios Públicos, el Municipio de Arauca, CORPORINOQUIA, EMSERPA EICE ESP, EMAAR S.A ESP, la Personera Municipal y el Procurador Regional de Arauca, quienes deberán presentar un informe trimestral sobre los avances del cumplimiento de este fallo.

9. Se exhorta a CORPORINOQUIA a adoptar las medidas preventivas o sancionatorias que considere necesarias, para garantizar la prestación eficiente del servicio de recolección, traslado y disposición final de las basuras del Municipio de Arauca, por parte del prestador actual, hasta el último día en que el contrato de operaciones especializadas No. 135 de 2012, conserve sus efectos, en procura de evitar contingencias medioambientales en cualquiera de las etapas del proceso sanitario de aseo.

10. Costas.

No habrá condena en costas por cuanto no se comprobó su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. AMPARAR el derecho colectivo a la moralidad administrativa, pretendido por Daniel Alejandro Cruz Mejía, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR que la totalidad del contrato No. 135 de 2012 celebrado entre EMSERPA EICE ESP y EMAAR S.A. ESP con el objeto de "*contratar un operador especializado (operador-constructor) para la prestación del servicio de aseo en todos sus componentes en el municipio de Arauca, departamento de Arauca*", pierde sus efectos a más tardar al cumplirse un año de la ejecutoria de la presente sentencia, tiempo dentro del cual deberá adelantarse el proceso de selección de Ley, liquidarse el contrato, recibir los bienes, recursos, obras y derechos que correspondan, entre otras decisiones que se deban adoptar y realizar; a partir de dicha ejecutoria y en el año siguiente, el Municipio, EMSERPA EICE ESP y EMAAR ESP deberán garantizar la continuidad y prestación eficiente del servicio de aseo; y al culminar ese lapso, el Municipio de Arauca y EMSERPA EICE ESP deberán prestar el referido servicio "*por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto*"

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"



Rad. No. 81001 2339 000 2015 00023 00
Daniel Alejandro Cruz Mejía
Sentencia de Primera Instancia

(artículo 5.1 Ley 142 de 1994)"o directamente por la administración en los casos previstos en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

TERCERO. CONFORMAR un Comité de verificación el cual tendrá como objetivo principal, el velar porque la transición que deberá adelantarse sobre la prestación del servicio de aseo en el municipio de Arauca, comience tan pronto como cobre firmeza este fallo y culmine a más tardar dentro del año siguiente a su ejecutoria. Este comité estará conformado por el actor popular Daniel Alejandro Cruz Mejía, la Superintendencia de Servicios Públicos, el Municipio de Arauca, CORPORINOQUIA, EMSERPA EICE ESP, EMAAR S.A ESP, la Personera Municipal y el Procurador Regional de Arauca, quienes deberán presentar un informe trimestral sobre los avances del cumplimiento de este fallo.

CUARTO. EXHORTAR a CORPORINOQUIA a adoptar las medidas preventivas o sancionatorias que considere necesarias, para garantizar la prestación eficiente del servicio de recolección, traslado y disposición final de las basuras del Municipio de Arauca, por parte del prestador actual, hasta el último día en que el contrato de operaciones especializadas No. 135 de 2012, conserve sus efectos, en procura de evitar contingencias medioambientales en cualquiera de las etapas del proceso sanitario de aseo.

QUINTO. NO CONDENAR en costas en esta instancia.

Esta sentencia fue aprobada por la Sala extraordinaria en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada

LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado