

ACCION POPULAR - Jurisdicción contencioso administrativa / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Acción popular / ACCION POPULAR - Contrato estatal / ACCION POPULAR - Pretensiones

Antes de abordar el estudio del recurso es necesario aclarar que esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sí tiene competencia para conocer del juicio popular iniciado por los señores Cesar Augusto Rodríguez Piedrahita contra el Municipio de Cali y las Empresas Municipales de Cali EMCALI, teniendo en cuenta, en primer lugar, que el asunto versa sobre la vulneración y amenaza del derecho colectivo a la moralidad y, en segundo lugar, que las afirmadas vulneración y amenaza provienen, según se asevera en la demanda, de conductas de acción y de omisión de la Administración Pública en relación con el contrato de obra pública 60 - 505/97 ALC celebrado entre EMCALI y el CONSORCIO mencionado porque tal contrato es estatal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 32 y 75 de la ley 80 de 1993. Además el Municipio de Cali y EMCALI tienen la condición de ser entidades públicas tienen la indiscutible naturaleza de entidades públicas, dentro de la clasificación de entidades públicas previstas en la Constitución, en la ley 489 de 1993 como en la ley 80 de 1993 (art. 1º) y las conductas reprochadas, desde el punto de vista de amenaza o vulneración de derechos colectivos, se enunciaron como “actos, acciones y omisiones”, las cuales son susceptibles de tenerse como causa jurídica del ejercicio de las acciones populares, como acaba de verse en el artículo 15. Se recalca entonces que las acciones populares pueden suscitarse con fundamento en cualquiera de esas conductas, eso sí con la finalidad de proteger los derechos e intereses colectivos. Dicha ley señala que las acciones populares tienen por objeto (art 4º) proteger y defender los intereses y derechos colectivos; y que las conductas que dan lugar a su ejercicio ante esta jurisdicción de lo Contencioso Administrativo están referidas, por regla general, a las de acción o de omisión de las personas en ejercicio de la función administrativa, sin ninguna distinción y por lo tanto sin limitante siempre y cuando la finalidad de la pretensión tenga que ver con derechos e intereses colectivos. De esos mismos textos legales se advierte qué tipo de pretensiones pueden perseguirse en ejercicio de la acción: -evitar el daño contingente; -hacer cesar el peligro, o la amenaza o la vulneración sobre los derechos o intereses colectivos; -restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 75

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Contratación estatal / CONTRATACION ESTATAL - Moralidad administrativa / PRINCIPIO DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Acción popular / DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Acción popular

EL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA tienen su razón de ser en el marco de la función administrativa sujeta constitucionalmente a una serie de principios que se dirigen a garantizar el cumplimiento del Estado a los fines para los cuales fue instituido; es así como dentro de los principios que enmarcan esa actividad están además del igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, el de la moralidad (art. 209 C. N). Los principios anteriores regulan todo el campo de acción de la Administración Pública material y adquieren una importancia especial tratándose de la contratación estatal, porque en esta dinámica oficial se ejecuta la mayor parte del presupuesto público. Es así como el artículo 23 de la ley 80 de 1993 sujeta las actuaciones de los que intervengan en la contratación estatal a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y somete igualmente a los que los infrinjan a drásticas

sanciones (arts. 50 a 59 ibídem). La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 40 y 55 de la ley 472 de 1998, se refirió al “principio de la moralidad administrativa” en la contratación estatal y destacó los alcances de la responsabilidad del agente estatal en las acciones populares como mecanismo de protección de los recursos presupuestales de la Nación. Y la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido en oportunidades anteriores a la moralidad como principio y derecho colectivo, en las cuales ha precisado los siguientes puntos: primero: Que el derecho colectivo “a la moralidad administrativa”, contenido en el artículo 4 de la ley 472 de 1998, se asimila a lo que en derecho penal se ha denominado como norma en blanco por contener elementos cuya definición se encuentra o se debería encontrar, en otras disposiciones, y que para verificar su posible amenaza o vulneración en un caso es necesario acudir al desarrollo específico y concreto que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio. Segundo Que teniendo en cuenta el carácter básicamente legislado del Derecho Colombiano, el estudio que debe efectuarse sobre la moralidad administrativa en las acciones populares no está encaminado a hacer un juicio volitivo o de conciencia sobre la actuación del funcionario o del Estado, pues lo perseguido a través de esta acción es la protección del derecho a la moralidad administrativa, donde la evaluación de la conducta de la autoridad sólo puede hacerse bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada por los principios constitucionales y las normas jurídicas. Y entonces para que pueda hablarse de vulneración a tal derecho colectivo, debe existir necesariamente una trasgresión al ordenamiento jurídico además de otros elementos adicionales, porque no toda ilegalidad atenta contra dicho derecho, debiendo probarse también la mala fe de la Administración y la vulneración a otros derechos colectivos. Nota de Relatoría: Ver sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 23 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 40 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 50 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 51 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 52 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 53 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 54 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 55 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 56 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 57 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 58 / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 59

CONTRATACION ESTATAL - Principio de transparencia / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Contratación estatal / SELECCION OBJETIVA DEL CONTRATISTA - Contratación directa / CONTRATACION DIRECTA - Selección del contratista

En tal sentido el Estatuto Contractual, contenido en la ley 80 de 1993, prevé dentro de los principios que rigen la contratación estatal, el de transparencia; señala que la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso salvo en los casos que pasa a relacionar en que la Administración puede contratar directamente, como cuando la licitación o concurso ha sido declarado desierto (lit. g de artículo 24 de la ley 80 de 1993). El mecanismo de contratación directa fue objeto de reglamentación en el decreto 855 de 1994, en el cual se dispuso que el Jefe de la entidad estatal debe ajustarse y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva establecidos en la ley 80 de 1993, según el cual es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento que sea más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, debiendo entenderse como ofrecimiento más favorable aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia -cumplimiento, experiencia, organización equipos, plazos, precio- y la ponderación precisa y

detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia “() o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa ()”, resulta ser el más ventajoso para la entidad (artículos 2 del decreto reglamentario 855 de 1994 y 29 de la ley 80 de 1993). Se indicó igualmente que en caso de declaratoria de desierta de una licitación, la entidad estatal podría contratar directamente, sin necesidad de obtener previamente ofertas “() teniendo en cuenta los precios del mercado, y si el del caso, los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado directamente o a través de organismos consultores o asesores designados para ello”, que no podría contratar directamente con las personas que hubieren presentado en la licitación propuestas que se hubieren considerado artificialmente bajas y que en todo caso la entidad no podría variar el objeto del contrato proyectado o modificar sustancialmente los términos de referencia (art. 12 decreto 855/94).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 LITERAL G / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 29 / DECRETO 855 DE 1994 - ARTICULO 2

ACCION POPULAR - Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - Acción popular

En tales condiciones el hecho afirmado definitivamente en la demanda no fue sustentado probatoriamente por el actor, a quien le correspondía de acuerdo con las reglas probatorias vigentes en materia de acción popular, probar el supuesto de hecho de las disposiciones que contemplan las consecuencias perseguidas. Tratándose de acciones populares la carga de la prueba le corresponde al actor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 472 de 1998, que señala que si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no puede ser cumplida el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los medios probatorios pertinentes, situación que no se presentó en este caso.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 30

ADICION DEL CONTRATO - Diferente a mayor cantidad de obra / CONTRATO ADICIONAL - Diferente a adición del contrato / CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Modalidades de pago / CONTRATO A PRECIO FIJO - Definición / PRECIO DEL CONTRATO - Contrato de obra pública / CONTRATO A PRECIO UNITARIO - Definición

La ley 80 de 1993 prevé que los contratos que celebren las entidades estatales no podrían adicionarse en más del cincuenta por ciento (50;) de su valor inicial. Ahora para saber si frente a un caso determinado existe “adición del contrato” en cuanto al valor estipulado en él, es preciso diferenciar las diferentes modalidades de pago que pueden ser pactadas en un contrato de obra pública, distinguiéndose las atinentes, al precio global o precio alzado, los precios unitarios, la Administración delegada, la concesión, la llave en mano o cualquier otra forma mixta que quieran acordar las partes. El contrato a precio fijo como lo señalaba el anterior Estatuto Contractual decreto ley 222 de 1983 (el nuevo no lo define) es aquel en el “() que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación del personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos ()”. La doctrina advierte que si se acuerda suma fija como remuneración no puede modificarse dicho pacto “()

salvo que llegaren a darse circunstancias que justifiquen la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades o contrato adicional que modifique el precio pactado” y que en caso de acordarse ajustes de precios, ello no implica un cambio sino una simple actualización del precio. En tanto que las restantes modalidades de pago, a precio indeterminado pero determinable, el precio estipulado en el contrato se constituye en un simple cálculo sobre el valor probable del mismo, no obligatorio para las partes, destacándose por ser pertinente para este estudio el contrato pactado a precios unitarios. El contrato a precio unitario fue definido también en el anterior Estatuto Contractual como aquel en el que “() se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije” (art. 89 dcr. 222/83). Teniendo en cuenta lo anterior, no puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, la adición del contrato a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, de las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente durante la ejecución del contrato. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 8 de julio de 2002 exp 22178

REVISION DE PRECIOS - Mecanismo de preservación de la equivalencia económica del contrato

La Sala advierte que la revisión de precios en sí misma considerada se aviene al ordenamiento jurídico, pues la ley 80 de 1993 la contempla como mecanismo para la preservación de la equivalencia económica del contrato y en EL ART 4 NUM 8. En armonía con esa disposición, al momento de celebrar el contrato de obra PTAR-C, las partes pactaron reajuste de precios y acordaron la fórmula matemática con fundamento en la cual se procedería a hacer el correspondiente ajuste.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 4 NUMERAL 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 76001-23-31-000-2002-01164-01(AP)

Actor: CESAR AUGUSTO RODRIGUEZ PIEDRAHITA Y OTRO

Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTRO

Referencia: ACCION POPULAR

I. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (Sala Sexta de Decisión), el día 23 de abril de 2003, mediante la cual se hicieron las siguientes declaraciones:

“1. Declarar probada la excepción propuesta por el Municipio de Santiago de Cali, de falta de legitimación en la causa por pasiva, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

2. Negar las pretensiones de la demanda” (fols. 482 a 516 c. ppal).

II. ANTECEDENTES

A. DEMANDA:

La presentaron los señores Cesar Augusto Rodríguez Piedrahita y William Arley Escobar Holguín el día 22 marzo de 2002 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y fue dirigida frente a varias entidades públicas: el Municipio de Cali y las Empresas Municipales de Cali E. I. C., E.S.P, “EMCALI” (fols. 121 a 140 c. ppal).

1. PRETENSIONES:

“1. Se declare la violación al derecho e interés colectivo de la moral administrativa de los habitantes de Cali y el Valle del Cauca, como consecuencia lógica de los hechos anteriormente expuestos.

2. Se declare responsable al Municipio de Cali, representado actualmente por el señor Alcalde Jhon Maro Rodríguez Flórez, ó quien se demuestre dentro del proceso, como causante de la vulneración del derecho colectivo a la moral administrativa, por la pérdida de recursos en la construcción de la PTAR.

3. Se ordene de inmediato la entrega de todos los recursos producto del menoscabo patrimonial sufrido por la ciudad a cargo del responsable con las correspondientes actualizaciones indexaciones e intereses.

4. Se prevenga al Municipio de Cali para que dichos actos de sobre costos e irregularidades no continúen, de tal forma que se tomen las medidas necesarias para que esta situación no se vuelva a repetir.

5. Se conforme un comité constituido por Veedurías ciudadanas asociaciones de comuneros y las juntas de acción comunal grupos o asociaciones que representen la población vulnerable de la ciudad, de O. N. G. ‘s, u organizaciones internacionales que muestren interés sobre el tema. Con el

propósito que realicen una verificación y seguimiento al cumplimiento de la sentencia o pacto de cumplimiento según sea el caso conforme a lo establecido en el artículo 34 de la ley 472 de 1999

6. Se reconozca en favor de los actores populares un incentivo equivalente al quince por ciento (15%) de la totalidad de los dineros que sean entregados y recuperados por la acción del responsable conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998; y en caso de retardo en el pago se deberán los intereses comerciales desde la fecha de ejecutoria del fallo y transcurridos seis (6) meses los de mora.

2. HECHOS:

1. Como consecuencia de negociaciones diplomáticas sostenidas entre los gobiernos del Japón y Colombia en el año 1985, se firmó el acuerdo de préstamo (Loan Agreement) No. CLP3 entre el Overseas Economic Cooperation Fund del Japón (OECF) y EMCALI, de fecha 12 de mayo de 1986.

2.El consorcio consultor NITOGOI 1er Contrato: Previo el Concurso Privado de Méritos GPM-27-86, EMCALI celebró el Contrato No. GP-27-88-AC.C., en julio 05/88, bajo la normatividad legal del decreto 222 de febrero 02/83, con el denominado consorcio Consultor NITOGOI para ser pagado con fondos del Empréstito CL-P3 del OECF con plazo de 53 meses calendarios y por un valor de \$2.205.135.731.00, más gastos reembolsables y reajustes con el objetivo, entre otros, de diseñar la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo. Entre las actividades discriminadas y que aparecen en el cuadro de programación de las de Alcantarillados, se indicó lo correspondiente a la PTARQ así: a) Diseños, planos, documentos de licitación. b) Licitación suministros y obra civil c) Evaluación de ofertas d) Adjudicación Contratación.

2.1. NITOGOI 2do. Contrato : En enero 02/97, EMCALI celebró otro contrato con el consorcio consultor NITOGOI, el No GO-008-96-C-ALC-PTARC, mediante contratación directa, bajo la normatividad legal de la ley 80/93. Plazo estimado de 41 meses calendarios; valor \$7.421'781.685.00 mas gastos reembolsables y reajustes de 4.4% anual sobre la porción en Yenes (55% aprox.), más \$1.187.485.075,00 por IVA, más \$530.052.891 por rebase más estampillas Univalle Prodesarrollo y ornato timbre e industria y comercio más \$2.650.242. 905,00 por impuestos de renta y remesa para la porción extranjera “el valor del presente contrato se cotiza en dólares pagaderos en pesos colombianos con el propósito de mantener el valor adquisitivo del dinero y por lo tanto EMCALI no pagará reajustes» (Cláusula Novena). El objeto estipulado es la consultoría Técnica para la implementación de las obras, entre ellas la PTARC, financiadas con fondos provenientes del Acuerdo de Préstamo CL-P3.

2.2. Orden de Cambio: En abril 29/97, las partes suscribieron la Orden de Cambio No. 1 con el objeto de modificar el Anexo No. 3 incluyendo las partidas para subsidio de estadía del personal extranjero visitante y el valor de las comunicaciones Tokio - Japón.

2.3.Otrosí: Por medio del OTROSÍ No. 1, las partes modificaron el contrato

GO - 008 - 96 - ALC - PTAR, por haberse atrasado la iniciación de la construcción de la Planta de tratamiento de aguas residuales y por no haber aportado EMCALI e. i. c.e. el apoyo logístico estipulado en parágrafo segundo de la Cláusula Cuarta. Se incremento el valor fiscal del contrato en \$1.483.130.437,57.

2.4.El Consultor P. I. U. Ltda. (Primer contrato): a finales de 1995, EMCALI celebró el contrato No.1 GO-002-95-C-ALC. con el consultor P.I.U. Ltda (Unidad de implementación de Proyectos), mediante contratación directa, para ser pagado con fondos del Empréstito CL-P3 del OECF. Plazo acordado de 10 meses calendarios, valor \$958.592.022,66 más el valor de los impuestos que se llegaren a causar. El objeto estipulado fue ejecutar la coordinación y asistencia en la organización, dirección, alineación y control de los recursos y la coordinación de las actividades administrativas, técnicas y financieras entre los diferentes entes participantes en el proyecto desde que se licite y se contrate la ejecución de la PTARC, en particular la asistencia técnica en la revisión, adecuación y complementación de los diseños, los pliegos y en el proceso de Licitación; en otras palabras para adelantar una Gerencia del Proyecto.

2.5.El Consultor P.U.I. Ltda. 2do. Contrato: En diciembre 20/96 EMCALI, suscribió un nuevo contrato con el Consultor P .I. U. Ltda., distinguido con el No. GO-009-C-ALC., mediante contratación directa, plazo estimado 42 meses; valor \$2.632.697. 808.00 más \$421231.649.28 por IVA, más \$329.0870226,00 por refoente más estampillas Univalle, Prodesarrollo y Ornato. El objeto estipulado es la Consultoría Técnica para la implementación de las obras, entre ellas la PTARC, financiadas con fondos provenientes del Acuerdo de Préstamo CL-P3. El objeto estipulado fue ejecutar la coordinación y asistencia administrativa para la organización, dirección, planeación y construcción de los recursos del proyecto de la PTARC; en particular, en la implementación de términos de referencia del Pliego de Licitación.

2.6.Otrosí: Por medio del OTROSÍ No1, las partes modificaron el Contrato GO-009-96-ALC-PTARC, en lo relativo a la cláusula Décima Quinta debido a que El Contratista no ha recibido pagos por no haberse aún iniciado la Construcción de la Planta de Tratamiento de aguas residuales Se incrementó el valor fiscal del contrato en US \$90.480.00 pagaderos en dos contados.

2.7.Otros contratos relacionados con la PTARC: En la investigación que actualmente adelanta la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE CALI, según Acto de Apertura No. 040 relativo al expediente SIFC- 068-97, se da cuenta de unos treinta y dos (32) contratos celebrados por EMCALI con diversos consultores, interventores y contratistas, con el objeto de acometer labores directamente relacionadas, de alguna manera, con estudios, diseños, pliegos de condiciones, interventorías, gerencias de proyecto y limpieza del área que ha de ocupar la Planta de Tratamiento de aguas residuales.

2.8.Pronunciamiento del DAGMA En febrero 20 de 1996 el Departamento Administrativo de gestión del medio ambiente expidió certificación de cumplimiento de las disposiciones y regulaciones ambientales en el programa de descontaminación del Río Cauca.

EL PROCESO DE SELECCIÓN:

2.9. Pre-Calificación: desde abril 10/91 se inició una inscripción previa especial, de los posibles oferentes, de acuerdo con lo establecido por el OECF, para la Licitación que habría de efectuarse para la construcción de la PTARC. Esta precalificación estuvo vigente hasta septiembre 15/97 y fueron precalificadas, entre otras, las siguientes empresas:

DEGREMONT COLOMBIA S.A.
CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A.
MALIBU ISRAEL LTDA.
CONSTRUCTORA NORBERTH ODEBREGHT
CONCIVILES SA.
DEGREMONT ARGENTINA S.A.
HYUNDAI
MITSUBISUI CORPORTION
HAZAMA CORPORATION.

2.10. Diseños y Pliegos de Condiciones : Todos los diseños, planos y documentos de licitación para la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo, PTARC, fueron elaborados por el Consorcio Consultor NITOGOI, a través del Contrato No. GPM-27-88-AC-ALC, de julio 05/88. En dichos Pliegos de Condiciones se estipuló que el presupuesto total para la construcción fuese a precio global y fijo, de la obra de la PTARC ascendería a la suma de US \$83.118.245.41.

2.11. Apertura de la Licitación : El Gerente de EMCALI, en uso de sus atribuciones legales o sea las conferidas por los Acuerdos No 51161, 82(87, y 21192, ya que el Estatuto de EMCALI no había sido dictado mediante la Resolución No. 4511 de octubre 10 de 1996, se ordenó la apertura de la Licitación Pública Internacional No GO-505-93 ALC para ejecutar tal como la había estimado el Consorcio consultor NITOGOI, a precio global y fijo, todas la obras civiles necesarias y el suministro transporte, montaje, instalación, prueba de equipos y puesta en marcha de la PTARC. Podrían participar los consorcios precalificados en el registro especial de proponentes abiertos para tal fin. Los gastos para la ejecución del contrato correspondiente se cargarían al presupuesto de la Gerencia o Obras de EMCALI.

Después de abierta la licitación, los Pliegos fueron objeto de Siete adiciones o adendos, enviados entre diciembre 15/96 y enero 16/97, con las cuales se hicieron algunas modificación a sustanciales a lo establecido inicialmente y otras sin mayor trascendencia así:

- Las adiciones 1 a 5 se refieren a versiones al inglés de algunos numerales, a asuntos técnicos de planos de equipos mecánico y eléctricos y a la modificación de la vigencia de la garantía única.
- La adición No 6 de enero 14/97 fue para determinar el tiempo limite para aclaraciones y modificaciones a los pliegos, el cual se fijo en 5 días calendarios
- La adición No 7 de enero 16/97, la cual fue recibida por los proponentes faltando solo 3 días para el cierre, fue sustancial, como quiera que hizo que el precio pasara de ser global y fijo a uno con reajustes, para lo cual se fijaron fórmulas con indicación de los

respectivos índices a la fecha de presentación de las propuestas esto es al 22 de enero de 1997, aunque los valores a cotizarse continuaban siendo en moneda dura, esto es, en dólares americanos ylo yenes.

2.12. Cierre de la Licitación : El cierre fue el 22 de enero de 1997 y se presentaron los siguientes proponentes:

a). CONSORCIO MITSUBISHI CORPORATION - HAZAMA CORPORATION - CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ:

Valor de la Propuesta: US\$159.462.340.20 + yen \$687. 181.448.00 Plazo 36 meses

Sin descuentos y sin alternativas.

b) CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTH ODEBRECH - DEGREMONT COLOMBIA S.A. -DEGREMON ARGENTINA S.A. - CONCVILES S.A

Valor de la Propuesta US\$ 160.606.402,97

Plazo 36 meses

Descuento de US \$8.803.328.11

Sin alternativas

2.13. Declaratoria de desierta:

En febrero 19/97 mediante la resolución No. 14 86 de febrero 19/97 el Gerente con autorización de la Junta Directiva mediante Acta No.003.97, declaró desierta la licitación, por cuanto las dos propuestas presentadas no se ajustaron a la estipulación de los Pliegos de Condiciones, en el sentido de que el precio debía estar dentro de un rango de 30% por encima o por debajo del presupuesto oficial

LA CONTRATACIÓN DIRECTA:

2.14. Contratación Directa : La Junta Directiva de EMCALI autorizó al Gerente para proceder a la Contratación Directa, de conformidad con una propuesta presenta por el Dr. Francisco Murgüeitio de adelantar todas las gestiones tendientes a llegar a un acuerdo para la construcción de la Planta, cumpliendo las leyes vigentes y teniendo en cuenta el costo acordado para la obra. Así pues, se procedió a la contratación directa y fue ordenada con la Resolución No. 3017 de abril 18/97, que dice apoyarse en la Ley 80/93 los Decretos Reglamentarios No 679 y 855/94 la Resolución JD-00 79/95, el Acta No. 0003 de Febrero 3/97 de la Junta Directiva y los artículos 20 y 21 de los Estatutos de EMCALI a.i.c.e.

2.15. Selección del Contratista: La entidad QECF solicitó la información de contratistas, «para conformar una lista corta con los miembros de los consorcios precalificados y negociar para alcanzar un acuerdo con uno de ellos». (Marzo 13/97, Ref No. LIII 3/97-37).

En un principio se había enviado al OECF, en marzo 18/97, únicamente el listado (Oficio 100- GG - 852) de algunas de las firmas preseleccionadas que había presentado propuestas en consorcio, (aparecen excluidas DEGREMONT COLOMBIA SA. Y CONCVILES SA) a saber:

CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A.

DEGREMONT ARGENTINA S.A.
MITSUBISHI CORPORATION
CONSTRUCTORA NORBERTH ODEBRECHT

Posteriormente, fueron también sometidas a la consideración del OECF las firmas HYUNDAI ENGINEERING y TECHIN. Se invitó a cotizar a los dos proponentes que habían presentado propuesta para la Licitación Pública Internacional, la declarada desierta.

- *En dicha invitación se estableció que los documentos para elaborar la cotización eran los mismos que conformaron los Pliegos de la Licitación GO-505-93-ALC y que, con relación al Volumen I se debía ignorar, entre otras condiciones, la de que el precio de la cotización no podía exceder el presupuesto oficial*
- *El Contrato de Préstamo había establecido que negociaría con la propuesta más baja.*

2.16. Cotización: Se recibió en mayo 08/97, cotización de un nuevo Consorcio conformado por algunas de las firmas que habían participado en enero 22/97, en la licitación;

CONSORCIO CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT SA. -
MITSUBISHI CORPORATION - DEGREMONT COLOMBIA S.A. -
DEGREMONT ARGENTINA S.A. - CONSTRUCTORA ANDRADE
GUTIÉRREZ SA. Y CONSTRUCCIONES CIVILES SA.

En el documento de presentación de su cotización, el consorcio manifestó su voluntad de presentar una cotización competitiva aunando esfuerzos para presentar un precio y plazo acorde a las expectativas de EMCALI, hemos considerado pertinente conformar un consorcio entre otros consorcios invitados a participar a esta cotización, para lo cual nos permitimos anexar a la presente el Acuerdo correspondiente siguiendo básicamente los lineamientos del Formato respectivo de los Pliegos de la Licitación anteriormente mencionada. Así mismo, este Consorcio ha ajustado la presente cotización al Presupuesto Oficial, fundamentados en las aclaraciones contenidas en sus comunicaciones 100-GG-1166 y 1167 del pasado 30 de abril de 1997».

2.17. El Acta de evaluación de la Cotización: Obedeciendo normas de la contratación, se hizo la evaluación jurídica financiera y técnica, en la que se destacan las siguientes características:

e La evaluación jurídica: Pasó por alto el hecho de que la cotización fuera presentada por un Consorcio no invitado y diferente a los Consorcios proponentes en el evento de la Licitación, dejando así de lado la obligación adquirida por el OECF de negociar con el proponente mas bajo.

La evaluación financiera: Se apoya en un Informe Financiero, en el que simplemente se mencionan los formatos F-1,F-2 Y F-3, se registran los valores de la propuesta en dólares y del presupuesto oficial, así como la tasa de cambio finalmente se da un puntaje, se le asigna un total de cien (100) puntos».a evaluación financiera de esta obra por más de ochenta y tres millones de dólares, se distingue por que:

- *Pasó por alto la estimación de la incidencia de todos los reajustes;*
- *Pasó por alto la incidencia de los impuestos de IVA para los insumos y suministros nacionales e importados:*
- *Pasó por alto la incidencia de aranceles de suministros importados:*
- *No muestra un solo cuadro de cálculos financieros.*

2.18. Acta de Acuerdo: Previas conversaciones entre las partes, se suscribió un Acta de Acuerdo el 30 de mayo de 1997, en la cual se plasmaron algunos cambios definitivos y trascendentes para poder llegar al acuerdo de voluntades que se plasmó en la minuta del contrato celebrado.

2.19. Contrato: Se firmó el contrato No GO-50597-ALC. el 6 de jun/97; en su minuta se encuentran los acuerdos celebrados según el Acta anterior.

El acta de iniciación se elaboró el 11 de agosto/97.

La entrega del anticipo por US\$13.800.234.81 fue en octubre 02/97

3. Posteriormente como si lo anterior fuera poco, se procedió por las partes a la celebración de un sin número de contratos adicionales y subcontratos cuyo resultado final sólo permite concluir claramente, que su único propósito era el de desmejorar las condiciones de EMCALI, trayendo consigo un encarecimiento altísimo y sistemático del contrato original en favor del consorcio contratista y de terceros, sin justificación alguna. Entre ellos sobresalen los contratos adicionales No. 1, 2, 3 y 4, al contrato GO-505 - 97 - ALC (incluidos en los anexos del libelo demandatorio).

4. Tal como van las cosas y al hacer una reseña histórica profunda y objetiva sobre los hechos, es evidente que la contratación de la PTAR, no soporta ni el más mínimo análisis jurídico sin salir mal librada. Que además a la luz de los resultados la PTAR no resuelve el tratamiento de aguas residuales de la ciudad, escasamente cumplirá con menos del cincuenta por ciento (50%) del tratamiento, muy por debajo de lo prometido a los caleños, sin tener en cuenta los sobrecostos de más de cuarenta millones de dólares (US 40-000.000) en relación al precio base; las reclamaciones por reajustes del consorcio superiores a los ocho millones de dólares (US 8.000.000), las exigencias y eventuales demandas sustentadas claro está en la notoria nulidad del contrato original a causa de los actos de las partes intervinientes y cuyos montos exorbitantes están por definirse.

5. En mérito de lo anterior queda claramente establecida la existencia de la vulneración del derecho a la moral administrativa de la comunidad y su relación ó nexo de causalidad, directa e inequívoca en la conducta de la entidad responsable de la pérdida y desviación de recursos públicos.

6. Por último, sólo basta reflexionar que en procura de hacer realidad nuestro nascente Estado Social de Derecho y de consolidar nuestra democracia se hace imprescindible decirle al pueblo la verdad, es menos nociva que el engaño, y darle por un, de una vez por todas el orden justo que tanto se merece "(fols. 134 a 127 c. 1.)"

D. DERECHO COLECTIVO QUE SE AFIRMA VULNERADO::

Se indicó el relativo a la moralidad administrativa, (lit. a. art. 4 ley 472 de 1998).

E. MEDIDAS CAUTELARES:

El demandante, al respecto, puntualizó lo siguiente:

“Comedidamente solicito al honorable magistrado conductor del proceso, con el ánimo de prevenir un daño más grave a la comunidad y hacer cesar los efectos por la pérdida de recursos públicos, que van naturalmente en contra del adecuado funcionamiento de la Administración y el buen servicio que esta debe dar a sus asociados en observancia de los reglamentos, la Constitución y las leyes; privilegiando el interés colectivo sobre cualquier otro. Por lo tanto dichas actuaciones ameritan el decreto de medidas cautelares por la pérdida actual y superior a los cien mil millones de pesos (\$ 100.000'000.000), en concordancia con el artículo 25 de la ley 472 de 1998 y en particular las siguientes:

1. ORDENAR la inmediata cesación de los actos que inciden en los sobrecostos de la PTAR (Planta de Tratamiento de Aguas Residuales), para mitigar los efectos de la vulneración y amenaza de los derechos e intereses colectivos.

2. ORDENAR a la entidad territorial demandada remitir a la mayor brevedad posible las sumas de dinero correspondientes a la totalidad de irregularidades cometidas a un fondo especial, cuyo objeto sea el mejoramiento de la prestación de servicios públicos de una manera adecuada y oportuna a la ciudad.

3. ORDENAR a la entidad demandada prestar caución para garantizar el cumplimiento de las medidas impuestas, y cuyo monto debe ser proporcional al perjuicio causado a la comunidad por la pérdida de recursos que de buena fe todos los Caleños hemos pagado cumplida e ininterrumpidamente, durante todos estos años, por culpa de la PTAR”. (Folio 123).

F. ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El Tribunal admitió la demanda, mediante auto del 5 de abril de 2002, y ordenó notificar personalmente a las autoridades demandadas: Alcalde de Santiago de Cali, al Gerente General de las Empresas Municipales de Cali “EMCALI” E. I. E. C., E. S. P., además ordenó la notificación al Ministerio Público; ordenó enterar a la comunidad mediante un aviso de secretaría de esa Corporación y negó la solicitud de medidas cautelares. (141 a 143 c. ppal).

2. Los demandados contestaron, oportunamente, la demanda:

a. **MCALI:** Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso a título de excepciones: *) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN porque las diversas contrataciones fueron realizadas de acuerdo con las normas legales y reglamentos vigentes a la fecha de celebración de los mismos (decreto ley 222 de 1983, Código Fiscal del Municipio de Santiago de Cali, decreto 1.091 de 1971 y ley 80 de 1993); que debe tenerse en cuenta que en los contratos de obra pública es común que se presenten costos adicionales debido a las mayores cantidades de obra y a las situaciones imprevistas, razón por la cual en esos eventos, la Administración está en la obligación de realizar los ajustes financieros con el fin de garantizar el equilibrio financiero del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983 y en la ley 80 de 1993 y por lo tanto no se demostró la vulneración o amenaza al derecho colectivo a la moralidad administrativa; *) EXCEPCIONES INNOMINADAS: Solicitó se declaren de oficio los demás hechos exceptivos que se prueben dentro del proceso. Luego, se refirió a cada uno de los hechos de la demanda:

- El contrato de préstamo CL – P 3 suscrito el 12 de mayo de 1986 con O. E. C. F tuvo por objeto el desarrollo de los sistemas de acueducto (proveer agua potable al Distrito de Aguablanca y prolongar la capacidad de suministros a la ciudad de Cali), mediante el servicio de consultoría, la ampliación de la planta de Puerto Mallarino, suministro e instalación de tubería de transmisión oriental para establecer el transporte, distribución y conexión de matrices. Y de alcantarillado (desarrollar un plan de drenaje para controlar inundaciones y un plan de alcantarillado) para evitar el problema de las aguas de desecho mediante el servicio de consultoría, la construcción de planta de tratamiento de alcantarillado, construcción de la Estación de Bombeo de agua Blanca y suministro e instalación de la fuerza principal, construcción de la estación de Puerto Mallarino y construcción de canales y lagunas.
- Mediante resolución No.4511 de octubre 10 de 1996, el Gerente General de EMCALI ordenó la apertura de la licitación GO-505-93-ALC para la construcción de la planta de tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo a la cual se le hicieron adiciones y adendos, en debida forma, puesto que no existe norma que prohíba hacerlo, y esta licitación se hizo

conforme a la ley 80 de 1993 y al procedimiento acordados con el contrato de préstamo CL-P3.

- Mediante Acta de Junta Directiva No. 003 de 3 de febrero de 1997 se facultó al Gerente para contratar directamente y éste estableció, por resolución No. 3017 del 18 de abril de 1997, el procedimiento para contratar directamente, mediante solicitud de cotización, la construcción de la planta de Tratamiento de Residuales de Cañavaralejo y autorizó enviar carta de invitación con su respectiva solicitud de cotización a firmas precalificadas y aceptadas por el OECF.
- Por oficio No. 100-GG-852 de marzo 18 de 1997 EMCALI sometió a consideración de OECF además de las 4 firmas mencionadas en el oficio 806 de marzo 18 de 1997 los nombres de HYUNDAI ENGINEERING y TECHÍN. “() Es de aclarar que las mencionadas firmas HYUNDAI y TECHÍN, no participaron en la licitación No. GO-505-93-ALC como se puede comprobar en el acta de cierre de la licitación, que se anexa al presente escrito, pues a la fecha de cierre de la misma no presentaron ofertas y enviaron comunicación sobre su intención de no participar en la referida licitación.
- En la invitación que se realizó para presentar propuesta para la contratación directa EMCALI se le expresó a los proponentes, en el tercer punto de la carta de invitación No. 100-GG-1167-97 de 30 de abril de 1997 y No. 100-GG-1166-97 de 30 de abril 1997 en relación con el volumen I Literal C, que “el precio de la cotización no podrá exceder el presupuesto oficial” en consonancia con las condiciones establecidas en el contrato de préstamo CL-93, artículo IV Sección 4.08 Rechazo de Licitaciones “Sin embargo todas las licitaciones no deberán ser rechazadas y abrir nuevas licitaciones bajo las mismas especificaciones sólo con el propósito de obtener precios más favorables en las nuevas licitaciones, excepto en los casos en que la licitación más favorable exceda el costo estimado en un monto sustancial () en circunstancias especiales, después de consultar con el Fondo, el prestatario podrá negociar con uno o dos de los licitantes de precio más favorable y tratar de obtener un contrato más satisfactorio“.

- Con sujeción a lo anterior dedujo que el procedimiento de la contratación directa pretendía lograr una contratación de la obra PTAR Cañaveralejo en unas condiciones de precio favorables para EMCALI, “() como quiera que el proceso licitatorio abierto había sido fallido al declararse desierto toda vez que los precios se excedían en más del 30% por encima del presupuesto oficial.
- En cuanto a la evaluación financiera, señaló que es una apreciación subjetiva de los accionantes “() toda vez que el acuerdo suscrito entre EMCALI y el representante del Consorcio contratista el 30 de mayo de 1997 se consigna que EMCALI tramitará la exención de los impuestos relacionados con el IVA y arancel para los bienes importados y el IVA para insumos, suministros y bienes nacionales ‘los valores correspondientes a estos impuestos no han sido incluidos en el valor contractual.

Sobre las adiciones realizadas respecto del contrato GO-505-97-ALC, EMCALI indicó que se realizaron 4; en el contrato adicional 1 no se incrementó el valor del contrato, los adicionales 2 y 3 se hicieron con fundamento en el literal C de la cláusula quinta del contrato y en el contrato No. 4 en la tecnología denominada Tratamiento Primario Avanzado (TPA) que se busca incrementar la eficiencia de la planta de tratamiento de aguas residuales hasta los siguientes rangos: Calidad de agua DB05 = 42 + 5%, SST = 63 + 5%, calidad de lodo SSV = 43 + 3% y, flexibilizar la operación de la planta de tratamiento. “Con lo anteriormente expuesto se llega a la conclusión que los adicionales al contrato GO-505-97-ALC, tienen su soporte y sustentación técnica, tendiente a mejorar las condiciones iniciales del proyecto ()”.

