

Señores
Consejo de Estado
Sala de lo Contencioso Administrativo
Sección Quinta
Dra. ROCIO ARAUJO OÑATE
Magistrada (e)
Ciudad

Radicación: 11001-03-15-000-2021-04226-00 (AC)
Asunto: Impugnación de sentencia de tutela
Accionante: UNIÓN TEMPORAL DISICO – PROING – CYG Y OTROS
Accionada: UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS

ALONSO DE LA PAVA VÉLEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderado especial de la UNIÓN TEMPORAL DISICO – PROING – CYG y sus miembros (en adelante el “Contratista” o la “UT”), como consta en los poderes que obran en el expediente, me permito formular impugnación en contra de la sentencia de tutela proferida por su H. Despacho el 26 de agosto de 2021, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

1. El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 dispone lo siguiente sobre la oportunidad para impugnar los fallos de tutela:

“Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.”

2. Para el caso concreto se tiene que la sentencia de tutela del 26 de agosto de 2021 fue notificada a la parte actora el día 30 de agosto de 2021.

3. En consecuencia, el término para presentar la impugnación contra dicha providencia ha corrido entre el 31 de agosto de 2021 y el 2 de septiembre del mismo año, motivo por el cual este documento se presenta en tiempo.

II. LA SENTENCIA QUE SE IMPUGNA

1. En fallo del 26 de agosto de 2021 el H. Despacho de la Magistrada Rocio Araujo Oñate (E) resolvió, entre otras, lo siguiente:

“**SEGUNDO: DECLARAR** improcedente el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia deprecados por la **Unión Temporal Disico – Proing – CYG**, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.” (Mayúsculas sostenidas y negrilla del texto original).

2. Para sustentar tal determinación se expuso lo siguiente en la parte motiva del fallo:

“84. La Sala advierte que la presente acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad para su procedencia, por los argumentos que a continuación se exponen.

(...)

87. Así pues, siguiendo la línea argumentativa y jurisprudencial planteada por la Corte Constitucional, la accionante debe demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que sustente el motivo por el cual accede a este medio de defensa constitucional y no al procedimiento ordinario, esto es a la acción de reparación directa.

88. Al respecto, la accionante manifestó que el medio de control de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de toda idoneidad para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, toda vez que la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca hizo tránsito a cosa juzgada, lo cual a la hora de dictar el fallo al interior del medio de control, no va a desconocer, tornando nugatorio el derecho al acceso a la administración de justicia, existiendo un pre-juzgamiento que ahonda en un perjuicio irremediable.

89. En igual sentido, manifestó que debido a la elevada cuantía a que ascienden las dotaciones en cuestión y la refinanciación de las obligaciones financieras, han generado cuantiosos intereses de plazo y moratorios sobre estas, afectando gravemente el capital de trabajo y la estabilidad de las empresas parte de la Unión Temporal.

90. Sin embargo, tales apreciaciones no resultan suficientes para determinar la inminencia de un perjuicio irremediable, ya que de la sola manifestación de la ocurrencia de este no se puede concluir que se origine. Más aún cuando la improbación del acuerdo conciliatorio no ata al juez contencioso a resolver en determinado sentido, ya que la resolución al interior del proceso depende de lo debidamente probado, sumado a que de los documentos obrantes en el plenario no se encuentran demostradas las mencionadas consecuencias de índole financieras.

91. Por lo anterior, esta Sala considera que en sede de tutela no es procedente pronunciarse sobre el fondo del asunto en cuestión, pues ello implicaría trascender la órbita constitucional e invadir la esfera de competencia del juez natural de la controversia. Esto, en la medida en que el amparo constitucional procede de manera excepcional y como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, siempre y cuando se compruebe o sea posible avizorar la inminencia de un perjuicio irremediable.” (Subrayas por fuera del texto)

III. ARGUMENTOS EN LOS QUE SE SUSTENTA LA IMPUGNACIÓN

1. Obligar la Accionante a agotar un mecanismo judicial ante el mismo juez que con su decisión vulneró derechos fundamentales y que lo reiteró así al decidir el recurso de reposición no es otra cosa que privilegiar la justicia formal sobre la justicia material

1.1. Si bien es cierto, como lo advierte el juez de instancia que la UT podría aún acudir al medio de control de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para perseguir la efectividad de sus derechos, lo cierto es que este mecanismo pierde toda su idoneidad para garantizar los derechos de los Accionantes, por cuanto:

- (i) Eventualmente¹ sería el mismo Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el encargado de su revisión, con lo que resulta claro que la decisión estaría prácticamente definida y, si bien no se puede hablar de pre-juzgamiento, ya existe una decisión de dicha corporación de la que difícilmente se podrá desligar.
- (ii) Más aún, al contestar la misma tutela, el propio Tribunal Administrativo del Valle se opuso a la misma, defendió su decisión y calificó las solicitudes y argumentos de la UT como una “exceso ritual manifiesto”.
- (iii) Además, como ya se dijo, el término para obtener una decisión definitiva puede superar los diez (10) años, que se sumarían a los más de tres (3) años que ya se tomó el Tribunal Administrativo para decidir sobre el Acuerdo Conciliatorio, lo que obliga a la UT a soportar por mucho más tiempo el cuantioso egreso económico en que incurrió para poder ejecutar las dotaciones que tienen ya casi cuatro (4) años de haberse entregado a la Entidad.

1.2. De allí que continuar esperando por una decisión de la justicia cuando existe un Acuerdo Conciliatorio de por medio, avalado por el propio Ministerio Público, sumado al reconocimiento del mismo Tribunal sobre la existencia de la “imposición”² y al concepto favorable proferido por la Procuraduría General de la Nación en este proceso, resulta un exabrupto que genera un evidente perjuicio económico que sería irremediable de tener que continuar esperando a una decisión final de la justicia.

1.3. Por lo anterior, se solicita al H. Juez de instancia revocar la sentencia del 26 de agosto de 2021 para en su lugar acceder a las pretensiones formuladas en el escrito de tutela.

¹ De conformidad con las reglas de competencia por razón del territorio establecidas en el artículo 156 del CPACA.

² Como se dijo, el Auto de 27 de enero de 2020 reconoce expresamente que “se advierte que la UNIÓN TEMPORAL DISICO PROING-CYG actuó por orden e imposición de la USPEC”.

2. La amenaza de un perjuicio irremediable no sólo se concreta en la posibilidad de quiebra de la UT y sus miembros

2.1. Tal como se señaló en la demanda de tutela, de forma excepcional, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la acción de tutela en contra los autos que efectúan el control de validez de los acuerdos conciliatorios con entidades públicas es procedente ante la existencia de un perjuicio irremediable:

“(…) se trata de una providencia que se profiere para agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación, con el fin de acceder a un proceso judicial, de manera que sería preciso dar inicio al proceso correspondiente para que sea el juez competente quien resuelva de fondo el asunto sometido a su conocimiento en el marco del trámite previsto por el ordenamiento para el efecto. No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita **(i) que el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”**³ (Negrilla por fuera del texto).

2.2. La H. Corte Constitucional ha definido el “perjuicio irremediable” así:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser imposterables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”⁴. (Negrilla por fuera del texto).

2.3. En el presente caso se tiene que:

- (i) Ya se agotó el recurso de reposición como único medio de defensa por el cual la UT podía controvertir el Auto de 27 de enero de 2020;
- (ii) NO es procedente la interposición de ningún recurso extraordinario como el de revisión o el de unificación de jurisprudencia, por cuanto estos sólo resultan procedentes frente a sentencias, de conformidad con las reglas vigentes en la Ley 1437 de 2011;
- (iii) Para ejecutar las dotaciones se invirtieron \$2.576.747.143 que han debido ser soportados a través de la refinanciación de obligaciones financieras, causando

³ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (24 de junio de 2018) Sentencia T-296 de 2018. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado]

⁴ Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (12 de mayo de 2017) Sentencia T-318 de 2017. [MP. Antonio José Lizarazo Ocampo]

cuantiosos intereses de plazo y moratorios sobre tales obligaciones, que se continúan generando y que afectan gravemente el capital de trabajo y la estabilidad de las empresas parte de la UT accionante.

Todo lo anterior se evidencia en las certificaciones contables y de revisoría fiscal que fueron aportadas junto con el escrito de tutela y respecto de las cuales el fallo de primera instancia no se pronunció ni analizó.

- (iv) El hecho de que la UT no pueda recibir en el corto plazo los recursos que salieron de su patrimonio, sumado a los demás perjuicios que se derivaron de la ejecución del Contrato para la UT⁵, genera una dificultad financiera mayúscula para esta y sus miembros, que se verían privados de la posibilidad de obtener el pago oportuno de actividades debidamente ejecutadas y recibidas; pago del que depende el desarrollo de otros proyectos, el pago de las deudas financieras y sus intereses y, por ende, la estabilidad de diferentes empleos y negocios.