Acerca de que la Planta de Tratamiento no resuelve el tratamiento de aguas residuales de la ciudad, señaló que el contrato GO-505-97-ALC fijó como eficiencia de contaminantes a remover en términos de concentración promedio el 25% de DBO5 y el 50% del SST; que la CVC emitió el acuerdo CD 46 de diciembre de 1997 mediante el cual se fijó como meta de reducción de la carga contaminante para la ciudad de Cali incluida la Industria ubicada en la zona urbana 31.3 Ton/día de DB05 y de 50.7 Ton/día de SST; que el DAGMA como autoridad ambiental del área urbana del Municipio de Santiago de Cali por

resolución No. 351 de 1998 acogió y fijó la meta de reducción de contaminación hídrica determinada por la CVC.

Explicó que la PTAR – Cañaveralejo es el medio para remover la carga contaminante transportada por el alcantarillado municipal de la ciudad de Cali, en función de cumplir con los requerimientos del contrato y con el alcance de la meta de descontaminación fijada por las autoridades ambientales; que inicia su puesta en marcha en el mes de diciembre de 2001, requiriendo un período de 6 meses de operación para lograr la remoción de la carga contaminante bajo condiciones de estabilidad, que en la medida en que se incrementa el caudal de agua residual afluente a la PTAR-C se incrementa la carga contaminante removida producto de los procesos de tratamiento de la misma” (fols. 151 a 173 c. 1)

b. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI: Contestó los hechos de la demanda de la misma forma que lo hizo EMCALI, y manifestó que no es viable que se le declare responsable por la violación del derecho colectivo de la moralidad administrativa, pues no ha intervenido, ni mucho menos ha llevado a cabo actuaciones en la ejecución del proyecto Planta de tratamiento de aguas residuales PTAR-C, tanto en sus etapas precontractuales o pos-contractuales, por tal motivo propuso a título de excepción inexistencia de la obligación a su cargo, la falta de legitimación por pasiva y todos los hechos exceptivos que sean probados dentro del proceso.

Hizo un estudio acerca de la naturaleza jurídica de EMCALI y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, concluyendo que tienen personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente además de control de tutela por parte de la Administración central de acuerdo con lo dispuesto en el acuerdo 034 del 15 de enero de 1999 y la ley 489 de 1998, por ello enfatizó que mal podría entonces atribuirse respecto del Alcalde Santiago de Cali responsabilidad en la aprobación o autorización de la contratación realizada para las Empresas Públicas de Cali EMCALI EICE ESP para el proyecto de la planta de tratamiento de aguas residuales PTAR-C (fols 234 a 253 c.1).

5. Luego de la etapa de contestación de la demanda, el A Quo citó a las partes a audiencia especial de pacto de cumplimiento, mediante auto de 3 de

mayo de 2002, que fracasó por falta de ánimo conciliatorio; se abrió a pruebas el 28 de junio siguiente (fols. 255 a 256 y 265 a 269, 276 y 279 c. 1).

7. El Tribunal por auto de 10 de marzo de 2003, aceptó la **coadyuvancia** de los señores Wilson Ruiz Orejuela y Henry Bryon Ibáñez (fol. 468-473 y 474-476 c. 1).

G. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

1. EMCALI EICE ESP manifestó que las pretensiones y solicitudes de los actores carecen de fundamento, de hecho y de derecho, pues así quedó demostrado tanto en su contestación de la demanda como con las pruebas aportadas al proceso tales como los testimonios, y la inspección judicial solicitada por la misma “... *con el fin de verificar que la planta de tratamiento de aguas residuales está en ejecución, el avance de la ejecución en que se encuentra, las distintas instalaciones de la planta, las inversiones efectuadas en la ejecución de la construcción de la planta, y se verifique en el sitio el porcentaje de descontaminación*” (folio 438). Afirmó que de acuerdo con lo anterior, se pudo constatar que la planta de tratamiento esta funcionando y que en su construcción no se ha incurrido en acciones u omisiones que violen o amenacen violar derechos o intereses colectivos de la ciudadanía.

Señaló que el patrimonio público se encuentra salvaguardado por cuanto que las erogaciones, costos del contrato de construcción, suministro, montaje, instalación, pruebas de equipo, puesta en marcha y operación de la planta se encuentran representados en ella; que para la fecha ha culminado la etapa de ‘puesta en marcha’ iniciándose una nueva fase a partir del 26 de diciembre de 2002 cuando empezó a ser manejada por personal de EMCALI en el marco de la operación en garantía que tendrá una duración de 2 años, período durante el cual cualquier anomalía que se registre estará amparada por una póliza de garantía a cargo del consorcio constructor.

Explicó que se inició también un período de prueba de 4 meses para el SCADA Sistema de Control Integrado de Procesos que controla el tratamiento de las aguas residuales, sistema permite realizar las verificaciones de todos los

procesos que se realizan en las diferentes instalaciones de la PTAR y se encuentra localizado en el área de las oficinas donde también funcionan los laboratorios de aguas y de biosólidos (437-440).

2. EL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI: Ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y a continuación se refirió a la naturaleza de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado especialmente a EMCALI, concluyendo que las mismas gozan de autonomía que se manifiesta en que ellas son administradas por sus propios órganos legales y estatutarios y no por el ministro o por el director del departamento administrativo a cuyo sector pertenecen. Señaló que en virtud de la autonomía administrativa y financiera con que están dotadas las Empresas Públicas de Cali EMCALI fue que se celebraron los contratos de consultoría con las firmas NITOGOI, UNIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DE PROYECTOS-PIU, y sus adicionales, así como el contrato de obra GO-505-97-ALC, suscrito por el Consorcio para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales PTAR-C, actos que fueron autorizados por la Junta Directiva de EMCALI y suscritos por los gerentes de la empresa, conforme a las facultades otorgadas.

Aseguró que conforme con lo preceptuado por los artículos 103 y 105 de la Ley 489 de 1998, el alcalde como autoridad administrativa puede ejercer sobre las empresas municipales de Cali un control administrativo que no comprende la autorización o aprobación de los actos específicos, que conforme al Acuerdo Municipal de creación y transformación, como en el caso de EMCALI (Acuerdos 50 de 1961, 014 de 1996 y 034 de 1999) compete expedir a los órganos internos de estas entidades, por ello mal podría entonces atribuirse respecto del Alcalde Santiago de Cali responsabilidad en la aprobación o autorización de la contratación realizada para las Empresas Públicas de Cali EMCALI EICE ESP para el proyecto de la planta de tratamiento de aguas residuales PTAR-C. Sostuvo que de las pruebas practicadas en el proceso, no se demostró vulneración alguna al derecho colectivo de la moralidad administrativa (fols. 234 a 252 c. 1)

H. SENTENCIA APELADA:

Declaró probada a título de “excepción” la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Municipio de Santiago de Cali y **negó** las súplicas de la demanda; motivó estas decisiones en lo siguiente:

En primer lugar se refirió a las excepciones propuestas por las entidades demandadas; en relación con la falta de legitimación **en la causa por pasiva del Municipio de Cali**, consideró que le asiste razón al Municipio de Cali en la medida en que, las operaciones y negociaciones relacionadas con la PTAR fueron adelantadas por EMCALI que es una empresa del Estado con autonomía administrativa y financiera, de acuerdo con el régimen propio de las entidades descentralizadas, lo que la conduce a dar por probada la excepción.

En segundo lugar llamó la atención sobre que la construcción de la PTAR ha sido una necesidad urgente y sentida de la ciudad; que por las dimensiones de ésta y la magnitud de los problemas de contaminación, su construcción siempre demandó costos extraordinarios para la ciudad, e impuso que al ser proyectada debía concebirse con una capacidad de expansión suficiente como para asumir la expansión de la ciudad al menos a mediano plazo so pena de resultar rápidamente obsoleta, y por lo tanto no puede considerarse a priori que los dineros invertidos en la construcción de la obra constituyan un despilfarro, si no, por el contrario, como inversión necesaria e imprescindible precisamente en función de los derechos colectivos.

Se refirió a la inspección judicial practicada en el proceso con el fin de establecer el estado de funcionamiento de la planta de tratamiento y las características de las instalaciones, cuyos apartes más importantes transcribió y posteriormente aludió a la naturaleza de las pretensiones y alegatos de los demandados y adujo que varias de las afirmaciones hechas por la parte demandante, lo mismo que sus pretensiones, se refieren a hechos ya cumplidos que no pueden por tanto deshacerse en el tiempo; indicó que tal es el caso de las medidas cautelares solicitadas de ordenar a la entidad territorial demandada remitir a la mayor brevedad posible las sumas de dinero correspondientes y así mismo con la petición de que se ordene la cesación de los actos que inciden en los sobrecostos de la PTAR, hechos que se cumplieron.

En cuarto lugar se pronunció sobre el Estado de funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas residuales PTAR; manifestó que de la inspección judicial practicada se pudo constatar que la planta de tratamiento de aguas residuales PTAR, no es una construcción inmóvil, pues se pudo apreciar que sus instalaciones se encuentran en operación y funcionamiento dentro de una etapa de implementación en la que es fácil apreciar la operación de la distintas etapas de descontaminación y tratamiento de aguas residuales y la Sala de Controles donde se controlan las distintas fases del proceso de descontaminación del agua, y que si bien es cierto la PTAR no está trabajando a plenitud de su capacidad instalada, ello se debe a que todavía está en una etapa de ajuste y experimentación de los diferentes procesos y por lo tanto no puede afirmarse que se trate de instalaciones fuera de servicio, además es claro que la capacidad instalada está proyectada hacia un futuro en la medida en que la planta tendría que absorber el crecimiento de la ciudad y el consecuente incremento de las operaciones que se derivan del mismo.

En cuanto a la pretensión de los actores de establecer la legalidad del contrato GO-505- ALC celebrado por EMCALI con el fin de suministrar, instalar y poner en marcha la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo, indicó que sería imposible revisar en su legalidad la contratación producida bajo los límites que le ofrece la acción popular, pues ésta no puede reemplazar de ninguna manera la acción ordinaria; que en el análisis que permite esta acción, sólo se puede examinar la actuación con el fin de establecer la vulneración alegada de los derechos colectivos invocados; que se debe tener en cuenta que una obra como PTAR presenta múltiples dificultades y está sujeta a modificaciones inevitables en su desarrollo; que la demanda comprende deducciones y apreciaciones puramente subjetivas que constituyen interpretaciones de los demandantes y no se sustentan en estudios financieros serios que permitan generar la convicción de que esas afirmaciones sean ciertas; que si bien es cierto la realización del proyecto de la Planta de tratamiento Cañaveralejo PTAR, generó incrementos en el presupuesto inicialmente pactado, estos fueron en virtud de la necesidad de reajustar los costos como consecuencia lógica de los requerimientos que surgían a medida que la obra se iba desarrollando. Todas estas razones llevaron al Tribunal a negar las súplicas de la demanda. (482 a 512 c. ppal).

I. APELACIÓN:

La parte demandante no compartió el fallo de primera instancia; criticó, **de una parte**, el hecho de que el A Quo no haya permitido recaudar apropiadamente las pruebas necesarias para demostrar en forma adecuada los sobrecostos de la PTAR y **de otra**, las consideraciones que sirvieron de base para denegar las pretensiones de la demanda. Sobre el primer punto y después de relacionar varias situaciones que en su criterio son constitutivas de violación al debido proceso en el decreto y práctica de pruebas - las cuales se relacionan a continuación - solicitó que se subsanara dicha irregularidad con el decreto oficioso de pruebas, solicitud que fue negada por auto del Ponente proferido el 15 de abril de 2004 (fols 560 a 562 c.ppal):

- El auto proferido por el A Quo el día 28 de junio de 2002, mediante el cual se abrió el proceso a pruebas, mas que un auto que abre a pruebas es un auto que las cierra para el actor.
- Las pruebas documentales se negaron en forma incorrecta, llegando incluso el Tribunal a afirmar que el artículo 30 de la ley 472 de 1998 no se aplicaba a esa situación.
- Las pruebas testimoniales fueron negadas también (declaraciones de los señores Carlos Ossa Escobar y Fernando Londoño Hoyos) con fundamento al artículo 199 de C.P.C, cuando la situación señalada en la norma solo se predicaba de uno de los declarantes, quien para esos momentos era Contralor General de la República; que pese a haber sido decretados los testimonios de Robisson Masso, Luis Hernández y Oscar Figueroa, posteriormente el A Quo no aceptó las justas razones de fuerza mayor invocadas para no asistir a la diligencia y no señaló nueva fecha.
- Al final del proceso y pese a que no se entregó la información prometida, sobretodo la de índole financiera, el despacho no la requirió nuevamente.
- En la diligencia de inspección judicial se pasó por alto el tema de los sobrecostos; ella se limitó a demostrar que la planta de tratamiento estaba en funcionamiento; además que son tan grandes las afirmaciones contenidas en la diligencia, que a pesar de que gran parte de ellas son de índole estrictamente técnico, cualquier persona podría deducir que distan bastante de la realidad.

Sobre el segundo punto y en lo que tiene que ver con el contenido de la sentencia, el impugnante realizó las siguientes críticas: En primer lugar señaló que no es cierto que mediante la acción popular no se pueda revisar la legalidad del contrato, debido a que en la actualidad el Consejo de Estado lo permite como puede verse en su jurisprudencia, “() sobre todo en este caso particular donde se violó la ley 80 de 1993, de principio a fin”. En segundo lugar indicó que si bien es cierto y como lo afirma el Tribunal en el curso de la ejecución de un contrato de la complejidad del anotado se pueden presentar situaciones que conduzcan a realizar ajustes y modificaciones al contrato y que lleven a la adopción de medidas que conduzcan al restablecer el equilibrio económico del contrato, lo cierto es que en este caso se presentaron situaciones muy distintas y que son simplemente inaceptables en las que se incurrió en inmensos e insólitos sobrecostos innecesarios “() *que sumados superan en la actualidad con facilidad la suma de cien mil millones de pesos ()*”. En tercer lugar se refirió al testimonio del Ingeniero Edgar Llanos, Gerente de Obra cuando manifestó que acepta que el contrato original GO-505-97 ALC fue modificado en su precio global fijo a uno de precios unitarios “() *por el increíble argumento que dicho contrato, cuyo objeto principal era el tratamiento de aguas residuales, no estaban incluidos el manejo de aguas freáticas y la protección de las excavaciones. Dando lugar a una serie de contratos adicionales que desencadenaron en una mayor cantidad de obra y naturalmente en mayor precio ()*”.

Agregó que el testimonio trata someramente el tema del **Tratamiento Primario Avanzado**, el cual se constituye en uno de los puntos más trascendentales del problema, debido a que el TPA “() *no es más que una modificación sustancial del contrato, donde en el principio se pensó y construyó una PTAR que funcionara de forma mecánica, pero luego súbitamente se convirtió por arte de magia, en una que hiciera lo mismo, pero de forma química. Si bien este proceso es más ágil y eficiente, se pasa por alto el costo mensual del mismo, la sola compra de insumos, para este proceso implica gastos en miles de millones de pesos mensuales en forma indefinida, que no siquiera estaban presupuestados y menos tratados convencionalmente*”, lo que generará a la postre que la ciudad tenga que pagar vía tarifaria de alcantarillado tal imprevisión.

Hizo referencia, finalmente, a que en caso de aceptarse la afirmación contenida en el fallo consistente en que la demanda popular comprende solo apreciaciones subjetivas e interpretaciones efectuadas por los demandantes que no fueron

soportadas en estudios financieros serios, tal situación obedecería a que se hubieran negado las pruebas requeridas, por lo que solicita una vez se hayan recaudado tan importantes piezas probatorias, se revoque la sentencia en su integridad y se brinde la protección adecuada a los derechos colectivos vulnerados (fols. 543 a 550 c. ppal).

J. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA:

El recurso se admitió el 20 de enero de 2004 y posteriormente se negó la solicitud de pruebas, mediante auto del 15 de abril de 2004, por no cumplir con los requisitos legales; y se corrió traslado a las partes para alegar el 27 de abril siguiente, quienes guardaron silencio (fols. 560 a 562 y 564 c. ppal).

Luego la Sala aceptó el impedimento presentado por el señor Consejero doctor Ramiro Saavedra, el día 14 de noviembre de 2003, por haber conocido del proceso en primera instancia y de acuerdo con lo anterior se separó del conocimiento del proceso.

Previo a resolver se hacen las siguientes,

III. CONSIDERACIONES:

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante frente a la sentencia proferida el día 23 de abril de 2003 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por la cual se declaró probada como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Santiago de Cali y se denegaron las súplicas de la demanda.

A. JURISDICCIÓN PARA CONOCER:

Antes de abordar el estudio del recurso es necesario aclarar que esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sí tiene competencia para conocer del juicio popular iniciado por los señores Cesar Augusto Rodríguez Piedrahita contra el Municipio de Cali y las Empresas Municipales de Cali EMCALI, teniendo en cuenta, **en primer lugar**, que el asunto versa sobre la vulneración y amenaza del derecho colectivo a la moralidad y, **en segundo lugar**, que las afirmadas

vulneración y amenaza provienen, según se asevera en la demanda, de conductas de acción y de omisión de la Administración Pública en relación con el contrato de obra pública 60 – 505/97 ALC celebrado entre EMCALI y el CONSORCIO mencionado porque tal contrato es estatal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 32 y 75 de la ley 80 de 1993.

Por tanto se satisfacen las exigencias en materia de competencia, previstas en la ley 472 de 1998, para que la Jurisdicción Contencioso Administrativa pueda conocer. En efecto: El artículo 15 dispone:

*“ARTÍCULO 15. JURISDICCIÓN. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones populares **originadas en actos, acciones u omisiones** de las entidades públicas y las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.*

Además el Municipio de Cali y EMCALI tienen la condición de ser entidades públicas tienen la indiscutible naturaleza de entidades públicas, dentro de la clasificación de entidades públicas previstas en la Constitución, en la ley 489 de 1993 como en la ley 80 de 1993 (art. 1º) y las conductas reprochadas, desde el punto de vista de amenaza o vulneración de derechos colectivos, se enunciaron como **“actos, acciones y omisiones”**, las cuales son susceptibles de tenerse como causa jurídica del ejercicio de las acciones populares, como acaba de verse en el artículo transcrito. Se recalca entonces que las acciones populares pueden suscitarse con fundamento en cualquiera de esas conductas, eso sí con la finalidad de proteger los derechos e intereses colectivos.

A continuación la Sala se referirá sobre la materia de la apelación que atañe, únicamente, con la denegación de las súplicas de la demanda.

B. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS:

1. PRESUNTA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN EL DECRETO Y PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS POR EL FALLADOR DE PRIMERA INSTANCIA.

Las situaciones fácticas descritas por el apelante, observa el Consejo de Estado, no guardan relación con la competencia del juez en sede de apelación, la cual se

circunscribe a determinar la sujeción de la sentencia apelada al correspondiente orden legal y a adoptar las medidas respectivas cuando observa que en la actuación ante el A Quo se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de apelación, como así lo enseñan los artículos 44 de la ley 472 de 1998 y 357 del Código de Procedimiento Civil.

“ARTÍCULO 44 DE LA LEY 472 DE 1998. ASPECTOS NO REGULADOS. *En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones”.*

Como la ley 472 de 1998 en materia de apelación reenvía, en el artículo 37, al Código de Procedimiento civil debe acudir al artículo 357 que señala la competencia del Ad Quem; estas disposiciones expresan:

ARTÍCULO 37 DE LA LEY 472 DE 1998.. RECURSO DE APELACIÓN. *El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente.*

ARTÍCULO 357 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. *La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, **y por tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

En la apelación de autos el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desgloses. Si el superior observa que en la actuación ante el inferior se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145. Para estos fines el superior podrá solicitar las copias adicionales y los informes del inferior que estime conveniente.

Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aún cuando fuere desfavorable al apelante” (Destacado con negrilla por fuera del texto original).

Entonces, como se observa que en el primer ataque contra la sentencia de primera instancias se invocan hechos que no reprochan su legalidad, sino

decisiones del Tribunal y anteriores a ésta, las cuales además no dan lugar a considerar que el fallo está viciado de nulidad, como pasará a verse , la censura no puede prosperar. En efecto:

Las irregularidades que enuncia el recurrente tienen que ver con situaciones que sucedieron y se consolidaron con anterioridad a la sentencia, que no ocurrieron en ella y que han debido ser alegadas por el demandante, en su condición de directamente afectado en forma inmediata a su ocurrencia, so pena de quedar imposibilitado para proponer esos hechos en forma posterior y menos como argumento de apelación, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 142 y 143 del Código de Procedimiento Civil. Esas irregularidades son las siguientes:

- el auto de fecha 28 de junio de 2002 que el Tribunal calificó de apertura de pruebas no es en realidad esto; es una providencia de cierre para el actor;
- las pruebas documentales y testimoniales fueron negadas en forma incorrecta;
- el Tribunal no insistió en la práctica de la prueba documental; y
- en la diligencia de inspección judicial se pasó por alto el tema de los sobrecostos etc.

La Sala observa que el demandante, frente a esas conductas del A Quo en la primera instancia, respectivamente:

=> No utilizó el medio de defensa previsto para ello (fols 276 a 292 c.1), como es el previsto en siguiente artículo de la ley 472 de 1998: "Artículo 36. Recurso de reposición. Contra los autos dictados durante el trámite de la Acción Popular procede el recurso de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código de Procedimiento Civil".

=> Pese a haber asistido a la diligencia de inspección judicial adelantada a la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales PTAR – C no propuso el tema de los sobrecostos en las oportunidades que tuvo para intervenir, no presentó objeción cuando el Magistrado conductor del proceso dio por terminada la diligencia (fols 427 a 432 c.1).

=> No insistió en la práctica de la prueba documental decretada, cuando presentó el memorial de insistencia sobre la prueba testimonial (declaraciones de los señores Róbinson Emilio Masso, Luis Hernández Monroy y Oscar Figueroa Pachongo) solicitud ésta última que fue decidida por el Tribunal en auto de 11 de febrero de 2003 (flos 448, 460 y 46).

Ahora pasando a otro punto, que tiene que ver con los otros argumentos planteados en el recurso de apelación contra el fallo, la Sala analizará las conductas imputadas por el actor a EMCALI, de acuerdo con el material probatorio, para determinar si son transgresoras del ordenamiento jurídico aplicable y en caso de que tal interrogante se resuelva en forma afirmativa, si las conductas de infracción normativa son a su vez amenazadoras o vulnerantes del derecho colectivo a la moralidad invocado por el actor, pues la amenaza o vulneración son cualidades de necesaria comprobación, por lo general, debido a que son afirmación definida con la cual la demanda pretende cualificar las conductas de acción o de omisión reprochadas.

Para el efecto se acudirá a algunas anotaciones efectuadas por la Sala en torno a la naturaleza y finalidad de la acción popular y al alcance y contenido del derecho colectivo a la moralidad pública en la contratación estatal.

C. PANORAMA SOBRE LAS ACCIONES POPULARES y MORALIDAD ADMINISTRATIVA:

La Carta Política de 1991 elevó a categoría constitucional las acciones populares, en el artículo 88, e indicó que su regulación la hará el legislador, el cual expidió la ley 472 de 1998 que señala en los artículos 2 y 9 que dentro del juicio a que dan origen pueden ser objeto de protección todos los derechos e intereses colectivos, cuando las conductas de la Administración o de los particulares – en función administrativa o por fuero de atracción – los amenazan o quebrantan.

Dicha ley señala que las acciones populares tienen por objeto (art 4º) proteger y defender los intereses y derechos colectivos; y que las conductas que dan lugar a su ejercicio ante esta jurisdicción de lo Contencioso Administrativo están referidas, por regla general, **a las de acción o de omisión de las personas en ejercicio de la función administrativa**, sin ninguna distinción y por lo tanto sin limitante

siempre y cuando la finalidad de la pretensión tenga que ver con derechos e intereses colectivos; esto se deduce de la misma ley, que al respecto dispone:

"ARTÍCULO 2. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos o intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

"ARTÍCULO 9. PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES POPULARES. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos."

De esos mismos textos legales se advierte qué tipo de pretensiones pueden perseguirse en ejercicio de la acción: *) evitar el daño contingente; *) hacer cesar el peligro, o la amenaza o la vulneración sobre los derechos o intereses colectivos; *) restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

La misma ley hizo un listado, no taxativo, de esos derechos e intereses, incluyendo en él a la moralidad administrativa (art. 4)

EL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA tienen su razón de ser en el marco de la función administrativa sujeta constitucionalmente a una serie de principios que se dirigen a garantizar el cumplimiento del Estado a los fines para los cuales fue instituido; es así como dentro de los principios que enmarcan esa actividad están además del igualdad, eficacia, economía, celebridad, imparcialidad y publicidad, el de la moralidad (art. 209 C. N).

Los principios anteriores regulan todo el campo de acción de la Administración Pública material y adquieren una importancia especial tratándose de la contratación estatal, porque en esta dinámica oficial se ejecuta la mayor parte del presupuesto público. Es así como el artículo 23 de la ley 80 de 1993 sujeta las actuaciones de los que intervengan en la contratación estatal a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y somete igualmente a los que los infrinjan a drásticas sanciones (arts. 50 a 59 ibídem)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 40 y 55 de la ley 472 de

1998, se refirió al “principio de la moralidad administrativa” **en la contratación estatal** y destacó los alcances de la responsabilidad del agente estatal en las acciones populares como mecanismo de protección de los recursos presupuestales de la Nación¹.

Y la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido en oportunidades anteriores a la moralidad como principio y derecho colectivo, en las cuales ha precisado los siguientes puntos:

- Primero:

Que el derecho colectivo “a la moralidad administrativa”, contenido en el artículo 4 de la ley 472 de 1998, se asimila a lo que en derecho penal se ha denominado como norma en blanco por contener elementos cuya definición se encuentra o se debería encontrar, en otras disposiciones, y que para verificar su posible amenaza o vulneración en un caso es necesario acudir al desarrollo específico y concreto que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio. Así en sentencia proferida el día 17 de junio de 2001² se dijo:

“() en otra oportunidad³, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal⁴, pues el ‘Estado de Derecho es ... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo’⁵.

De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas⁶.

¹ C-088 de 2 de febrero de 2000. Expediente No. D-2469. Actor: Ruby Rasmussen Paborn y Otros.

² AP-166; actor Manuel Jesús Bravo.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

⁴ Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170

⁶ LARENZ, Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37.

Pese a la dificultad, la Sala⁷ esbozó una solución para privilegiar la eficacia de los principios constitucionales, sin lesionar la seguridad jurídica. Se dijo que los principios necesitan concreción, por su textura abierta, y se admitió la metodología de la concreción a través de ejemplos⁸, de manera que, cuando se produce, tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado. Al respecto, se trajo a cuento lo expuesto por Gustavo Zagrebelsky⁹ en los siguientes términos:

'El conjunto de principios constitucionales...debería constituir una suerte de ' sentido común' del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico ... deberían desempeñar el mismo papel que los axiomas en los sistemas de lógica formal. Ahora bien, mientras estos últimos se mantienen siempre igual en la medida en que se permanezca en el mismo sistema, los axiomas de las ciencias prácticas, como el sentido común en la vida social, están sometidos al efecto del tiempo' (negrillas fuera del texto original).

Adicionalmente, se anotó que la regla que cataloga la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez debe sujetarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, se dijo, el artículo 4 de esa ley prescribe que los derechos enunciados "estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley", y el artículo 7 refuerza esa idea, disponiendo que los derechos 'protegidos por las acciones populares y de grupo...se observarán y aplicarán de acuerdo con como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia'.

Sin embargo, se concluyó, las regulaciones a que se refieren las normas citadas, en materia de moralidad administrativa, por las razones expuestas, seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio ()".

- Segundo

Que teniendo en cuenta el carácter básicamente legislado del Derecho Colombiano, el estudio que debe efectuarse sobre la moralidad administrativa en

⁷ Sentencia de 16 de febrero de 2001. Exp AP 170

⁸ LARENZ, Karl. Op. Cit. P 53

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo El Derecho Dúctil: Ley, derecho, justicia. Editorial Trotta. P 124

las acciones populares no está encaminado a hacer un juicio volitivo o de conciencia sobre la actuación del funcionario o del Estado, pues lo perseguido a través de esta acción es la protección del derecho a la moralidad administrativa, donde la evaluación de la conducta de la autoridad sólo puede hacerse bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada por los principios constitucionales y las normas jurídicas. Y entonces para que pueda hablarse de vulneración a tal derecho colectivo, debe existir necesariamente una trasgresión al ordenamiento jurídico **además de otros elementos adicionales**, porque no toda ilegalidad atenta contra dicho derecho, debiendo probarse también la mala fe de la Administración y la vulneración a otros derechos colectivos¹⁰.

D. CASO CONCRETO:

El análisis del presente asunto se hará de acuerdo con los argumentos esbozados por el apelante y los elementos probatorios y normativos que a continuación se relacionarán, los cuales conducen a la Sala a concluir, en armonía con lo manifestado por el A Quo, que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

Se recalca que este caso dice de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad, cuyo desconocimiento a términos del actor se debe a que EMCALI está incurriendo en varias irregularidades de contratación que generan la malversación de recursos públicos, a través de los sobrecostos en la contratación y el adelantamiento de procedimientos no permitidos por la ley. Estas imputaciones genéricas de violación a derechos colectivos, fueron descritas, particularmente, de la siguiente manera:

- La invitación a contratar a través del mecanismo de contratación directa indicando que los documentos para elaborar la cotización eran los mismos que conformaron los pliegos de condiciones GO-505-93-ALC y que en relación con el volumen I se debía ignorar entre otras condiciones, la de que el precio de la cotización no podía exceder el presupuesto oficial, cuando el contrato de empréstito había establecido que se negociaría con la propuesta más baja.
- El pasar por alto en la evaluación jurídica efectuada sobre las ofertas “() que la cotización fuera presentada por un consorcio no invitado y diferente a los consorcios proponentes en el evento de la licitación, dejando así de lado la obligación adquirida por el OECF de negociar con el proponente más bajo”.

¹⁰ AP-163 del 6 de septiembre de 2001. Actor: Jorge A. Piedrahita Aduen.

- El fundamentar la evaluación financiera de la propuesta, en informe en el que solamente se registran los valores de la propuesta en dólares, del presupuesto oficial, la tasa de cambio y se da un puntaje, sin advertir “() la estimación de la incidencia de todos los reajustes () la incidencia de los impuestos de IVA para los insumos y suministros nacionales e importados () la incidencia de aranceles de suministros importados ()” y no muestra un solo cuadro de cálculos financieros.
- El celebrar un sin número de contratos adicionales y subcontratos “() cuyo resultado final solo permite concluir claramente, que su único propósito era el de desmejorar las condiciones de EMCALI, trayendo consigo un encarecimiento altísimo y sistemático del contrato original a favor del consorcio contratista y de terceros, sin justificación alguna. Entre ellos sobresalen los contratos adicionales Nos. 1, 2, 3 y 4, al contrato GO-505-97-ALC ()”.
- El efectuar reajustes en el precio del contrato por el Consorcio en cuantía superior a los ocho millones de dólares y
- El no resolver a través de la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales el tratamiento de aguas residuales de la ciudad, ya que escasamente cumplirá con menos del 50% del tratamiento, muy por debajo de lo prometido a los caleños.

En primer lugar es necesario destacar que la conductas descritas por el demandante y relacionadas con la suscripción de contratos adicionales y subcontratos con el único propósito de desmejorar las condiciones de EMCALI, trayendo consigo un encarecimiento sistemático del contrato original a favor del consorcio contratista, y la aprobación de reajustes en los precios del contrato por el Consorcio en cuantía superior a los ocho millones de dólares, fueron relatadas **en forma vaga e imprecisa**, sin indicar en concreto las razones por las cuales se considera se presenta la situación de vulneración al interés colectivo, situación que dificulta el control que pueda ejercerse por vía de acción popular, ya que se trata de hechos que se describen en su generalidad pero no se indican las actas de reajuste de precios, no se explica por qué se alude a sobrecostos, por qué se considera que las adiciones y reajustes de precios pactados carecen de justificación, ni se señala cuál fue el precio en el mercado de los bienes y servicios adquiridos etc,

Y en segundo lugar que esos hechos, con excepción de los atinentes a la invitación a contratar a través del mecanismo de contratación directa indicando que debía obviarse el que el precio de la cotización no pudiera exceder el presupuesto oficial, la celebración de contratos adicionales carentes de justificación y la falta de solución por parte de la obra construida al problema de tratamiento de aguas residuales de la ciudad, no son hechos que en sí mismo considerados desconozcan el ordenamiento jurídico aplicable.

Por último:

- que ninguna de esas afirmaciones fácticas de la demanda tiene soporte probatorio como pasa a verse y
- que, por el contrario, en algunos casos se trata de conductas que resultan diferentes a las aseveradas, como así se comprueba con el material probatorio, respecto del cual es importante destacar que si bien algunos de los documentos fueron aportados por el actor en fotocopia simple, ellos provienen de EMCALI, entidad que al contestar la demanda solicitó que fueran tenidos como prueba (fol 170 c.1).

Enseguida se aludirá a cada una de las conductas que a criterio del actor lesionan el derecho colectivo a la moralidad.

1. La invitación a contratar a través del mecanismo de contratación directa indicando que los documentos para elaborar la cotización eran los mismos que conformaron los pliegos de condiciones GO-505-93-ALC y que en relación con el volumen I se debía ignorar entre otras condiciones, la de que el precio de la cotización no podía exceder el presupuesto oficial, cuando el contrato de empréstito había establecido que se negociaría con la propuesta más baja.

La revisión detenida de los diferentes elementos de prueba conduce a la

conclusión contraria a la anotada, teniendo en cuenta que todos los documentos suscritos por EMCALI, en desarrollo del proceso de contratación directa iniciado con motivo de la declaración de desierta de la licitación pública internacional No. GO-505-93 ALC dirigida a la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo, señalan: que el proceso de adjudicación se continuaría con los pliegos utilizados durante la etapa de la licitación; que el precio de la cotización no podría exceder el presupuesto oficial, situación ésta que fue confirmada por EMCALI cuando al efectuar el análisis financiero sobre la única propuesta presentada, utilizó como principal parámetro de valoración la variación de la oferta con respecto al presupuesto oficial y concluyó que la cotización está dentro del presupuesto total oficial. Al respecto se probaron los siguientes hechos:

=> **El día 19 de febrero 1997** mediante resolución N. GG 1486, el Gerente de EMCALI declaró desierta la licitación No. GO-505-93- ALC, para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo, en consideración a lo siguiente:

- *“Que por resolución No. 4511 de octubre 10 de 1996 expedida por la gerencia general de EMCALI, se autorizo la apertura e la licitación GO-505-93-ALC para la construcción de la planta de tratamiento de aguas Residuales de Cañaveralejo, una vez cumplidos los requisitos legales y administrativos requeridos para ello.*
- *Que la citada licitación se abrió el 16 de octubre de 1996 y se cerró el 22 de enero de 1997.*
- *Que a la fecha y hora de cierre y tal como lo consignó en el acta de apertura de la licitación, se recibieron las siguientes propuestas:*
 - 1. Consorcio MISUBISHI corporación- Hazama, Corporación Constructora Andrade Gutiérrez S.A por un valor de US\$ 159'462.340 más Yen \$ 687'181.481 y un plazo de 36 meses.*
 - 2. Consorcio Constructora NORBERTHODEBRECHT- DEGREMONT COLOMBIA S.A- DEGREMONT ARGENINA S.A CONCIVILES S.A por un valor de US160'606,402.97 menos un descuento de US\$8'803 329.11 y un plazo de 36 meses.*
- *Que el presupuesto oficial para esta licitación fue por US83'118.345.41 y la tasa de cambio de dólar de los EUA representativa a la fecha de cierre de la licitación fue de Col \$ 1.023.67 y la del yen de \$0.088242/US tal*

como se consignó en el acta de cierre de la licitación y apertura de las ofertas.