2.4. Empero, la sentencia de instancia desestimó los anteriores argumentos sin mayor sustento al exponer lo siguiente:

“Sin embargo, tales apreciaciones no resultan suficientes para determinar la inminencia de un perjuicio irremediable, **ya que de la sola manifestación de la ocurrencia de este no se puede concluir que se origine**. Más aún cuando la improbabación del acuerdo conciliatorio no ata al juez contencioso a resolver en determinado sentido, ya que la resolución al interior del proceso depende de lo debidamente probado, sumado a que de los documentos obrantes en el plenario no se encuentran demostradas las mencionadas consecuencias de índole financieras.” (Negrilla por fuera del texto).

2.5. Así las cosas el juez de instancia parece omitir que a pesar de que la decisión de improbar el acuerdo conciliatorio no ata al juez contencioso administrativo, es evidente que la UT y sus miembros se han visto obligados a soportar una dificultad financiera mayúscula como consecuencia de la inversión de más de \$2.576.747.143; inversión que es innegable e incuestionable, pues, entre otras, la misma Entidad reconoció que esa era la suma a pagar a la UT (suma que ni siquiera consideró los gastos administrativos asociados a dichas instalaciones).

2.6. Se trata además de una suma que ha debido ser soportada exclusivamente por la UT y sus miembros, lo cual, como ya se dijo, les ha generado dificultades graves e inminentes para el flujo de caja, el pago de las deudas financieras y sus intereses y, por ende, para la estabilidad de diferentes empleos y negocios. Y si bien es cierto que esto no ha llevado a las empresas a la quiebra, ni ha generado la imposibilidad de adelantar su objeto social, esto no implica que esto no se constituya en un perjuicio económico grave e irremediable que deba ser atendido por vía

⁵ La UT debió iniciar demanda por el medio de controversias contractuales en contra de la USPEC por incumplimientos de dicha Entidad. El proceso se identifica con el número 76001233300020200081100 y cursa ante el mismo Tribunal Administrativo del Valle. Cabe advertir que la demanda se radicó hace casi doce (12) meses, sin que se tenga si quiera un pronunciamiento sobre la admisión de la misma.

de la tutela. Es por lo anterior que se requieren medidas urgentes e impostergables para evitar una afectación mayor a la economía de la UT y sus miembros.

2.7. Es más, cuando se afirma que no hay prueba de la afectación económica de la UT y sus miembros se ignora de forma flagrante el contenido de las certificaciones contables y de revisoría fiscal que fueron aportadas en el libelo introductorio a través del siguiente enlace: https://drive.google.com/drive/folders/1RPdTUFh4EQ3Ez9Ao_Fios2-YKxdGW2p-. Es decir, no se trató de “la sola manifestación de la ocurrencia” de un posible perjuicio irremediable como lo dice el *a quo*, sino que, por el contrario, la amenaza de que tal perjuicio se concrete fue acreditada probatoriamente.

2.8. Luego, tres cosas resultan evidentes:

- (i) Que de conformidad con las certificaciones contables y tributarias SÍ hay una afectación grave e inminente a la economía de la UT y sus miembros, la cual se concreta en la afectación de su flujo de caja, el pago de las deudas financieras y sus intereses y, por ende, para la estabilidad de diferentes empleos y negocios.
- (ii) Que dicha afectación requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar una afectación mayor a la economía de la UT y sus miembros.
- (iii) Que a pesar de que el riesgo de que se concrete un perjuicio irremediable para la economía de la UT y sus miembros está acreditado probatoriamente el *a quo* ha optado por la vía facilista de negar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso en la que incurrió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca bajo la supuesta inexistencia de tal amenaza, manifestando que se trataba de una mera afirmación de la Accionante sin revisar el material probatorio puesto a su disposición.

Así, además, el *a quo* evitó tener que entrar en el choque evidente de tener que juzgar el defectuoso actuar del Tribunal Administrativo del Valle que daba lugar a conceder el amparo solicitado.

2.9. Por lo anterior, se solicita al H. Juez de instancia revocar la sentencia del 26 de agosto de 2021 para en su lugar acceder a las pretensiones formuladas en el escrito de tutela.

3. La UT actuó de conformidad con los postulados de la buena fe objetiva y calificada al adquirir e instalar los elementos que hacían parte de la dotación

3.1. Finalmente, sería igualmente lesivo de los postulados constitucionales de acceso a la justicia y debido proceso el obligar a la UT a tener que recorrer el camino de un proceso de

reparación directa cuando la UT actuó de conformidad con los postulados de la buena fe objetiva y calificada:

- (i) La Dirección General de la USPEC y la Dirección de Infraestructura instaron a la UT a iniciar la compra de los elementos que hacían parte de la dotación.
- (ii) No fueron sólo imposiciones o solicitudes “verbales”. En las reuniones sostenidas entre las Partes los funcionarios de la USPEC le mostraron a la UT que se habían iniciado ya los trámites de la prórroga y de la consecución del CDP (que finalmente se obtuvo el 6 de octubre de 2017), tal como lo prueba el Memorando Interno de 28 de julio de 2017, que se aportó ante el Tribunal Administrativo del Valle, pero sobre el cual no hubo ningún tipo de análisis.
- (iii) Adicionalmente, entre las Partes se adelantó la fijación de los precios para las actividades, como quedó contenido en la Actas de Fijación de Precios No. 8 y 9, sobre las que el Tribunal Administrativo del Valle no hace ningún análisis.
- (iv) La USPEC dio todos los pasos para blindar de “contractualidad” la ejecución de las obras que había ordenado a la UT iniciar a ejecutar, dada la “necesidad apremiante” de contar con tales dotaciones y, además, bajo la promesa de que las mismas se pagarían contractualmente.
- (v) De hecho, no sólo los documentos antes mencionados son prueba de ello, sino que la propia USPEC en el Acta del Comité de Conciliación de 24 de noviembre de 2017 reconoce expresamente lo siguiente:

“Que por orden de la USPEC y ante la necesidad apremiante de entregar el ERON completamente funcional y dotado lo más pronto posible, toda vez que la situación de hacinamiento carcelario que actualmente presenta el país así lo demandaba, la Unión Temporal inició el proceso de compra, importación e instalación de los equipos y elementos indispensables para la dotación (...) bajo el entendimiento y confianza por parte del Contratista que el otro sí se suscribiría oportunamente, toda vez que así se lo había manifestado la USPEC.”

- (vi) Y sumado a todo lo anterior, se utilizó a la fuerza pública para impedirle al contratista el retiro de las dotaciones, obligándole a conciliar y sin darle la oportunidad de mitigar la situación en la que actualmente se encuentra.

3.2. Bajo este entendido, es claro que la UT ejecutó la totalidad de las actividades de compra, importación, y suministro de las dotaciones de buena fe y en aras de colaborar⁶ con la Entidad, pues la propia USPEC le presentó los documentos que evidenciaban que dicha Entidad había iniciado los trámites necesarios para prorrogar y adicionar el Contrato, por lo que la UT actuaba

⁶ Postulado legal impuesto por los artículos 3 y 5 (numeral 2) de la Ley 80 de 1993.

con la confianza legítima de que las obras no sólo eran necesarias, indispensables y que atendían razones humanitarias y de derechos fundamentales, sino que, además, eran contractuales y, como tales, serían debida y oportunamente pagadas.

3.3. Por ende, es palmario que existe buena fe objetiva y calificada en las actuaciones desplegadas por la USPEC, lo cual, sumado al hecho de que la decisión del Tribunal de improbar el Acuerdo Conciliatorio afecta de manera ostensible la estabilidad financiera de la UT y sus miembros, demuestra la existencia de un perjuicio irremediable que habilita el ejercicio de esta acción constitucional ante los defectos de los que adolecen los Autos de 27 de enero de 2020 y 12 de abril de 2021.

3.4. Asumir una posición en sentido contrario implicaría necesariamente consentir que a pesar de la existencia de un acuerdo conciliatorio y de la buena fe objetiva y calificada en la ejecución de proyectos estatales las entidades, de forma espuria, defrauden la confianza que los contratistas depositan en ellas para despojarlos de los derechos que les asisten para la adecuada consecución de sus fines.

IV. SOLICITUD

Corolario de todo lo anterior, se solicita respetuosamente a la H. Corporación revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones formuladas en la demanda de tutela.

* * *

Atentamente,



ALONSO DE LA PAVA VÉLEZ
CC.80.882.981 de Bogotá D.C.
T.P. 162.095 del C.S. de la J.