- Que una vez efectuada la corrección aritmética de las propuestas se estableció que el valor corregido, en pesos colombianos, para el Consorcio Mitsubishi Corporación – Constructora Andrade Gutiérrez S. A. Fue de col pesos 170'179,773.232.50 y para el Consorcio Odebrecht – Degremont Colombia S. A. Degremont Argentina S. A. Conciviles S. A de col. pesos 155.400.888.819.70.
- Que estos valores aritméticos están por encima del rango aceptable del 30% con respecto al valor total del presupuesto oficial, excediendo el mismo en 98.81% por parte del primer consorcio y en 82.64% por parte del segundo consorcio.
- **Que con base en lo establecido en el párrafo 6 numeral 4.4.2. del volumen I de los pliegos de la licitación, al no encontrarse las dos propuestas recibidas para la licitación dentro del rango aceptable del 30% por encima o por debajo respecto del valor del presupuesto oficial de EMCALI, es evidente que las propuestas incumplen una de las condiciones fundamentales de los pliegos de licitación y no responden al propósito de los mismos (fol. 50 53 Documento en fotocopia auténtica) .**

=> **El día 16 de abril de 1997** el director jurídico de EMCALI dirigió oficio al Gerente General de dicha entidad y le informó respecto al procedimiento para la construcción de la PTAR Cañaveralejo; le manifestó que como la licitación GO-505-AC-ALC fue declarada desierta puede proceder a contratar directamente la obra; que es discrecional la selección del contratista para la construcción de la planta y que algunos aspectos, como los trámites que adelanta para obtener la exención de impuestos, el reajuste de precios, la definición de métodos constructivos (utilización de tablestacado u otros métodos similares para control de aguas freáticas y protección de excavaciones), la gerencia de proyecto, y la seguridad en el área del proyecto fueron incluidos en los pliegos de condiciones y por lo tanto hacen parte integral de los mismos y no los modifican de manera alguna y por **“() por consiguiente el proceso de adjudicación directa se continuará con los pliegos utilizados durante la etapa de licitación”** (Documento público en fotocopia simple; fol 1 anexo 4).

=> **El 18 de abril de 1997** el Gerente de **EMCALI** expidió la resolución 3017, por medio de la cual establece el procedimiento para contratar directamente la Construcción de planta de tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo, mediante solicitud de Cotización, para lo cual consideró :

- *Que mediante Resolución No. 4511 del 10 de octubre de 1996 se ordenó la apertura de la licitación del contrato, NO. GO-505-93-ALC.*
- *Que esta licitación fue declarada desierta, mediante resolución No. 1486 de 19 de febrero de 1997, dado que ninguna de las propuestas presentadas cumplía con las condiciones presupuestales establecidas en los pliegos de licitación, quedando por encima del presupuesto oficial US\$83'118.345.41 y del rango del 30 % por lo cual no fueron consideradas.*
- ***Que previa consulta al OEFC sobre el procedimiento de contratación directa, éste fue aceptado previa reunión sostenida entre la Administración municipal de Santiago de Cali y representantes de la entidad crediticia celebrada en Washington los días 14 y 15 de abril de 1997 previa sustentación jurídica sobre la legalidad del procedimiento.***
- ***Que el artículo trigésimo octavo de la resolución No. JD-0079 de 14 de agosto de 1995 facultó al gerente de EMCALI para contratar directamente previa obtención de por lo menos una cotización u oferta.***

De acuerdo con lo anterior resolvió autorizar la contratación directa **mediante el proceso de solicitud de Cotización** para la construcción de las obras civiles, transporte, montaje y prueba de los equipos electromecánicos, arranque, puesta en marcha y operación de planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo y para dar cumplimiento a lo anterior autorizó enviar cartas de invitación con su respectiva solicitud de cotización a las firmas precalificadas y aceptadas por la OECF para ese nuevo proceso que se desarrollará de la siguiente forma:

“Las firmas invitadas deberán entregar sus cotizaciones en sobre sellado, en el término de diez días calendario, después de recibida la carta de

*invitación en el sitio y fecha que EMCALI señale. Una vez cerrado el proceso de solicitud de cotización, se procederá a la apertura de las cotizaciones recibidas. De lo actuado se levantará el acta respectiva. Se invitarán a este acto la Personería Municipal, Veedurías ciudadanas, Contraloría Municipal, Gerencia Control Gestión () **EMCALI adelantará la contratación con las firmas cuya cotización sea la más favorable. En caso de presentarse una sola cotización EMCALI adelantará el proceso de negociación y contratación con las firmas que hayan cotizado dentro de los términos establecidos por EMCALI E.I.C.E**" (Documento público en fotocopia auténtica; fols. 10 a 13 anexo 4)*

=> **El día 30 de abril de 1997** el Gerente General de EMCALI informó a los **CONSORCIOS NORBERTH ODEBRECHT Y OTROS y MITSUBISHI Y OTROS** en relación con los documentos remitidos para la elaboración de la cotización solicitada que estos son los mismos que conformaron los pliegos de condiciones para la licitación GO-505-93-ALC declarada desierta; que para los fines de la presentación de la cotización el próximo 5 de mayo los cotizantes sólo deben incluir el formato T-1 (precios unitarios) y el Formato T-5 (cálculo del porcentaje de bienes no elegibles), que el cotizante favorecido deberá entregar oportunamente a EMCALI durante el proceso de negociación y con anterioridad a la firma del contrato los demás documentos consignados en las condiciones de cotización y los que EMCALI requiera; que en relación con el volumen I se deben ignorar los aspectos no pertinentes con el proceso de cotización y contratación directa "Destacamos los siguientes: a) No es necesario presentar una póliza para garantizar la seriedad de la cotización; b) no se efectuará visita al sitio de la obra; c) **el precio de la cotización no podrá exceder el presupuesto oficial;** d) no se considerarán cotizaciones con alternativas técnicas "; *que aspectos tales como a) trámites que adelanta EMCALI para lograr la exención de impuestos; b) definición de métodos constructivos y reutilización de tablaestaca; c) reajuste de precios; d) disponibilidad de una gerencia de proyectos para la implementación de la obra y e) Seguridad en el sitio de la obra son aspectos que fueron considerados en los anteriores pliegos de condiciones, y por lo tanto forman parte integral de las condiciones para la elaboración de la cotización solicitada (Documento público en fotocopia auténtica; anexo 2).*

=> **El 23 de mayo de 1997**, la coordinación financiera de PTAR Cañaveralejo envió al Gerente del proyecto el informe de evaluación de los documentos financieros de la única cotización presentada por el consorcio "DEGREMONT COLOMBIA, DEGREMONT S.A ARGENTINA, NORBERTO ODEBRESCHT,

MITSUBISHI CORPOTACIÓN Y CONCIVILES S. A” indicando que los valores reflejan adecuadamente la información registrada sin presentarse inconsistencias en las operaciones matemáticas y que la cotización se encuentra dentro del presupuesto total oficial. Esos documentos refieren a los siguientes puntos:

a) Financieros:

- *Formato 1 "Desglose de componentes externos y nacionales", se observó la concordancia de los valores consignados en este formato con las cifras consignadas en el formato T-1 "PRECIOS Y CANTIDADES DE OBRA"*
- *Formato F-2 "Resumen de la cotización Económica, se encontró que este formato refleja adecuadamente la información registrada en forma detallada en el formato F-1 mencionado.*
- *Formato F-3 "Descuentos el Cotización", se observó que el cotizante no ofreció descuentos a su cotización, los cuales tampoco fueron ofrecidos en la carta remisoría.*

b) Valor de la cotización básica:

Se revisaron los valores consignados en el formato T1 precios y cantidades obra y no se encontraron inconsistencias matemáticas; el valor de la cotización básica fue de U.S\$83.098.245.35, Tasa de Cambio certificada a mayo 8/97 fue de \$1.075.05, y el valor de cotización (Col) fue de \$89.334.768.663.52. Y

c) Variación con respecto al presupuesto oficial:

Presupuesto oficial de U.S\$83.11834541 y cotización presentada por U.S\$83.098.245.35

De acuerdo con la información relacionada concluyó que la cotización presentada por el consorcio "DEGREMONT COLOMBIA, DEGREMONT S.A ARGENTINA, NORBERTO ODEBRESCHT, MITSUBISHI CORPOTACIÓN Y CONCIVILES S.A" está dentro del rango exigido, y por tanto el punto dado fue de 100 puntos (fols. 7 a 8 anexo Documento aportado en copia simple pero expedido por la persona que lo remitió EMCALI).

=> El día 30 de mayo de 1997 el Gerente General de EMCALI informó al Consorcio "Constructora Norberto Odebretht S. A., Mitsubishi Corporati6n, Degremont Colombia S. A. Degremont S. A. Argentina, Constructora Andrade

Gutierrez S. A. y Construcciones Civiles S. A.” que de acuerdo con la evaluación adelantada para la solicitud de cotización, fue seleccionado para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo **a un precio de (US\$83.098.245.35)** y un plazo de 36 meses, por cumplir la propuesta con los requisitos jurídicos, financieros y técnicos exigidos por EMCALI (Documento público en fotocopia auténtica; anexo 6).

Con fundamento en lo anterior es claro que, a diferencia de lo sostenido en la demanda, en ningún momento la Administración excluyó de las condiciones de la licitación a ser aplicadas a la contratación directa iniciada mediante el sistema de cotización para la construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo, la atinente a que el precio de la cotización no pudiera exceder el presupuesto oficial, ya que por el contrario esa condición estuvo presente en toda el proceso que culminó con la celebración del contrato de obra pública de construcción de la PTAR –C, determinó que la licitación fuera declarada desierta y que se iniciara un nuevo proceso contractual dirigido al recibo de una propuesta más acorde con el presupuesto de la entidad pública.

Otro de los reproches de la demanda a EMCALI es el subsiguiente:

2. Pasar por alto, en la evaluación jurídica efectuada sobre las ofertas, “() que la cotización fuera presentada por un consorcio no invitado y diferente a los consorcios proponentes en el evento de la licitación, dejando así de lado la obligación adquirida por el OECF de negociar con el proponente más bajo”. Sobre el particular es pertinente señalar:

=> **a.** Que el proceso de contratación dirigido a la construcción de la obra PTAR –Cañaveralejo gozaba de una condición particular consistente en que contaba con la financiación parcial de fondos de Empresa de crédito extranjera, lo que hacía que dicho proceso estuviera sujeto a las reglas establecidas por ésta, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 80 de 1993 que señala que “() *los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia, o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades **en todo lo relacionado con procedimiento de formación y adjudicación** y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes*” (Num. 4)

Esas reglas en este caso fueron consignadas en el contrato de empréstito celebrado entre la empresa japonesa The Overseas Economic Cooperation Fund y las Empresas Municipales de Cali EMCALI, dentro de las cuales no obra ninguna estipulación o regla que diga que para la escogencia del contratista en los contratos que hayan de ser financiados con los recursos provenientes de ese empréstito, se deba tener en cuenta al proponente que presente la oferta más baja. Por el contrario en el contrato de crédito se estipuló que todas las licitaciones no deberían ser rechazadas y abrir nuevas licitaciones bajo las mismas especificaciones sólo con el propósito de obtener precios más favorables en las nuevas licitaciones, excepto en los casos en los que la licitación excediera el costo estimado en un monto sustancial; que el rechazo de todas las licitaciones se puede justificar cuando las licitaciones no están acordes con el propósito de los documentos de la licitación y finalmente que en circunstancias especiales, después de consultar con el fondo, el prestatario podría negociar con uno o dos de los licitantes de precio más favorable y tratar de obtener un contrato satisfactorio. En efecto:

El 12 de mayo de 1986, THE OVERSAS ECONOMIC COOPERATION FUND empresa del Japón y "EMCALI" suscribieron contrato de préstamo No. CL3 P con la inclusión de todos los demás contratos suplementarios, en el cual la primera empresa se comprometió a prestarle a EMCALI suma no mayor a 18.285'500.000.00 de yenes japoneses, como capital para la ejecución del proyecto de acueducto y Alcantarillado de Aguablanca y el uso de los fondos del préstamo para la compra de bienes adecuados y servicios necesarios para la ejecución del proyecto a proveedores, contratistas o consultores de países de origen elegibles de acuerdo con las leyes y condiciones del Japón. Los recursos provenientes del préstamo estarían dirigidos a la construcción de un sistema de acueducto consistente en "() a) *ampliación de la planta de Mallarino, b) Suministro e instalación de la tubería de transmisión oriental, c) suministro e instalación de tuberías de conducción, distribución y conexiones domiciliarias y d) servicio de consultoría y un sistema de alcantarillado conformado por la construcción de la planta de tratamiento de alcantarillado, la construcción de la estación de bombeo de de aguablanca y suministro e instalación de la tubería de impulsión (conducto forzado), la construcción de la Estación de bombeo de Puerto Mallarino, la construcción de canales y lagunas y los servicios de consultoría.*

El procedimiento de adquisición de los bienes y servicios se sujetó a financiamiento con los fondos del préstamo a unas pautas de adquisición y se acordó que “() el prestatario podrá obtener, en principio aprobación previa por parte del Fondo del método de adquisición propuesto, de los documentos de la licitación (incluyendo el contrato propuesto), análisis de las licitaciones y adjudicación propuesta ()”, asimismo cuando se pretenda hacer alguna modificación importante del contrato (Artículo III, sección 3.01). Y se convino que la consecución de todos los bienes y servicios, a excepción de los de consultoría, a ser financiados por los fondos del préstamo se haría de acuerdo con las pautas de adquisición adjuntas con las siguientes estipulaciones suplementarias:

“() (1) Las pautas de adquisición no se aplicarán en el caso de la adquisición de bienes y servicios que deban ser financiados con los fondos del préstamo asignados a la porción de moneda local (). La adquisición de estos bienes y servicios deberá efectuarse sin embargo, con el debido cuidado en cuanto a economía y eficiencia. El Fondo considera apropiado que dicha adquisición se haga a través de un ofrecimiento competitivo entre los proveedores del país del prestatario. (2) El prestatario conseguirá los bienes y servicios a ser financiados de los fondos del préstamo a través de licitación pública internacional; con calificación previa. El prestatario obtendrá la aprobación previa del Fondo en el caso de que el prestatario desee adoptar los procedimientos de adquisición fuera de la licitación pública internacional, suministrando al fondo la solicitud de aprobación de métodos de adquisición firmada por una persona debidamente autorizada. (3) Antes de anunciar o notificar la calificación previa el prestatario presentará al Fondo para su aprobación dos copias de los documentos de calificación previa ()”.

Como pautas de adquisición se señalaron las relativas al tipo y tamaño de los contratos, indicando que los contratos podrán hacerse con base en precios unitarios por trabajos realizados o artículos suministrados o por un precio total, o una combinación de ambos por las diferentes partes del contrato, según la naturaleza de los bienes o servicios a ser suministrados y que podrán celebrarse contratos individuales para ingeniería, equipo y construcción a ser suministrados por la misma firma (contratos en llave) si ofrecen ventajas técnicas y económicas para el país prestatario.

Asimismo que si el Fondo lo consideraba necesario se exigiría calificación previa de los licitantes, la cual debería hacerse teniendo en cuenta la experiencia y ejecuciones anteriores de cada firma en trabajos similares, sus capacidades con respecto a personal, equipo y planta y su posición financiera, que los documentos

de la licitación deberían tener una declaración clara sobre si se requieren precios fijos o se acepta un alza escalonada en los precios de la licitación.

Acordaron igualmente que todas las licitaciones no deberán ser rechazadas y abrir nuevas licitaciones bajo las mismas especificaciones sólo con el propósito de obtener precios más favorables en las nuevas licitaciones, **excepto en los casos en los que la licitación más favorable exceda el costo estimado en un monto sustancial**. El rechazo de todas las licitaciones también se puede justificar “() cuando (a) las licitaciones no están acordes con el propósito de los documentos de licitación, o b) hay falta de competencia. Si todas las licitaciones son rechazadas, el prestatario deberá revisar las causas que justifican el rechazo y deberá considerar ya sea una revisión de las especificaciones o modificación del proyecto (o cantidades de trabajo en los artículos en que se citó a la apertura original de la licitación), o ambos. **En circunstancias especiales, después de consultar con el fondo, el prestatario podrá negociar con uno o dos de los licitantes de precio más favorable y tratar de obtener un contrato satisfactorio ()**” (Documento en fotocopia auténtica; Anexo No. 1).

=> **b.** Que tampoco se probó la afirmación definida de la demanda atinente a que en la evaluación jurídica efectuada sobre las ofertas se pasó por alto que la cotización fuera presentada por un consorcio no invitado y diferente a los consorcios proponentes en el evento de la licitación, ya que como se verá a continuación, en la relación de hechos probados, la única cotización presentada en esta segunda etapa la hizo un Consorcio que fue invitado, a través de solicitud de cotización, y que si bien éste no había participado en la licitación pública internacional declarada desierta, los miembros que lo integraban sí y de todas formas el marco legal aplicable en esta materia no impedía que se presentara en esta segunda etapa una sociedad distinta a las que intervinieron inicialmente, porque de lo que se trataba era de escoger el contratista que ofreciera las condiciones más favorables para la entidad pública contratante.

En tal sentido el Estatuto Contractual, contenido en la ley 80 de 1993, prevé dentro de los principios que rigen la contratación estatal, el de transparencia; señala que la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso salvo en los casos que pasa a relacionar en que la Administración puede contratar directamente, como cuando la licitación o concurso ha sido declarado desierto (lit. g de artículo 24 de la ley 80 de 1993).

El mecanismo de contratación directa fue objeto de reglamentación en el decreto 855 de 1994, en el cual se dispuso que el Jefe de la entidad estatal debe ajustarse y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva establecidos en la ley 80 de 1993, según el cual **es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento que sea más favorable a la entidad y a los fines que ella busca**, debiendo entenderse como ofrecimiento más favorable aquel que teniendo en cuenta los factores de escogencia -cumplimiento, experiencia, organización equipos, plazos, precio- y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia “() o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa ()”, resulta ser el más ventajoso para la entidad (artículos 2 del decreto reglamentario 855 de 1994 y 29 de la ley 80 de 1993).

Se indicó igualmente que en caso de declaratoria de desierta de una licitación, **la entidad estatal podría contratar directamente, sin necesidad de obtener previamente ofertas** “() teniendo en cuenta los precios del mercado, y si el del caso, los estudios y evaluaciones que para el efecto se hayan realizado directamente o a través de organismos consultores o asesores designados para ello”, que no podría contratar directamente con las personas que hubieren presentado en la licitación propuestas que se hubieren considerado artificialmente bajas **y que en todo caso la entidad no podría variar el objeto del contrato proyectado o modificar sustancialmente los términos de referencia** (art. 12 decreto 855/94)¹¹.

Por su parte el Gerente de EMCALI estableció el procedimiento para contratar directamente la Construcción de planta de tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo, mediante solicitud de cotización, a través de la resolución 3017 de 18 de abril de 1997, para lo cual consideró :

- *Que mediante Resolución No. 4511 del 10 de octubre de 1996 se ordenó la apertura de la licitación del contrato, N0. GO-505-93-ALC.*
- *Que esta licitación fue declarada desierta, mediante resolución No. 1486 de 19 de febrero de 1997, dado que ninguna de las propuestas presentadas*

¹¹ Este fue derogado en el año derogado en el año 2002, mediante el decreto 2.170, que es posterior a la ocurrencia de los hechos demandado.

cumplía con las condiciones presupuestales establecidas en los pliegos de licitación, quedando por encima del presupuesto oficial US\$83'118.345.41 y del rango del 30 % por lo cual no fueron consideradas.

- **Que previa consulta al OEFC sobre el procedimiento de contratación directa, éste fue aceptado previa reunión sostenida entre la Administración municipal de Santiago de Cali y representantes de la entidad crediticia celebrada en Washington los días 14 y 15 de abril de 1997 previa sustentación jurídica sobre la legalidad del procedimiento.**
- **Que el artículo trigésimo octavo de la resolución No. JD-0079 de 14 de agosto de 1995 faculta al gerente de EMCALI para contratar directamente previa obtención de por lo menos una cotización u oferta.**

De acuerdo con lo anterior resolvió autorizar la contratación directa **mediante el proceso de solicitud de Cotización** para la construcción de las obras civiles, transporte, montaje y prueba de los equipos electromecánicos, arranque, puesta en marcha y operación de planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo y para dar cumplimiento a lo anterior autorizó enviar cartas de invitación con su respectiva solicitud de cotización a las firmas precalificadas y aceptadas por la OECF **para ese nuevo proceso que se desarrollará de la siguiente forma:**

*“Las firmas invitadas deberán entregar sus cotizaciones en sobre sellado, en el término de diez días calendario, después de recibida la carta de invitación en el sitio y fecha que EMCALI señale. Una vez cerrado el proceso de solicitud de cotización, se procederá a la apertura de las cotizaciones recibidas. De lo actuado se levantará el acta respectiva. Se invitarán a este acto la Personería Municipal, Veedurías ciudadanas, Contraloría Municipal, Gerencia Control Gestión () **EMCALI adelantará la contratación con las firmas cuya cotización sea la más favorable. En caso de presentarse una sola cotización EMCALI adelantará el proceso de negociación y contratación con las firmas que hayan cotizado dentro de los términos establecidos por EMCALI E.I.C.E”***
(Documento público en fotocopia auténtica; fols. 10 a 13 anexo 4)

En armonía con las reglas anteriores EMCALI llamó a este nuevo proceso de contratación a las firmas precalificadas y que habían sido aceptadas en la etapa licitatoria y posteriormente previó la posibilidad de que esas firman integraran consorcios con el fin de participar en el proceso de contratación directa, lo cual fue previamente consultado con la OECF en consonancia con el contrato

de empréstito, así como con profesional del derecho quien emitió concepto favorable al respecto.

Ahora en desarrollo de la anterior permisión, se constituyó el Consorcio conformado por las firmas que inicialmente participaron en la licitación y por una sociedad adicional, la cual presentó su oferta atendiendo la invitación cursada el 28 de mayo de 1997 mediante oficio 142-GP-PTAR-0650-AT-97, que previos los estudios jurídicos, financieros y técnicos, fue favorecida con la contratación de la PTAR –C, como pasa a verse:

El 18 de marzo de 1997 el Gerente general de EMCALI informó a la OECF (Acuerdo de préstamo CL-P3) que se había decidido conformar la lista corta para la adjudicación directa del contrato relacionada con la construcción de la PTAR de Cañaveralejo de la siguiente forma: *) Constructora Andrade Gutiérrez S.A, *) Degremont Argentina S.A *) Misubishi Corporation, *) Constructora Norberth Odebrecht S. A, **y que se permitiría la formación de Consocios entre las firmas mencionadas, y por lo mismo se solicitaba su no objeción con respecto a los puntos anteriores** (Documento aportado en fotocopia autenticada, anexo 2).

Ese mismo día el Gerente General de EMCALI sometió a consideración de la OECF, además de las 4 firmas mencionadas en el oficio anterior, los nombres de las sociedades Hynday Engineering y Techin (Documento aportado en fotocopia auténtica; anexo 2)

El 30 de abril de 1997 el Gerente General de EMCALI informó a los Consorcios Norberth Odebrecht y Otros y Mitsubishi y otros en relación con los documentos remitidos para la elaboración de la cotización solicitada que estos son los mismos que conformaron los pliegos de condiciones para la licitación GO-505-93-ALC declarada desierta, que para los fines de la presentación de la cotización el próximo 5 de mayo los cotizantes sólo deben incluir el formato T-1 (precios unitarios) y el Formato T-5 (cálculo del porcentaje de bienes no elegibles), que el cotizante favorecido deberá entregar oportunamente a EMCALI durante el proceso de negociación y con anterioridad a la firma del contrato los demás documentos consignados en las condiciones de cotización y los que EMCALI requiera, que en relación con el volumen I se deben ignorar los aspectos no pertinentes con el proceso de cotización. (Documento público en fotocopia auténtica; anexo 2).

Ese mismo día, abogado consultor rindió concepto, dirigido a EMCALI, sobre la posibilidad de invitar a participar en un proceso de contratación directa a grupos de firmas que no concordarán exactamente con las asociaciones temporales que se presentaron a la licitación que fue declarada desierta para lo cual, adujo que las entidades públicas tienen libertad para escoger directamente al contratista en caso de previa declaratoria desierta de una licitación y no están limitadas en absoluto a contratar con las personas que participaron en la licitación. *“() El hecho de que una persona o unas personas se hubieran presentado en asociación con otras no las priva de su capacidad de ser llamadas a contratar, bien individualmente, bien en asocio con otras personas que hayan o no formado parte de la asociación temporal que presentó propuesta en la licitación”* (Documento privado en fotocopia simple; fols. 6 a 7 anexo 4)

El 30 de mayo de 1997 abogado de EMCALI le informó al Gerente del proyecto PTAR Cañaveralejo que efectuada la evaluación jurídica a la cotización presentada para la contratación directa de la planta de tratamiento de aguas residuales de C. el Consorcio conformado por Degremont Colombia, Degremont S.A. Argentina, Norberto Odebresth, Mutsubishi Corporación y Conciviles S. A. en cuanto la carta remisoría, valor, plazo, matrícula profesional de quien abona la cotización, certificados de Cámara de Comercio, autorización para firmar la cotización, acta de Junta o Asamblea, declaración de elegibilidad de los bienes o documento consorcial, declaración de elegibilidad del licitante, declaración de renuncia a la reclamación diplomática, autorización para la firma del contrato y documentos aportados y posteriormente actualizados, la propuesta si cumple con los requisitos exigidos en la solicitud de la cotización GO-PTAR-019-97-SC. Al informe se acompañó informe de evaluación jurídica en la que se discrimina cada una de las sociedades que conforman el consorcio, indicando frente a cada una de ellas el certificado de existencia y representación legal, la declaración de elegibilidad de los consortes, las actas de junta, la declaración de renuncia a la reclamación diplomática, además del valor de la cotización, plazo, abono de la propuesta, declaración de elegibilidad de los bienes y documento consorcial (Documento público en fotocopia auténtica, anexo No. 5).

Ese mismo día el Gerente General de EMCALI informó al Consorcio (Constructora Norberto Odebresth S. A., Mitsubishi Corporación, Degremont Colombia S. A. Degremont S. A. Argentina, Constructora Andrade Gutierrez S. A.

y Construcciones Civiles S. A) que de acuerdo con la evaluación adelantada para la solicitud de cotización, fue seleccionado para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo a un precio de (US\$83.098.245.35) y un plazo de 36 meses, por cumplir la propuesta con los requisitos jurídicos, financieros y técnicos exigidos por EMCALI (Documento público en fotocopia auténtica; anexo 6).

Se suscribió asimismo un acuerdo entre EMCALI y el consorcio contratista, para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo, **atendiendo la invitación cursada el 28 de mayo de 1997 mediante oficio 142-GP-PTAR-0650-AT-97** y las múltiples reuniones sostenidas entre las partes para analizar la cotización preparada por el Consorcio contratista y recibida por EMCALI (Documento público en fotocopia simple; fols 115 a 119 c.2).

De lo anterior se desprende que el hecho afirmado definitivamente por el actor no fue probado, ya que como se manifestó antes el Consorcio que resultó favorecido sí fue invitado al trámite de contratación directa, que si bien estrictamente se trataba de un consorcio distinto a los que participaron inicialmente en el proceso licitatorio público, nada impedía esa situación salvo lo considerado por la Entidad prestamista.

Otra de las conductas reprochadas a EMCALI por el actor es la siguiente:

3. Fundamentar la evaluación financiera de la propuesta, en informe en el que se registran únicamente los valores de la propuesta en dólares, el presupuesto oficial, la tasa de cambio y se da un puntaje, sin advertir la estimación de la incidencia de todos los reajustes, los impuestos de IVA para los insumos y suministros nacionales e importados, los aranceles de suministros importados, sumado a que no se muestra un solo cuadro de cálculos financieros.

Este hecho se estudiará teniendo en cuenta que si bien en principio el requisito que echa de menos el actor en el trámite contractual directo adelantado por EMCALI para la construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Cañaveralejo, no está contemplado en forma expresa en este procedimiento de selección, en el cual el estudio financiero de las propuestas presentadas no se prevé como etapa que debe ser agotada previo a la selección del contratista, lo cierto es que quien adelanta este procedimiento de selección

debe cumplir con los principios de economía, transparencia y selección objetiva establecidos en la ley 80 de 1993, de los cuales puede inferirse que la oferta cualquiera sea el proceso de selección que se adelante debe ser objeto de los estudios necesarios, financieros, jurídicos y técnicos que permitan determinar si ésta resulta o no ser la más ventajosa para la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 29 de la ley 80 de 1993 y el decreto 855 de 1994.

En ese orden de ideas, la omisión de los respectivos estudios en un proceso de selección directa, situación que puede presentarse no solamente cuando se omiten por completo los estudios referidos sino también cuando se hacen análisis aparentes en los que no se tienen en cuenta los factores requeridos para una adecuada escogencia, puede llegar a ser violatorio del deber de selección objetiva que tiene la Administración de escoger la propuesta que le resulte más favorable de acuerdo a los fines públicos que cumple, contradiciendo de esta forma el orden legal aplicable (art. 29 ley 80/93).

La revisión de los distintos elementos probatorios permite a la Sala concluir que no se demostró que fueran omitidos los estudios FINANCIEROS, JURÍDICOS O TÉCNICOS sobre la propuesta presentada, como tampoco que en los estudios realizados no se hubieran considerado aspectos determinantes para la selección del contratista en desmedro de la entidad pública contratante, que permitieran pensar en la violación de los principios contractuales de transparencia o selección objetiva. Advierte la Sala que los temas que señala el actor que no fueron considerados por EMCALI al analizar financieramente la propuesta (reajustes, el IVA para los insumos y suministros nacionales e importados, los aranceles de suministros importados) son puntos que en oficio remitido por EMCALI a los invitados a cotizar, se señalan como integrantes de los anteriores pliegos de condiciones y por tanto de las nuevas condiciones para la elaboración de la cotización solicitada.

Pero como en este proceso no se probaron los pliegos de condiciones de la licitación pública internacional GO-505-93-ALC declarada desierta, la oferta del Consorcio “Degremont Colombia, Degremont Argentina, Norberto Odebrescht, Mitsubishi Corporación y Conciviles S. A” no se puede establecer la verdad jurídica de la afirmación definida de que EMCALI omitió el estudio sobre la incidencia de estos gastos en el valor ofrecido por el proponente y en desmedro del patrimonio estatal. Finalmente cabe señalar que el IVA para los insumos y suministros

nacionales e importados y los aranceles de suministros importados son asuntos que estaban siendo tramitados por EMCALI con el fin de lograr la correspondiente exención.

Enseguida se citan los soportes probatorios de las anteriores apreciaciones de la Sala:

*) Oficio de **16 de abril de 1997** mediante el cual el director jurídico de EMCALI informa al Gerente General de dicha entidad respecto al procedimiento para la construcción de la PTAR Cañaveralejo que como la licitación No. GO-505-AC-ALC fue declarada desierta EMCALI puede proceder a contratar directamente la obra, que es discrecional la selección del contratista para la construcción de la planta **y que algunos aspectos como los trámites que adelanta EMCALI para obtener la exención de impuestos, el reajuste de precios, la definición de métodos constructivos (utilización de tablestacado u otros métodos similares para control de aguas freáticas y protección de excavaciones), la gerencia de proyecto, y la seguridad en el área del proyecto fueron incluidos en los pliegos de condiciones por lo tanto hacen parte integral de los mismos y no los modifican de manera alguna “() por consiguiente el proceso de adjudicación directa se continuará con los pliegos utilizados durante la etapa de licitación”** (Documento público en fotocopia simple; fol 1 anexo 4).

*) Oficio de **30 de abril de 1997** mediante el cual el Gerente General de EMCALI informó a los Consorcios Norberth Odebrecht y Otros y Mitsubishi y otros en relación con los documentos remitidos para la elaboración de la cotización solicitada que estos son los mismos que conformaron los pliegos de condiciones para la licitación GO-505-93-ALC declarada desierta, que para los fines de la presentación de la cotización el próximo 5 de mayo los cotizantes sólo deben incluir el formato T-1 (precios unitarios) y el Formato T-5 (cálculo del porcentaje de bienes no elegibles), que el cotizante favorecido deberá entregar oportunamente a EMCALI durante el proceso de negociación y con anterioridad a la firma del contrato los demás documentos consignados en las condiciones de cotización y los que EMCALI requiera y que aspectos tales como a) trámites que adelanta EMCALI para lograr la exención de impuestos; b) definición de métodos constructivos y reutilización de tablaestaca; c) reajuste de precios; d)

disponibilidad de una gerencia de proyectos para la implementación de la obra y e) Seguridad en el sitio de la obra **son aspectos que fueron considerados en los anteriores pliegos de condiciones, y por lo tanto forman parte integral de las condiciones para la elaboración de la cotización solicitada** (Documento público en fotocopia auténtica; anexo 2).

*) Informe financiero remitido el **23 de mayo de 1997** por la coordinación financiera de PTAR CAÑAVERALEJO al Gerente del proyecto, de la única cotización presentada por el consorcio conformado por: Degremont Colombia, Degremont S.A Argentina, Norberto Odebrescht, Mitsubishi Corpotación y Conciviles S.A en el cual se concluye que los valores reflejan adecuadamente la información registrada sin presentarse inconsistencias en las operaciones matemáticas y que la cotización se encuentra dentro del presupuesto total oficial. Esos documentos refieren a:

Documentos Financieros:

- Formato 1 "Desglose de componentes externos y nacionales", se observó concordancia de los valores consignados en este formato con las cifras consignadas en el formato T-1 "PRECIOS Y CANTIDADES DE OBRA"
- Formato F-2 "Resumen de la cotización Económica, se encontró que este formato refleja adecuadamente la información registrada en forma detallada en el formato F-1 mencionado.
- Formato F-3 " Descuentos el Cotización", se observó que el cotizante no ofreció descuentos a su cotización, los cuales tampoco fueron ofrecidos en la carta remisoría.

Valor de la cotización básica: Se revisaron los valores consignados en el formato T1 precios y cantidades obra y no se encontró inconsistencias matemáticas, el valor de la cotización básica fue de U.S \$83.098.245.35, Tasa de Cambio certificada a mayo 8/97 fue de \$1.075.05, y el valor de cotización (Col) fue de \$89.334.768.663.52.

Variación con respecto al presupuesto oficial: Presupuesto oficial de U.S\$83.11834541 y cotización presentada por U.S\$83.098.245.35

De acuerdo con la información relacionada concluyó que la cotización presentada por el consorcio conformado por Degremont Colombia, Degremont S.A Argentina, Norberto Odebrescht, Mitsubishi Corpotación y Conciviles S.A está dentro del rango exigido, y por tanto el punto dado fue de 100 puntos (fols. 7 a 8 anexo Documento aportado en copia simple pero expedido por la persona que lo remitió EMCALI).

*) Informe jurídico dirigido **el 30 de mayo de 1997** por abogado de EMCALI al Gerente del proyecto PTAR Cañaveralejo, informando que efectuada la evaluación jurídica a la cotización presentada para la contratación directa de la planta de tratamiento de aguas residuales de C. el Consorcio conformado por Degremont Colombia, Degremont S.A. Argentina, Norberto Odebresth, Mutsubishi Corporación y Conciviles S. A. en cuanto la carta remisoria, valor, plazo, matrícula profesional de quien abona la cotización, certificados de Cámara de Comercio, autorización para firmar la cotización, acta de Junta o Asamblea, declaración de elegibilidad de los bienes o documento consorcial, declaración de elegibilidad del licitante, declaración de renuncia a la reclamación diplomática, autorización para la firma del contrato y documentos aportados y posteriormente actualizados, la propuesta si cumple con los requisitos exigidos en la solicitud de la cotización GO-PTAR-019-97-SC. Al informe se acompañó informe de evaluación jurídica en la que se discrimina cada una de las sociedades que conforman el consorcio, indicando frente a cada una de ellas el certificado de existencia y representación legal, la declaración de elegibilidad de los consortes, las actas de junta, la declaración de renuncia a la reclamación diplomática, además del valor de la cotización, plazo, abono de la propuesta, declaración de elegibilidad de los bienes y documento consorcial (Documento público en fotocopia auténtica, anexo No. 5).

*) Evaluación técnica de la propuesta remitida por el Coordinador del Área Técnica al gerente del proyecto PTAR C., la cual arrojó los siguientes resultados concluyéndose que cumplía con todos los requisitos exigidos por EMCALI.

EVALUACIÓN DE FORMATOS:

<p>TABLA NUMERO 1</p>	<p>Determinación del valor del Presupuesto de la oferta pi, se consignaron valores parciales y el monto total de la cotización que fue: Propuesta US\$ 83.098.245 (dólar americano), Tasa de cambio a</p>
-----------------------	---

	<p>mayo 8/97 (\$1075.05 dólares americanos), Propuesta \$89.334.768.63.52 (pesos colombianos)</p>
TABLA NUMERO 2	<p>Chequeo del rango del presupuesto con respecto al presupuesto oficial. Se calculó el porcentaje de diferencia con respecto al presupuesto oficial, el cual estuvo 0.024% por debajo de este.</p>
TABLA NUMERO 3	<p>Valor de la propuesta corregida con el descuento ofrecido. Se verificó que toda la documentación exigida fue cumplida a cabalidad.</p>
TABLA NUMERO 3	<p>Verificación de la entrega de información complementaria obligatoria. Se verificó que toda la documentación exigida fue cumplida a cabalidad.</p>
TABLA NUMERO 4	<p>Valor de la propuesta corregida con el descuento ofrecido, el consorcio no presentó ningún descuento.</p>
TABLA NUMERO 5	<p>Verificación de la presentación alternativa. El consorcio no presentó propuesta alternativa.</p>
TABLA NUMERO 6	<p>Verificación de la cantidad de los análisis de precios unitarios y desglose del A.I.U. Se presenta el desglose del A.I.U. y la cantidad de los precios unitarios requeridos presentados por el proponente y el porcentaje de estos con respecto al total de precios unitarios exigido, verificando que cumplieron por encima del 95% .</p>
TABLA NÚMERO 7	<p>Lista de omisiones. Se consignaron los ítems en los cuales no se encontró valor en precio unitario, dichos ítems se cuantificaron con el valor de cero.</p>
TABLA NÚMERO 8	<p>Formato T-1, se revisaron los valores parciales y el monto total de la cotización. Se chequeo que la descripción del ítem, la unidad, la cantidad y el código del ítem del formato T-1 presentado por el consorcio coincidió con el formato T-1 del presupuesto oficial de EMCALI – E.I.C.E</p>
TABAL NUMERO 9	<p>Formato T-5 esta tabla presenta el porcentaje de bienes no elegibles presentado por el consorcio, que cumple por ser menor del exigido</p>

	del 30%
TABLA NUMERO 10	Verificación para la presentación opciones de compra de repuestos. El Consorcio si presentó opciones de compra de repuestos.
TABLA NUMERO 11	Formato t-4 Se verificó que el cotizante si cumplió con las características mínimas garantizadas para equipos eléctricos y mecánicos.
TABLA NUMERO 12	Cálculo de desviaciones técnicas. En la cotización no hay desviaciones técnicas.
TABLA NUMERO 13	Puntaje de Evaluación. Obtuvo esta prepuesta un puntaje de 100 puntos.

Se presentó como anexo - observaciones al programa de trabajo y evaluación del Plan de Manejo Ambiental (fols. 12 a 28 anexo 5; documento aportado en fotocopia autenticada)

*) Oficio de **30 de mayo de 1997** dirigido por el Gerente General de EMCALI al Consorcio Constructora Norberto Odebretht S. A., Mitsubishi Corporación, Degremont Colombia S. A. Degremont S. A. Argentina, Constructora Andrade Gutierrez S. A. y Construcciones Civiles S. A señalando que de acuerdo con la evaluación adelantada para la solicitud de cotización, había sido seleccionado para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo a un precio de (US\$83.098.245.35) y un plazo de 36 meses, **por cumplir la propuesta con los requisitos jurídicos, financieros y técnicos exigidos por EMCALI** (Documento público en fotocopia auténtica; anexo 6).

*) Acuerdo suscrito ese mismo día entre EMCALI E.I.C.E. y el consorcio contratista para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo, El acuerdo consta de 16 puntos, de los cuales se extractan los más importantes así: Ratificación sobre:

- las condiciones de la cotización son iguales en su esencia a las establecidas en el pliego de licitación No. GO-505-93-alc,
- la inclusión en ésta de todos los costos relacionados con el Plan de manejo ambiental, entrenamiento para personal de EMCALI, plan completo de inspección de pruebas, programa de seguridad y vigilancia durante la construcción de la obra, la construcción de vías temporales,

- que la totalidad de los equipos a suministrar cumplirán con las especificaciones de los pliegos de la licitación;
- el valor del contrato será por US\$83.098.245.35;
 - el plazo de construcción de la obra será de 36 meses;
 - **EMCALI tramitará oportunamente la exención de los impuestos relacionados con el IVA y arancel para los bienes importados, el Iva para insumos, suministros y bienes nacionales. “Los valores correspondientes a estos impuestos no han sido incluidos en el valor contractual”;**
 - los demás impuestos relacionados con la ejecución del contrato serán a cargo del Consorcio Contratista;
 - la planta de Cañaveralejo será construida conforme al diseño de EMCALI preparado por Notogoi; y con
 - la firma de ese acuerdo, se procederá a firmar el contrato el 6 de junio de 1997 (Documento público en fotocopia simple; fols 115 a 119 c.2).

En tales condiciones el hecho afirmado definitivamente en la demanda no fue sustentado probatoriamente por el actor, a quien le correspondía de acuerdo con las reglas probatorias vigentes en materia de acción popular, probar el supuesto de hecho de las disposiciones que contemplan las consecuencias perseguidas. **Tratándose de acciones populares la carga de la prueba le corresponde al actor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 472 de 1998**, que señala que si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no puede ser cumplida el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los medios probatorios pertinentes, situación que no se presentó en este caso.

Otra de las quejas del demandante frente a EMCALI es la siguiente:

4. Celebrar un sin número de contratos adicionales y subcontratos “() cuyo resultado final solo permite concluir claramente, que su único propósito era el de desmejorar las condiciones de EMCALI, trayendo consigo un encarecimiento altísimo y sistemático del contrato original a favor del consorcio contratista y de terceros, sin justificación alguna. Entre ellos sobresalen los contratos adicionales Nos. 1, 2, 3 y 4, al contrato GO-505-97-ALC ()”.

Para abordar el estudio de esta imputación es necesario hacer alusión, primero, a la naturaleza del contrato adicional y a sus diferencias con las simples adiciones contractuales no llamadas a agregar algo nuevo al objeto inicialmente convenido.

La ley 80 de 1993 prevé que los contratos que celebren las entidades estatales no podrían adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial. Ahora para saber si frente a un caso determinado existe “adición del contrato” en cuanto al valor estipulado en él, es preciso diferenciar las diferentes modalidades de pago que pueden ser pactadas en un contrato de obra pública, distinguiéndose las atinentes, al precio global o precio alzado, los precios unitarios, la Administración delegada, la concesión, la llave en mano o cualquier otra forma mixta que quieran acordar las partes. El contrato a precio fijo como lo señalaba el anterior Estatuto Contractual decreto ley 222 de 1983 (el nuevo no lo define) es aquel en el “() *que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación del personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos ()*”.

La doctrina advierte¹² que si se acuerda suma fija como remuneración no puede modificarse dicho pacto “() *salvo que llegaren a darse circunstancias que justifiquen la celebración de un nuevo acuerdo de voluntades o contrato adicional que modifique el precio pactado*” y que en caso de acordarse ajustes de precios, ello no implica un cambio sino una simple actualización del precio.

En tanto que las restantes modalidades de pago, a precio indeterminado pero determinable, el precio estipulado en el contrato se constituye en un simple cálculo sobre el valor probable del mismo, no obligatorio para las partes, destacándose por ser pertinente para este estudio el contrato pactado a precios unitarios.

El contrato a precio unitario fue definido también en el anterior Estatuto Contractual como aquel en el que “() *se pacta el precio por unidades o cantidades*

¹² *El Contrato Estatal de Obra. Álvaro Escobar Henríquez. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Pags. 84 y sgs.*

de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije” (art. 89 dctr. 222/83).

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede confundirse como lo ha sostenido en varias oportunidades la Sala, **la adición del contrato** a través de la añadidura de obras que no forman parte del objeto contractual inicialmente convenido, **de las simples modificaciones a las cantidades de obra ejecutadas en un contrato pactado a precios unitarios** las cuales fueron contratadas pero su estimativo inicial sobrepasó los cálculos efectuados inicialmente durante la ejecución del contrato. Se destaca al respecto el fallo proferido el día 18 de julio de 2002¹³, en el cual se diferenció entre el concepto de obras adicionales y mayores cantidades de obra ejecutada:

*“Para la Sala no es claro si tales obras son realmente obras adicionales o corresponden más bien a mayores cantidades de obra ejecutada, circunstancia que no puede ser desconocida puesto que unas y otras obedecen a hipótesis distintas y, por ende, adquieren implicaciones jurídicas propias. En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, **la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada** pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una ‘prolongación de la prestación debida’, **sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual**. Esta situación justifica que en determinados casos se celebren contratos adicionales, o que, si esto no ocurre, se restablezca la ecuación contractual ya sea al momento de liquidar el contrato, o a través, de la acción judicial correspondiente, a condición, claro está, de que si el contrato fue liquidado por las partes de común acuerdo, el contratista se haya reservado el derecho a reclamar por ello. En cambio, **la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudir a la acción de reparación directa. En este caso se puede concluir, que el pago que se reclama corresponde realmente a mayores cantidades de obra ejecutada, y no a obras adicionales”**.*

¹³ Expediente 22.178. Actor: Unión Temporal Hidrocaña. En el mismo sentido ver fallo dictado el día 22 de abril de 2004. Radicación: 07001-23-31-000-1997-0132-01. Actor: JOSÉ TOMAS ARIAS PINZÓN.. Demandado: Municipio de Arauca. Referencia: No. interno: 14.292

Con fundamento en el marco normativo anterior, es preciso señalar que PARTICULARMENTE, en el caso, de los 4 contratos llamados “adicionales al contrato de obra pública” No. GO-505-97-ALC que señala el actor haber sido suscritos entre las partes contratantes sin fundamento alguno, **solo uno de ellos corresponde a esa categoría de adicional.**

Y es que en el contrato de obra pública PTAR-C, se pactó como modalidad de precio, la mixta, **precio global fijo** para la construcción de obras civiles, suministro, montaje, instalación, pruebas de equipos, arranque, puesta en marcha y operación de la planta de aguas residuales de Cañaveralejo, y **precios unitarios** para las obras correspondientes al manejo de agua freática y protección de excavaciones de las estructuras que conforman la planta PTAR Cañaveralejo, la estructura de descarga y la tubería de impulsión. En efecto:

El **día 6 junio de 1997** se suscribió el Contrato de Obra GO-505-97-ALC entre EMCALI y el Consorcio Constructora Norberto Odebrecht S.A. Mitsubishi Corporation, Degremont Colombia S.A. Degremont S.A. (Argentina) y Construcciones Civiles S.A. Conciviles S.A.; el objeto fue para la ejecución de obras civiles y el suministro, montaje, instalación, pruebas de equipo, arranque, puesta en marcha y operación de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo PTARC a un plazo de 36 meses contados a partir de la fecha del acta de iniciación y a por un valor de \$83.098.245.35, el cual se obtuvo con fundamento en el listado de cantidades y precios que hace parte de ese contrato. Se acordó:

=>

QUE EN EL VALOR se entienden incluidas las utilidades del contratista, quien será el único responsable por la vinculación de personal a la obra objeto del contrato, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales y equipos, **que no podrá adicionarse por más del 20% de su valor fiscal inicial expresado en salarios mínimos legales mensuales mediante contrato adicional que se perfeccionará con la firma de las partes y solo podrá firmarse cuando el plazo del contrato original no se encuentre vencido**, salvo que la Junta Directiva de EMCALI apruebe un porcentaje mayor dentro de sus atribuciones, caso en el cual se suscribirá un documento; que toda modificación del valor el contrato requerirá de la aprobación de la OECF (Cláusula tercera)

Sobre el PAGO POR PRECIOS UNITARIOS, acordaron que “() solo el manejo de agua freática y protección de excavaciones de las estructuras que conforman la planta PTAR Cañaveralejo, la estructura de descarga y la

tubería de impulsión se pagará por precios unitarios base de octubre/96 que se convengan con lo realmente ejecutado ()”.

=>

QUE EL CONTRATISTA se obligó a utilizar para la debida ejecución de las obras materia del contrato, la maquinaria, herramienta y método constructivo que sea necesario, esencialmente aquellos ofrecidos en la cotización (Cláusula décimo quinta).

=>

QUE SI DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA el contratista considera conveniente modificar planos o especificaciones “() someterá los proyectos de cambio, junto con los estudios correspondientes, al estudio y visto bueno del Gerente del proyecto PTAR Cañaveralejo, a través del interventor. Si no resultaren aceptados por el Gerente del proyecto, el CONTRATISTA se sujetará los planos y especificaciones originales. En caso contrario, el interventor, con base en las aprobaciones previas del Gerente del proyecto y de OECF, autorizará por escrito el cambio mediante una orden de cambio. Estos cambios los ejecutará el contratista sin costo alguno para EMCALI E.I.C.E. “ (Cláusula décimo sexta).

=>

QUE CUANDO EL CONTRATO deba ser modificado o terminado, EMCALI requerirá previo consentimiento del O.E.C.F, salvo que se trate de cambio que no constituya una modificación importante del contrato o que no afecte el precio o plazo del mismo (Parágrafo, cláusula trigésima segunda).

=>

QUE EL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE al contrato está contenido en el acuerdo de préstamos CL-93 con OECF, en la ley 80 de 1993, en la legislación civil y comercial, en lo no regulado por la primera ley (Cláusula trigésima quinta). (folios 46-62 c. 1 documento aportado en copia simple)

Ahora: los días 12 de noviembre, 2 de diciembre de 1998 y 19 de julio de 1999 se suscribieron bajo la denominación de “adicionales” los contratos Nos, 1, 2 y 3, adiciones que no modificaron el objeto contractual inicialmente convenido, ya que se dirigieron el primero sólo a modificar la cláusula compromisoria, el segundo a estimar las cantidades de obra que de acuerdo con el contrato se pagarían bajo la modalidad de precios unitarios y el tercero contrato a reconocer las mayores cantidades respecto de estas últimas obras generadas por la presencia de derrumbes en la línea de impulsión “() que causó el incremento de las cantidades contractuales de uso de tableestaca metálica y de entibado del contrato de manejo de aguas freáticas y protección de excavaciones ()”,

El único cambio que si responde a la calidad jurídica de contrato adicional fue el celebrado por las partes el 5 de octubre de 2000 (No. 4) que modificó las obras pactadas para implementar un sistema no previsto en el diseño original

denominado Tratamiento Primario Avanzado (TPA) y que no refiere a la ampliación del objeto inicialmente convenido, sino a una verdadera adición en el precio global en la suma de \$US2.550.000.

Respecto a ese contrato es preciso decir que, en primer lugar, no desconoce el porcentaje máximo de aumento de precio, acordado en el contrato de obra en el 20%, muy inferior al previsto por la ley (50%, último inciso art. 40 de la ley 80 de 1993); en segundo lugar, no se probó que estas obras carecían de una justificación seria y que se hicieron en desmedro de los intereses patrimoniales de la Administración; y en tercer lugar, existe estudio, contrario a lo afirmado definitivamente por los actores, sobre las bondades de la implementación de dicho sistema y de las razones que la justifican, consistentes en el no cumplimiento de las expectativas de caudal a ser tratado en la PTAR-C, el no cumplimiento de las características de calidad de las aguas residuales a ser tratadas en la PTAR-C, la situación financiera de EMCALI que impedía construir en el corto o mediano plazo las otras fases en los sistemas de tratamiento contemplados en el denominado plan global de descontaminación, entre otras, prueba que como se dijo en el punto anterior carece de elemento probatorio que la contradiga, quedando por tanto huérfana de sustento la imputación del actor.

Es así como **el día 6 de julio de 2000** Profesional del Proyecto PTAR-c mediante oficio dirigido al Representante Legal del SSPD procedió antes de la suscripción del contrato adicional No. 4, a absolver algunas inquietudes relacionadas con la viabilidad y conveniencia técnica de la celebración de dicho contrato en el incremento de la eficiencia y flexibilización de la operación de la PTAR-C, señalando que existen diversas razones que justifican esa decisión, dentro de las cuales está la estabilización del factor regional de la tasa retributiva y la reducción de los pagos por este concepto, así como los beneficios que se logran a través del efecto combinado de los 3 proyectos seleccionados (TPA, Traspase y Construcción de Colectores). Dentro de los factores considerados en la evaluación se enlistaron los siguientes:

- *El no cumplimiento de las expectativas de caudal a ser tratado en la PTAR-C.*
- *El no cumplimiento de las características de calidad de las aguas residuales a ser tratadas en la PTAR-C.*

- *El hecho de que la CVC hubiera utilizado la concentración de SST, adoptada en los diseños originales de la PTAR-C para definir la meta de reducción de la carga contaminante para la aplicación del factor regional de la tasa retributiva, la cual es muy superior al valor medido en la actualidad.*
- *La necesidad de dar cumplimiento a la meta de reducción de carga contaminante requerida por la CVC y el DAGMA.*
- *Los avances de la tecnología de tratamiento de aguas residuales observados desde el año 1990 cuando se realizaron los diseños del proyecto.*
- *La reducción observada en los consumo de agua de la ciudad en los últimos años.*
- *La situación financiera de EMCALI que impedía construir en el corto o mediano plazo las otras fases en los sistemas de tratamiento contemplados en el denominado Plan Global de Descontaminación.*
- *La necesidad de incrementar eficiencias en la PTAR –C con el fin de aprovechar la capacidad instalada de la planta desde el inicio de su operación.*
- *El traslado de funciones de control de la industria desde EMCALI hasta el DAGM.*

Y luego, de esa relación, igualmente el Profesional del Proyecto PTAR-c Informó, que como Ingeniera de procesos de la PTAR-C, le correspondió acompañar al Ingeniero Abelardo Vacca en la Evaluación Técnica realizada al proyecto y a su entorno, en el análisis de las restricciones disponibles, en la exploración de las alternativas de solución y en la recomendación final, resumiendo los antecedentes, evaluaciones y estudios realizados así:

- Por Acuerdo No. 014 de 1976 la CVC había establecido diferentes etapas para el tratamiento de las aguas residuales de la ciudad de Cali y se averiguó que las obras de tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Cali, tratamiento preliminar y primario, deberían estar disponibles en 1981 y 1985, respectivamente.
- Durante los años 1981 y 1989 EMCALI elaboró diferentes estudios dirigidos a definir la tecnología, localización y capacidad de las plantas de tratamiento de aguas residuales a construir en la ciudad de Cali, estudios plasmados en el Plan Global de Descontaminación que consideraban la

construcción por etapas de 3 plantas de tratamiento denominadas PTAR – C, PTAR- Río Cali y PTAR Sur, los cuales se pusieron a disposición de la CVC entidad que mediante resolución 1212 de 7 de diciembre de 1993 replanteó las fechas de cumplimiento mencionadas en el acuerdo 014/76 y estableció obligaciones individuales para la presentación de los diseños y para la construcción de las diferentes fases de tratamiento consideradas en cada una de las plantas proyectadas.

- Posteriormente EMCALI contrató los servicios del consultor NITOGOL quien entregó a finales del año 1990 los diseños definitivos del tratamiento preliminar y primario de la PTAR – C, diseños que habían sido proyectados para obtener eficiencia del 35% en remoción de DB0 Y 50% en remoción de SST acorde con las exigencias establecidas por la CVC.
- Por resolución 0476 de 12 de junio de 1992 la CVC otorgó viabilidad ambiental al proyecto que implicaba que esa Corporación se encontraba de acuerdo con los diseños elaborados por el Consorcio NITOGOL y autorizaba a EMCALI para iniciar la construcción de la obra.
- La construcción del tratamiento primario se inició en agosto 10 de 1997 casi 7 años después de terminar los diseños .
- En noviembre de 1998 se monitorearon los vertimientos finales de la ciudad de Cali con el fin de precisar y corroborar las características de las aguas residuales que serían sometidas a tratamiento, definir el nivel de remoción que se lograría mediante la implementación del tratamiento primario en la PTAR –C y evaluar las condiciones del entorno antes de iniciar el funcionamiento del proyecto. *“() Con sorpresa encontramos que de los 6.3. m3 proyectados para ser tratados en la PTAR .-C en el año 2000 solo se dispondría de un flujo aproximado de 3.0 m3 ya que existían 2.5 m3 en los canales y estaciones de bombeo de aguas lluvias (Canal CVC Sur, Estación de Bombeo de Puerto Mallarino y Canal CVC Oriental) que no podrían ser tratados en la planta; además de lo anterior, la reducción de los consumos de agua en la ciudad había ocasionado que la PTAR –C quedará sobredimensionada en 0.8% m3 adicionales”.*
- Al analizar las exigencias planteadas en la reglamentación ambiental se encontró que era necesario reconsiderar los objetivos y metas de la PTAR – C, único proyecto de tratamiento de aguas residuales factible de implementar en la ciudad de Cali, en el corto y mediano plazo.
- Cuando la CVC estableció la meta quinquenal de reducción de carga contaminante para la ciudad de Cali, dicha entidad utilizó las

concentraciones proyectadas en los diseños originales (7 años antes) por cuanto no existían datos de muestreo recientes realizados por EMCALI y con duración de 24 horas que pudieran ser utilizados para tal fin. Esta condición implicaba que la meta regional de calidad resultaba aún más difícil de lograr; sin embargo un acercamiento al cumplimiento de la meta no solo disminuiría el pago de la tasa retributiva sino que reduciría la posibilidad de que la CVC exigiera el pago de multas por incumplimiento a la reglamentación regional.

- Al comparar los estudios que sirvieron de base para proyectar el caudal a tratar en la PTAR-C con la utilización real observada del alcantarillado en la ciudad de Cali se concluyó que la recesión económica presentada en los últimos años posiblemente había contribuido a la reducción sustancial del servicio de aproximadamente 30%, situación que generaba una capacidad en exceso en la PTAR-C de 0.8 M3 que no sería utilizada, circunstancia que llevó a explorar alternativas de desviación hacia la PTAR-C de otros flujos de aguas residuales no considerados inicialmente.
- Para definir la posibilidad de utilizar esa capacidad sobrante, se solicitó al consultor NITOGOI evaluar la posibilidad de desviar hacia la PTAR –C las aguas residuales tributarias hacia la PTAR Río Cali, lo cual permitirá incrementar la cantidad de agua sometida a tratamiento en 0.7 m3 “la CVC ha ofrecido aportar los recursos económicos requeridos para construir la obra. En la actualidad dicha Corporación se encuentra a la espera de los diseños definitivos que NITOGOI se ha comprometido a entregar a EMCALI en el mes de Septiembre del presente año”.
- Al evaluar las alternativas de optimización de la PTAR –C, se tuvo en cuenta la difícil situación financiera de la Empresa que impedía destinar recursos adicionales hacia la construcción de otras etapas o plantas de tratamiento de aguas residuales, y por lo mismo se pensó en desarrollar una solución intermedia que permitiera eliminar o reducir los flujos de aguas residuales transportados por los canales de aguas lluvias.
- Si bien la construcción de los colectores permitiría incrementar los niveles de remoción de la PTAR –C hasta 28.7 ton DBO/d y 35 ton SST/d, dichos valores no son suficientes para lograr el cumplimiento de la meta de reducción de la carga contaminante establecidas por las entidades de control ambiental.

Asimismo, **señaló que con fundamento en lo anterior se realizó investigación tecnológica sobre las alternativas de optimización disponibles considerando el costo mínimo, incremento en la eficiencia de remoción de la PTAR –C y tecnología probada internacionalmente.** “() La investigación realizada permitió comprobar que el TPA proceso que se utiliza en muchas plantas de tratamiento en USA, Canadá, Europa, presenta las siguientes ventajas: *) permite remover la mayor cantidad de material indisoluble (sólido) presente en el agua residual, para realizar su tratamiento mediante un proceso anaeróbico en los digestores. De esta forma se logra evitar el tratamiento del material indisoluble mediante un proceso aeróbico secundario que resulta supremamente costoso por los altos consumo de energía requeridos para hidrolizar y oxidar la materia orgánica; *) permite incrementar las eficiencias de remoción de DBO, SST, fósforo y carga bacteriana esperados con respecto al tratamiento primario convencional; *) permite arrojar menores cargas contaminantes al Río Cauca; *) permite reducir los valores a pagar por tasas retributivas; *) permite lograr un mayor acercamiento a las metas de calidad fijadas por la CVC para el período 1998-2002; *) permite aplicar la necesidad de construir el 25% del tratamiento secundario en la PTAR – C; *) permite reducir los costos futuros de operación y mantenimiento del sistema de tratamiento secundario. Estudios realizados en USA, muestran que resulta un 11% más económico utilizar TPA + lodo activado, que tratamiento primario convencional + lodo activado etc.

Y finalmente se refirió a la evaluación costo-beneficio y señaló que ella logra establecer que la alternativa de utilizar la TPAR es US\$31.75 millones más económica que el tratamiento primario convencional considerado en el diseño original y US\$15.85 millones más económica que el 25% del tratamiento secundario equivalente (Documento público en fotocopia autenticada; anexo No. 2).

Como puede verse la conducta que se estudia, imputada a EMCALI por los actores, tampoco fue demostrada, por lo tanto se pasará al estudio de otra:

5. Efectuar reajustes en el precio del contrato por el Consorcio en cuantía superior a los ocho millones de dólares.

La Sala advierte que la revisión de precios en sí misma considerada se aviene al ordenamiento jurídico, pues la ley 80 de 1993 la contempla como

mecanismo para la preservación de la equivalencia económica del contrato y en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 4. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: ()

*8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos **de ajuste y revisión de precios** , acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios” (Ley 80/93).*

En armonía con esa disposición, al momento de celebrar el contrato de obra PTAR-C, las partes pactaron reajuste de precios y acordaron la fórmula matemática con fundamento en la cual se procedería a hacer el correspondiente ajuste; así:

*En relación con el pago de bienes y servicios adquiridos y originados en Colombia cotizados en dólares americanos y pagaderos en pesos colombianos, de la obra civil, montaje y otros servicios cotizados en dólares americanos y pagaderos en pesos colombianos, las partes estipularon que los dólares se convertirían a pesos colombianos utilizando la tasa representativa del mercado, o la que se utilizara para este tipo de pagos de acuerdo con la reglamentación que rija en el momento, o el certificado de la entidad competente, vigente a la fecha de aprobación del acta por parte del interventor; **se previó asimismo el reajuste de dichos precios** indicados en los literales A1 y A4, señalando que **serían reajustados aplicando la siguientes fórmula: “() $R = Vr - Vpc$ en la cual R es el valor del reajuste, Vr es el valor reajustado, Vpc es el valor a precios básicos del contrato. A su vez $Vr = Vpc \times Ya/Yo \times Uso/Usa$, en donde Ya es el valor del índice actualizado; Yo , es el valor del índice de Oct/96; Uso , es el valor de la tasa representativa del mercado vigente en Mayo 08/97 (Col\$1,075.05); Usa , es el valor de la tasa representativa del mercado o la que se use para este tipo de pagos de acuerdo con la reglamentación que rija en ese momento, vigente en la fecha actualizada. Los índices a aplicar serán los índices acumulados publicados mensualmente por la Cámara Colombiana de la Construcción Camacol Seccional Valle del Cauca ()”.** Todos estos reajustes serán pagados en pesos colombianos y serán liquidados y tramitados en actas de pago separados de cualquier otro pago.*

También se pronunciaron sobre el pago de bienes y servicios de origen extranjero pagaderos en dólares americanos y/o yenes y las correspondientes fórmulas de reajuste (Forma de pago, cláusula quinta, fols 46 a 62 c.1).

Observa la Sala, además, que no se demostró que se hubieran efectuado reajustes al precio del contrato y que estos de alguna manera desbordaban las previsiones legales y contractuales efectuadas sobre la materia. En tales condiciones este hecho tampoco fue sustentado probatoriamente por el actor, incumpliendo la carga probatoria a su cargo, **como lo señala el artículo 30 de la ley 472 de 1998.**

Y la última conducta imputada a EMCALI es la siguiente:

6. No resolver a través de la **construcción** de la planta de tratamiento de aguas residuales el **tratamiento** de aguas residuales de la ciudad, ya que escasamente cumplirá con menos del 50% del tratamiento, muy por debajo de lo prometido a los caleños.

Como puede apreciarse, la conducta enunciada dice relación con un resultado que debió alcanzarse como producto de la contratación y que, al parecer, no será obtenido. Sobre el punto, observa el Consejo de Estado que los elementos probatorios disponibles en el trámite procesal resultan escasos para establecer siquiera la conducta a que alude el actor, y menos cualquier tipo de afectación a la moralidad administrativa como derecho colectivo amparable en acción popular. Ni en el texto del Contrato de Obra GO-505-97-ALC, el cual tiene por objeto la ejecución de obras civiles y el suministro, montaje, instalación, pruebas de equipo, arranque, puesta en marcha y operación de la planta de tratamiento de aguas residuales de Cañaveralejo PTARC, ni en sus contratos adicionales, ni en los informes y testimonios recopilados, existe referencia **a metas de cobertura del proyecto, ni a cronogramas de ejecución, ni a desfases relevantes entre las obras contratadas y la ejecución actual del mismo** (Resolución No. 351 del 20 de agosto de 1998, fols 75 a 79 anexo 2; informes correspondientes a los meses de julio y agosto, noviembre y diciembre e informe anual del 2002, fols 341 a 349, 451 a 458, 463 a 466 c.1). Simplemente, obran documentos altamente técnicos que indican en lenguaje especializado el avance de las obras, que por cierto consiste en una materia de la mayor complejidad técnica, por la envergadura del proyecto y la magnitud de las obras a realizar, circunstancias que para ser valoradas en su conjunto y poder llegar a deducir una conclusión certera, requerirían de experticia técnica.

Además algunas pruebas dan cuenta del manejo cabal del contrato, como

es el caso del testimonio del INGENIERO SANITARIO Hernán, Bucheli Ordoñez, que colige que el contrato ha sido ejecutado de conformidad con lo convenido y que los precios pactados son competitivos a nivel internacional. En este punto la Sala se remite al material probatorio citado en los numerales anteriores y relaciona a continuación otros testimonios rendidos en este proceso, para concluir que en esas condiciones, la conducta imputada definitivamente no se demostró y que, por ende no puede proseguirse con análisis de amenaza o vulneración de derechos colectivos, porque las conductas imputadas en la demanda y que se conectan con aquellos no se establecieron. Esas pruebas en orden cronológico son:

Los días 24 y 30 de septiembre de 2002, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, realizó Audiencia de Recepción de Testimonios de los señores Edgar Llanos Libreros, Hernán Bucheli Ordóñez

EL DECLARANTE EDGAR LLANOS LIBREROS Ingeniero Sanitario mediante testimonio rendido el 24 de septiembre de 2002 señaló haberse vinculado al proyecto de Cañaveralejo en el año 1999, cuando la obra estaba en ejecución, y que según los antecedentes técnicos el proyecto fue diseñado por el Consorcio NITOGOI.

Explicó las razones técnicas que condujeron a la suscripción de contratos adicionales al contrato GO-505-97-ALC, que EMCALI y el contratista pactaron que el manejo de aguas freáticas y la protección de las excavaciones para la construcción de la obra se realizaría por precios unitarios, lo que originó la suscripción de los “contratos adicionales” 1, 2, 3 puesto que en el valor no estaban incluidos; que el adicional número dos fue por la suma de US 3.6 millones y el adicional número tres, por la suma 1.5 millones y comprendió la mayor obra ejecutada de hincado de tablestaca, bombeo, protección de excavaciones con entibados, que al ejecutarse mayor cantidad de obra a la prevista en el contrato adicional número 2 se tuvo que suscribir el adicional número 3, y que la determinación de las cantidades de obra fue realizada por el contratista y revisada por la firma INESCO.

Dijo, sobre la situación actual del proyecto, que está en la etapa de puesta en marcha desde el principio del mes diciembre del 2001, que esta labor está a cargo del contratista. Indicó, sobre las ventajas del proyecto referente a la implementación del Tratamiento Primario Avanzado, que éste incrementó las

remociones de sólidos suspendidos totales (SST) y de demanda bioquímica de oxígeno (DBO), situación que significa que incrementó las remociones de material contaminante y como consecuencia de ello se arrojará menos contaminación al Río Cauca; las ventajas son de diversos tipos, ambientales, de protección de los recursos naturales económicos porque se pagarán menos tasas retributivas por los vertimientos líquidos al Río Cauca y porque con una inversión pequeña se adelantó de manera equivalente el 25% del tratamiento secundario que es necesario adelantar en el futuro. Y agregó que la entrega de la obra esta programada para el 15 de noviembre de 2002 y que durante aproximadamente 3 meses quede listo y aprobado el sistema de control de la obra; que la demora en la entrega se debe a situaciones de tipo técnico, jurídico y económico, que llevaron a su aplazamiento de la entrega (folios 300-304 c. 1)

EL DECLARANTE HERNAN BUCHELI ORDÓÑEZ, de profesión ingeniero sanitario, en testimonio rendido el 30 de septiembre siguiente, interrogado por el costo del proyecto de la PTAR de Cañaveralejo en relación con las proyecciones iniciales, manifestó que el contrato se había pactado por precio global fijo con reajustes de \$83.001.000 millones de dólares, que durante la ejecución de las obras se pactaron por precios unitarios los costos relacionados con el manejo de aguas y la protección de excavaciones, que en la actualidad se ha ejecutado el contrato de conformidad con lo pactado y la liquidación a la fecha involucra el pago de los ochenta y tres puntos un millones de dólares, más el costo del manejo de aguas y protección de excavaciones que se han causado en la suma de cinco punto un millones de dólares, mediante contratos adicionales 2 y 3, más los reajustes tanto de obra civil como de suministro nacional y extranjero, más los impuestos previstos de reembolso del contrato, más el valor del contrato adicional No. 4 que se pactó con el propósito de optimizar y flexibilizar la planta “() *el valor total pagado a la fecha de corte de 20 de junio de 2002 es de \$102.576.940.22 dólares, los cuales se discriminan de acuerdo al documento que adjunto y que hace parte del informe mensual de interventoría de Junio del año en curso, aclarando que el cuadro que anexa constituye el valor de la obra, es decir, la construcción de las obras civiles, el suministro el montaje de los equipos tanto nacionales como extranjero y la puesta en marcha de esta.*

Interrogado sobre si de acuerdo con sus conocimientos los valores por EMCALI en la PTAR son competitivos a nivel internacional, señaló que el valor de la obra al que se va a llegar esta asociado al tratamiento primario de 7.6 metros

cúbicos por segundo que corresponden a la proyección realizada de aguas residuales para la ciudad de Cali en el año 2015, que la inversión corresponde aproximadamente a 13.5 millones de dólares por metro cúbico por segundo de agua residual tratada, que ese valor corresponde a un índice utilizado de manera usual a nivel internacional

“() es un valor bastante bajo si se tienen en cuenta los costos asociados a las plantas de tratamiento del Salitre en Bogotá, de San Fernando en Medellín y demás costos que pueden obtenerse a nivel internacional. Información del Ministerio de Desarrollo Económico, así como de firmas consultoras internacionales y costos de otras plantas muestran indicadores muy superiores al costo de la PTAR Cañaveralejo, además la planta de EMCALI tiene atributos y argumentos técnicos más avanzados que el común de las plantas como que por su localización está cimentada sobre 60 km de pilotes, lo cual tiene un costo aproximado de 3 millones de dólares, la planta dispone de una línea de aducción cuyo costo es de aproximadamente 6 millones de dólares, dispone de un sistema de generación de energía que la hace autónoma respecto de este insumo y que tiene un valor aproximado de 3 millones de dólares, tiene un sistema de control de olores de

aproximadamente 6 millones de dólares, cuenta con un área de edificios que le permite manejar toda la problemática de las aguas residuales de Cali etc ..

Por último expresó, y preguntado sobre si se puede afirmar que la Planta de Tratamiento resuelve los problemas de contaminación, que “() efectivamente, desde el año 1954 a 1956 consultores norteamericanos definieron tanto las tendencias de crecimiento como de drenaje de la ciudad y ubicaron en el lote que hoy se construye la PTAR CAÑAVERALEJO el sitio para la planta. Esto significa que EMCALI ha crecido de acuerdo con estas proyecciones () ésta planta tiene capacidad para tratar tanto a nivel primario como secundario, todas las aguas residuales domésticas de la ciudad con lo cual se estaría quitando una enorme carga contaminante al río, de manera que la ciudad y su Administración cumpla con las metas definidas por las entidades reguladoras de nivel regional y nacional ()”; se anexó el siguiente cuadro a la diligencia: (folios 324-329 c. 1, documento público autentico).

Para la Sala y con fundamento en las anteriores consideraciones no le cabe duda que la sentencia apelada, denegatoria de pretensiones, debe confirmarse toda que no se demostró la verdad de las imputaciones fácticas y jurídicas de las

conductas con las cuales se pretendía conectar la amenaza y vulneración de derechos colectivos.

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (Sala

Sexta de Decisión), el día 23 de abril de 2003 vez que carecen de sustento tanto fáctico como jurídico.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

**ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ
ENRÍQUEZ**

NORA CECILIA GÓMEZ MOLINA

GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR