

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO DIECINUEVE (19) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SANTIAGO DE CALI - VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, siete (07) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos

Las Empresas Municipales de Cali – Emcali EICE ESP, a través de apoderada, ejerce el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos contra el Distrito Especial de Santiago de Cali, al estimar violado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público¹.

Considera que el derecho colectivo citado es quebrantado por el ente territorial al haber dado una destinación diferente a los recursos económicos entregados por Emcali EICE ESP mediante el Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010, dineros que debían invertirse en obras relacionadas con la reposición y extensión de redes de servicios públicos domiciliarios.

A partir de lo anterior, concluye que se genera un detrimento patrimonial que estructura la vulneración del derecho colectivo invocado.

Asimismo, señala que durante el desarrollo del convenio y del plan de obras que hace parte de él, se presentaron circunstancias que impidieron alcanzar los objetivos trazados y que, Emcali como garante de los recursos públicos, realizó diversos seguimientos, recomendaciones y memorandos a la accionada, para que justificara la inversión de los recursos debido al incumplimiento que frente al objeto se presentaron.

Manifiesta que los recursos girados por parte de Emcali ascienden a veintisiete mil millones de pesos (\$27.000.000.000), de los cuales se entregó soporte de inversión por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali de la suma de cinco mil seiscientos sesenta y seis millones seiscientos noventa y cuatro mil novecientos veintitrés pesos (\$5.666.694.923), lo que significa menos del 25% del monto recibido.

Sumado a lo precedente señala que al realizarse las verificaciones respecto de las gestiones e inversiones realizadas por el ente territorial se evidenció la ausencia de justificación en la inversión de los recursos públicos y que, pese a lo anterior, se intentó por parte de Emcali diversas negociaciones y mesas de trabajo concertadas, sin obtener respuesta favorable por parte de la Alcaldía Distrital de Santiago de Cali.

De la lectura de la demanda se desprende que lo pretendido por el actor es lo siguiente:

1. Que se ordene al Distrito Especial de Santiago de Cali restituir los recursos públicos

¹ Literal e), Artículo 4 de la Ley 472 de 1998

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

girados por Emcali EICE ESP por valor de veintiún mil trescientos treinta y tres millones trescientos cinco mil setenta y siete pesos (\$21.333.305.077), en virtud del Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Distrito de Santiago de Cali² se opone a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las que denominó improcedencia de la acción popular, ausencia de razones en la demanda en las que se sustente la vulneración de derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, insuficiencia de material probatorio y la innominada.

Manifiesta que mediante oficio del 02 de diciembre de 2019 informó a la gerencia de Emcali EICE ESP, que se estaba acopiando la información correspondiente, aclarando que el convenio debía ser liquidado directamente con la accionada, indicando, además, que los recursos no ejecutados por la Secretaría de Infraestructura serían reintegrados a la actora, previa transacción o liquidación del convenio.

Argumenta que hay una clara ausencia de material probatorio que demuestre que los dineros invertidos no fueron destinados para los fines dispuestos en el convenio, y que tampoco existe un detrimento patrimonial que afecte de manera directa los recursos públicos.

TRAMITE

En providencia del 05 de noviembre de 2020 (Archivo Digital No. 17) se citó a las partes a la audiencia especial de pacto de cumplimiento referida en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, para lo cual se señaló el 20 de noviembre de 2020, la cual se declaró fallida (Archivo digital No. 19) por cuanto el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del ente territorial concluyó que no ha amenazado ni violado el derecho colectivo invocado, además que no existe suficiente material probatorio que lo demuestre y que este no es el mecanismo idóneo para discutir este tipo de asuntos, habiendo también una ausencia de inmediatez en la presentación del medio de control. (Archivo Digital No. 18.1).

Mediante auto del 05 de febrero de 2021 se decretaron pruebas (Archivo digital No. 20).

En audiencia de pruebas celebrada el 13 de abril de 2021, se cerró del debate probatorio y mediante providencia del 16 de abril de 2021 se dio traslado para para que las partes y el Ministerio Público formularan sus alegatos de conclusión (Archivo Digital No. 33).

De esta etapa hicieron uso la parte demandante, la accionada y el Ministerio Público³.

Sobre esta última intervención, es del caso destacar que la Agente del Ministerio Público señala que existe omisión al no haber liquidado el Convenio Interadministrativo No. 300 GAA-CIA.327-2010, suscrito el 06 de septiembre de 2010, dentro del término de los dos años siguientes a la finalización del plazo pactado y que llama la atención que Emcali haya ordenado el desembolso de los recursos para los proyectos que desarrollaría el distrito, cuando la aprobación de los diseños debía realizarse de manera previa, tal como

² Folios 181 a 203

³ Archivos Digitales Nos. 34, 35 y 37.

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

se señala en las obligaciones contraídas por la actora.

Considera que, aunque es evidente que existen hechos ilegales o irregulares administrativamente hablando, estos por sí mismos no implican la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

Indica que las irregularidades administrativas observadas recaen tanto en Emcali como en el Distrito de Santiago de Cali al omitir el cumplimiento de las normas de contratación estatal al no liquidar el convenio en el término estipulado por la ley.

Señala que no existe prueba que muestre que los recursos aportados por la accionante fueron utilizados de manera indebida por el ente territorial o que fueran destinados a actos de corrupción, motivo por el cual solicita no acceder a las pretensiones de la demanda.

Habiéndose cumplido con el trámite de ley, se procede a dictar sentencia, previa las siguientes

CONSIDERACIONES:

Antes de entrar a estudiar el fondo del asunto debe estudiarse las excepciones propuestas por el Ente Demandado.

El Ente Distrital propone como medio exceptivo el de improcedencia de la acción popular argumentando que esta solo puede invocarse ante la violación de derechos colectivos a los ciudadanos, lo que no se presenta en el caso bajo examen, pues no se demuestra la presunta vulneración del derecho invocado, no existiendo acción u omisión que los amenace.

Sobre este punto, debe decirse que las acciones populares fueron estatuidas en el artículo 88 de la Constitución Nacional. Al efecto dice:

“ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

Ahora bien, en la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la Ley 472 de 1998, son características de las acciones populares, las siguientes:

- La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

su estado anterior cuando fuere posible.

- Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Nacional, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

- La titularidad para su ejercicio, como lo está indicando su nombre, ha de corresponder a su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

Lo anterior supone que la finalidad de esta acción es, como ya se precisó, la protección de los derechos colectivos que estén amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares; entonces, su procedencia requiere que, de los hechos alegados en la demanda, pueda, al menos, deducirse una amenaza a los derechos colectivos, entendidos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas que, incluso pueden ser todos los que integran una comunidad. Entonces, el juez de la acción popular tiene el deber de determinar si los hechos alegados en la demanda dan lugar a la amenaza o a la vulneración de los derechos e intereses colectivos, como objeto de protección de esta acción; de allí la exigencia de que la acción se dirija contra el particular, la persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, en tanto que *“este requisito supone que tal acción u omisión sea probada por el actor, o que del expediente el juez pueda deducir de qué acción u omisión se trata, pues, de lo contrario, el juez de la acción popular no podrá ordenar nada en su sentencia, pues no conocerá la conducta respecto de la cual debe dar la orden en cuestión”*.

Siendo ello así, la finalidad de la acción popular impone, de una parte, la carga para el actor popular de precisar y probar los hechos de los cuales se deriva la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegada en la demanda y, de otra, la obligación para el juez de verificar que, de los hechos planteados en ella, sea posible deducir dicha amenaza o vulneración.

Con la demanda se pone de presente que la entidad accionada viola el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público al no realizar, presuntamente, un uso adecuado de los recursos públicos girados por Emcali con ocasión del Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010, estimando entonces que se debe ordenar la restitución de un total de veintiún mil trescientos treinta y tres millones trescientos cinco mil setenta y siete pesos (\$21.333.305.077) cuya inversión no ha sido soportada en debida forma.

El material probatorio allegado al expediente, es el siguiente:

- Oficio remitido por Emcali a la Alcaldía de Santiago de Cali de fecha 29 de octubre de 2019, requiriendo información sobre la inversión de los recursos públicos con ocasión del Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010 (folios 29 a 30)

- Oficio de la Secretaría de Infraestructura de fecha 02 de diciembre de 2019, con su respectiva respuesta (folios 31 a 34)

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

- Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010 suscrito entre Emcali EICE ESP y el Distrito de Santiago de Cali (folios 35 a 38)
- Otrosí No. 1 al Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010 (folio 39)
- Actas de pago Nos. Nos. 1 a 4 de los años 2010 a 2012 con causaciones (folios 40 a 53)
- Oficio dirigido a Susana Correa Borrero y a la Dirección de Presupuesto (folios 81 y 95)
- Memorando dirigido a la Ingeniera Ingrid Ospina Realpe (folio 81)
- Certificados de Disponibilidad y Registros Presupuestales (2010 – 2012 y Certificados de Disponibilidad de Vigencias Futuras (2011), (folios 40 a 50)
- Acta No. 29 del 10 de agosto de 2010 (folios 74 a 76)
- Memorando dirigido a Jorge Enrique Ángel – Presupuesto de Inversión 2011(folio 87)
- Oficio apertura cuentas bancarias – Santiago Hung (folio 82)
- Oficio apertura cuentas de Álvaro Rodríguez a Ingrid Ospina (folio 81)
- Documentación trazabilidad de ejecución del convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010 (folios 120 a 167)
- Oficio con radicado No. 2011415110054241 del 09 de septiembre de 2011, suscrito por la Subsecretaría de Mantenimiento Vial de Cali (folios 186 a 187)
- Oficio No. 4131-2-429 del 10 de noviembre de 2011, suscrito por el Departamento de Finanzas Públicas del Distrito (folio 189)
- Oficio No. 4131-2-429 del 13 de diciembre de 2011, suscrito por el Departamento de Finanzas Públicas (folio 188)
- Respuesta Petición radicado Orfeo No. 201941510300062471 del 02 de diciembre de 2019 (folio 190)
- Testimonio rendido de los señores Amparo Meléndez Santacruz y Freddy Nelson Mantilla Palomar en la audiencia de práctica de pruebas celebrada el día 13 de abril de 2021.

Para resolver el asunto se exige hacer un breve recuento de las actuaciones realizadas.

Según el Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010, folios 35 a 38 del cdno. ppal., el objeto y el alcance del este es el siguiente:

“PRIMERA. OBJETO: Aunar esfuerzos y recursos financieros por parte del MUNICIPIO y EMCALI para la ejecución de la REPOSICIÓN Y/O EXTENSIÓN DE REDES de servicios públicos domiciliarios que resulten comprometidas en la ejecución de varios proyectos de infraestructura que adelanta el MUNICIPIO en el área urbana de Santiago de Cali.

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

SEGUNDA. ALCANCE DEL OBJETO: El presente convenio tiene como alcances los siguientes:

1. Establecer las responsabilidades en la ejecución de las obras de infraestructura de redes de servicios públicos domiciliarios requeridos para la ejecución del siguiente Plan de Obras:
 - Remodelación Estadio Pascual guerrero
 - Ciudadela Educativa Nuevo Latir
 - Ciudadela Educativa Eustaquio Palacios
 - Reparación de Instituciones Educativas
 - Construcción de Edificio multiservicios para atención de usuarios de servicios públicos.
2. Determinar la metodología para la realización de actividades de diseño y construcción relacionadas con la REPOSICIÓN Y/O EXTENSIÓN de redes de servicios públicos que se encuentran a cargo de EMCALI.
 - Determinar la metodología para el pago de las obligaciones a cargo de EMCALI”.

Más adelante en el documento del convenio interadministrativo se establecen las obligaciones de las partes así:

“CUARTA. OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO: EL MUNICIPIO se compromete para con EMCALI, a través de sus contratistas o concesionarios y en virtud de la ejecución del Plan de Obras contenido en el numeral 1° del artículo segundo del presente Convenio, a: 1) Presentar a EMCALI, una vez sean definidos, los diseños de redes de servicios públicos domiciliarios que aquella tiene a su cargo de manera previa a su construcción y junto con el valor estimado de su construcción, para que EMCALI les imparta la aprobación correspondiente; 2) Facilitar la información que requiera EMCALI sobre el inventario de la malla vial, componente gráfico, estado de la vía, tipo de vía, número de calzadas, definición y características de andenes, cuando dicha información sea requerida para impartir la aprobación de que trata el numeral anterior; 3) Incorporar la infraestructura existente y las necesidades de infraestructura de redes de EMCALI, previamente aprobadas por ésta, a la construcción integral de las obras objeto del Plan de Obras, con base en la información y en la aprobación impartida para tal efecto por EMCALI de acuerdo con los diseños realizados por el contratista o concesionario del MUNICIPIO. 4) Ejecutar la REPOSICIÓN Y/O EXTENSIÓN de las redes de servicios públicos domiciliarios a cargo de EMCALI, sin perjuicio de la asunción de costos que sobre el particular tiene EMCALI; 5) Entregar a EMCALI las obras relacionadas con las redes de servicios públicos domiciliarios que se encuentran a cargo de ésta. 6) Administrar e invertir los aportes entregados por EMCALI con destinación específica en la REPOSICIÓN Y/O EXTENSIÓN de redes de servicios públicos domiciliarios hasta por un valor de CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$41.470.000.000.00) y 7) Suscribir con EMCALI las actas a que haya lugar, en relación con el presente convenio, y en especial aquellas mediante las cuales verifique que EMCALI ha cumplido con su obligación de asumir los costos de la REPOSICIÓN Y/O EXTENSIÓN de las redes de servicios públicos domiciliarios.

QUINTA. OBLIGACIONES DE EMCALI: EMCALI se compromete para con EL MUNICIPIO a: 1) Suministrar toda la información técnica requerida por EL MUNICIPIO o sus contratistas y/o concesionarios incluyendo al infraestructura existente y proyectada de EMCALI necesaria para el diseño y/o la ejecución del Plan de Obras que adelante EL MUNICIPIO y/o sus contratistas y/o concesionarios en virtud de la ejecución del Plan de Obras contenido en el numeral 1° de la cláusula segunda del presente Convenio; 2) Hacer el aporte de recursos definido en la cláusula Octava, en la forma como allí se establece; 3) Coordinar con EL MUNICIPIO la realización del diseño y la ejecución de las obras relacionadas con las redes de servicios públicos domiciliarios a cargo de EMCALI; 4) Verificar y aprobar los diseños de redes de servicios públicos domiciliarios que presente EL MUNICIPIO y/o sus contratistas o concesionarios; 5) Verificar y recibir las obra de redes de servicios públicos domiciliarios que entregue EL MUNICIPIO y/o sus contratistas o concesionarios; y 6) Suscribir con EL MUNICIPIO las actas a que haya lugar, en relación con el presente convenio, y en especial aquellas mediante las cuales se verifique que EMCALI ha cumplido con su obligación de asumir los costos de la REPOSICIÓN Y/O EXTENSIÓN de las redes de servicios públicos domiciliarios..”

Sobre plazo de ejecución, el valor del Convenio y la forma de transferencia de los aportes se dijo:

“SEXTA. PLAZO: El presente convenio tendrá una duración de dos (2) años contados a partir

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

de la fecha en que se cumplan los requisitos para su ejecución. El plazo del presente convenio podrá prorrogarse, mediante acuerdo escrito entre las partes, por un término igual o inferior al inicialmente pactado.

SÉPTIMA. VALOR: *El presente convenio es de cuantía indeterminada pero determinable, y su valor será el que resulte de la sumatoria de las operaciones realizadas entre EL MUNICIPIO y EMCALI con ocasión de las obras de REPOSICIÓN Y/O EXTENSIÓN DE REDES de servicios públicos domiciliarios en el Plan de Obras descrito en el numeral 1° de la cláusula segunda del presente convenio.*

OCTAVA. FORMA DE TRANSFERENCIA DE LOS APORTES: *Debido a que la determinación sobre las cantidades de REPOSICIONES Y/O EXSTENSIONES de redes de servicios públicos Domiciliarios, se realizará durante la etapa de diseños y/o ajustes a los diseños comprendidas en los contratos que celebre EL MUNICIPIO en virtud del Plan de Obras, las partes acuerdan que formalizarán el valor de las REPOSICIONES Y/O EXTENSIONES de redes y determinarán la forma de pago a la finalización de las etapas de diseños y/o ajustes a los diseños referidas, mediante acuerdo escrito suscrito entre las partes. PARAGRAFO I: El valor de los aportes que entregará EMCALI al MUNICIPIO, relacionadas con la REPOSICION Y/O EXTENSION de redes de servicios públicos domiciliarios, se realizará a una cuenta bancaria cuyo titular sea EL MUNICIPIO, y deberán ser invertidos con destinación específica en la infraestructura de servicios públicos del plan de obras descrita en el numeral 1° de la cláusula segunda del presente Convenio, conforme la presentación de las actas de avance de obra, debidamente probadas por los supervisores de EMCALI. PARAGRAFO II: Los pagos que se realicen, se harán constar en actas suscritas entre las partes, en las cuales también se dejará constancia de las actividades desarrolladas por EL MUNICIPIO y/o sus contratistas o concesionarios, y las características específicas de cada una de esas actividades, identificando cantidades de obra, material, medidas, etc, que permitan establecer claramente el valor de las mismas. PARAGRAFO III: Los recursos mencionados en el Parágrafo I de la presente cláusula, se transferirán por EMCALI al MUNICIPIO de la siguiente manera: i. La suma de VEINTE MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$20.000.000.00.00) durante la vigencia 2.010, en dos transferencias del 50%, o sea la suma de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$10.000.000.000.00) a la firma del presente convenio, y el 50% restante, o sea la suma de DIEZ MIL MILLONES DE PESOS MCTE (\$10.000.000.000.00) a los sesenta (60) días siguientes a la firma del presente Convenio; ii. La suma de VEINTIUN MIL CUATROCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$21.470.000.000.00) dentro del primer semestre de la vigencia 2.011. PARAGRAFO IV. Este valor de aporte está respaldado por el CDP No. 201003553 y el certificado de Vigencia futura No. 20100022, que hacen parte de este Convenio.”*

Frente a la solución de controversias, en el Convenio Interadministrativo de acordó:

“DÉCIMA CUARTA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: *Cualquier discrepancia surgida con ocasión del presente convenio, se dirimirá bajo las normas de solución de controversias directa o mediante Arbitramento en un Centro de Conciliación y Arbitraje, que definirá en derecho por tres (3) árbitros nombrados por dicho Centro.”*

En fecha 06 de septiembre de 2010 se suscribió el Otrosí No. 1 al convenio Interadministrativo, a través del cual se adicionó la cláusula segunda quedando de la siguiente manera:

“...SEGUNDA: ALCANCE DEL OBJETO: *El presente convenio tiene como alcances los siguientes:*

1. *Establecer las responsabilidades en la ejecución de las obras de infraestructura de redes de servicios públicos domiciliarios requeridos para la ejecución del siguiente Plan de Obras.*
 - Remodelación Estadio Pascual guerrero
 - Ciudadela Educativa Eustaquio Palacios
 - Reparación de Instituciones Educativas
 - Construcción de Edificio multiservicios para atención de usuarios de servicios públicos
 - Redes de Servicios Públicos: Acueducto, alcantarillado, Telecomunicaciones, energía, que están siendo utilizados para proyectos de Recuperación y Mantenimiento Vial que sean acordados entre EMCALI EICE E.S.P. y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – SECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA Y VALORIZACION.
2. *Determinar la metodología para la realización de las actividades de diseño y construcción*

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

relacionadas con la REPOSICIÓN Y/O EXTENSIÓN de redes de servicios públicos que se encuentran a cargo de EMCALI.

3. *Determinar la metodología para el pago de las obligaciones a cargo de EMCALI. Las demás Cláusulas del Convenio Interadministrativo, permanecen sin notificación alguna”.*

Revisado el expediente, se avizora la constancia de la transferencia de recursos realizada por Emcali al Distrito de Santiago de Cali, visibles en los certificados de disponibilidad presupuestal, los registros presupuestales y las actas de pago que reposan a folios 40 a 52 del expediente.

También reposan los oficios a través de los cuales Emcali requiere al Distrito de Santiago de Cali para que justificara la inversión de los recursos económicos girados y las respuestas brindadas por la accionada (Folios 74 a 190 del expediente).

El recuento permite establecer, que entre Emcali EICE ESP y el Distrito de Santiago de Cali se suscribió Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010 con el fin de ejecutar la reposición y/o extensión de las redes de servicios públicos domiciliarios comprometidas en la ejecución de proyectos de infraestructura en el ente territorial.

Con la demanda se enrostra que la entidad accionada viola el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público al no realizar, presuntamente, un uso adecuado de los recursos públicos girados por Emcali con ocasión del Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010, estimando entonces que se debe ordenar la devolución los montos cuya ejecución no ha sido justificada.

Ahora con la demanda se pretende que se ordene la restitución de un total de veintiún mil trescientos treinta y tres millones trescientos cinco mil setenta y siete pesos (\$21.333.305.077) cuya inversión, según el relato de la actora, no ha sido soportada en debida forma.

De acuerdo con la excepción formulada por la accionada, para el Despacho hay que definir en este estado, si el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos es el idóneo para dirimir los conflictos contractuales suscitados en la ejecución del convenio interadministrativo. Sobre este punto resulta paradigmática la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴, en lo pertinente a la autonomía de la acción popular para controvertir la validez de un contrato estatal o el incumplimiento de sus obligaciones.

Para ello es del caso citar la:

“ ...

*9. La acción popular no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos. Ello no implica que las facultades del juez de la acción popular sean ilimitadas, pues es claro que este medio de control no procede para controvertir las leyes de la República y discutir decisiones judiciales de constitucionalidad; ni para cuestionar la constitucionalidad del proceso de concertación y entrada en vigor de Tratados Internacionales; tampoco para discutir decisiones judiciales; no es el medio idóneo de verificación y cumplimiento de lo decidido por otras autoridades judiciales; **ni es el mecanismo para cuestionar la validez de contratos estatales o estudiar controversias que deben tramitarse a través de los medios de control ordinarios (v.gr. acción de controversias contractuales).***

⁴ Sección Tercera, Subsección C, Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veinte (2020) - Radicación número: 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP), Actor: Daniel Alejandro Cruz Medina, Demandado: Empresa de Servicios Públicos de Arauca E.I.C.E. E.S.P.-EMSERPA- y Otros

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

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

10. **En el mismo sentido, en relación con los procesos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984 -CCA-, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su criterio para advertir que la acción popular no procede para controvertir la legalidad, ni para anular actos administrativos o contratos estatales, porque ello compete al juez que conoce de las acciones anulatorias y de la acción de controversias contractuales, posición que está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 144 del CPACA para los procesos iniciados después del 2 de julio de 2012 .**

11. **Aún más, el juez de la acción popular no puede evadir la prohibición de anular actos administrativos o contratos estatales, a través de medias alternativas, por ejemplo, la suspensión o la inaplicación de un acto, o dejar sin efectos un contrato -facultad reservada a las partes a través de la institución del mutuo disenso art. 1602 CC-. Un proceder en ese sentido, equivaldría a violar un mandato expreso del legislador, mediante figuras que soterradamente se intentan asemejar a la nulidad. Con esta perspectiva, en relación con los negocios civiles y comerciales, el ordenamiento prevé que la sanción contra un acto que contraviene la ley por objeto ilícito es la nulidad, sin que sea posible que el juez, por vía de otro camino, entre a confrontar la validez de ese acto (arts. 6, 16, 1502.3, 1519, 1523, 1741 y 1742 CC y 899 C. de Co.).**

12. **De conformidad con el artículo 243 CN, los fallos que dicte la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. A su vez, el artículo 48.1 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia LEAJ- dispone que la parte resolutoria de los fallos que esa Corporación profiere como resultado del examen de normas legales obliga a todas las autoridades y tiene efecto general (erga omnes). Como el artículo 144 del CPACA fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-644 del 31 de agosto de 2011, en cuanto prevé que el juez de la acción popular no puede anular un contrato estatal, frente a este precepto no procede la excepción de inconstitucionalidad -como lo solicitó el demandante-, pues ya existe cosa juzgada”.**

Conforme lo citado, en casos en los que se cuestionen contratos públicos y de acuerdo con lo estipulado en la Ley 1437 de 2011, en especial de lo indicado en el art. 144⁵, vía popular el Juez solo puede ordenar acciones que hagan cesar la amenaza o la vulneración y en la controversia legal si puede pedirse la declaratoria de incumplimiento contractual o la anulación.

⁵ Artículo 144. Protección de los Derechos e Intereses Colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

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

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

Sentido en el cual, la pretensión formulada a través de apoderada por parte Emcali EICE ESP de ordenar la devolución de los aportes girados al Distrito de Santiago de Cali con ocasión de la suscripción del Convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA-327-2010 a través del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, resulta improcedente a la luz del art. 144 de la Ley 1437 de 2011 y del fallo citado ut supra, luego que como se vio tiene un escenario procesal diferente como puede ser el de controversias contractuales.

Lo anterior, comoquiera que el plazo pactado para la ejecución del Convenio Interadministrativo ya feneció y no obra prueba en el expediente que indique que haya sido liquidado en la forma y términos establecidos para ello por las normas que rigen la contratación estatal, razón por la cual no es dable dirimir a través de la acción popular la controversia suscitada, más aún cuando la actora no logra probar la vulneración o amenaza del derecho a la defensa del patrimonio público por parte del Distrito de Santiago de Cali ya que, si bien se endilga que no se hizo un adecuado uso de los dineros aportados por Emcali con base en las obligaciones fijadas en el convenio Interadministrativo No. 300-GAA-CIA.327-2010, dineros que solicita se ordene su restitución, no aparece en el plenario prueba suficiente que logre demostrar los hechos planteados en el escrito popular.

Es así como para determinar si se vulnera el derecho colectivo de defensa del patrimonio público y sobre quien recae la carga de la prueba en el sub-lite se traerá a colación lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 10 de mayo de 2012⁶:

“...

Para resolver, advierte la Sala que, según el artículo 2° de la Ley 472 de 1998, la acción popular es el medio procesal adecuado para la defensa de los derechos e intereses colectivos, entre los cuales se encuentra la defensa del patrimonio público.

Frente a la procedencia de la acción popular cuando lo que se pretende es la protección de un derecho o interés colectivo por medio del cumplimiento de una ley o acto administrativo, la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido que ni el artículo 88 de la Constitución Política, ni la Ley 472 de 1998, establecen la improcedencia de las acciones populares frente a la existencia de otras acciones que persigan la misma finalidad consagrada para aquellas, porque la acción popular específicamente procede contra toda acción u omisión de la autoridad pública que amenace o vulnere derechos colectivos.

Igualmente, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que independientemente del cumplimiento o no de una norma, si se evidencia la vulneración de los derechos e intereses colectivos, lo que procede es la acción popular. Si el demandante, por medio del ejercicio de la acción popular pretende que se ordene a la entidad demandada el cumplimiento de una obligación contenida en una norma, lo cierto es que tal circunstancia no convierte en improcedente dicha acción, por cuanto la Ley 472 de 1998 no consagra como causal de improcedencia la existencia de otro mecanismo de defensa judicial que, para el caso en concreto, sería la acción de cumplimiento de que trata la Ley 393 de 1997.

(...)

Ahora bien, es de resaltar que en materia de acciones populares es al actor popular a quien corresponde la carga de probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección reclama.

Así las cosas, ciertamente se advierte que la parte demandante no aportó ningún elemento probatorio para acreditar idónea y válidamente la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, y tampoco manifestó la imposibilidad de allegar las pruebas respectivas, simplemente se limitó a aportar un material fotográfico que

⁶ Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01459-01(AP), Actor: Fernando Patiño Martínez, Demandado: Ministerio de la Cultura.

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

es insuficiente para demostrar la situación alegada”.

Siguiendo el criterio aquí expuesto, es claro que en el evento en que la acción popular se erigiera como el mecanismo idóneo para lograr la protección de los derechos colectivos, para el caso particular, el de la defensa del patrimonio público, señala la jurisprudencia citada que la carga de probar los hechos, acciones u omisiones en los que se funda el petitum, corresponde al extremo activo de la litis, para este asunto, Emcali EICE ESP, entidad que no logra probar que con el presunto incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Alcaldía de Santiago de Cali en la suscripción del Convenio Interadministrativo, que en el fondo es un tema de orden contractual, se esté o se haya vulnerado el derecho colectivo invocado.

De acuerdo con lo expuesto, se declarará probada la excepción de improcedencia de la acción formulada por el Distrito de Santiago de Cali y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Diecinueve Administrativo del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1) **DECLARAR PROBADA** la excepción de **IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN** propuesta por el ente demandado, de acuerdo con las razones anotadas en precedencia. Y en consecuencia **NEGAR** las pretensiones de la demanda
- 2) **NOTIFICAR** este proveído a las partes intervinientes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado Por:

Proceso: 76001-33-33-019-2019-00346-00
Demandante: Emcali EICE ESP
Demandado: Distrito Especial de Santiago de Cali.
Acción: Popular

Rogers Areham Arias Trujillo
Juez Circuito
019
Juzgado Administrativo
Valle Del Cauca - Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

71c67b8c90e0994e0eb749e8c698f1e3c2b6aa74e0ace82d2ff9285fee251b3a

Documento generado en 07/09/2021 03:55:27 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>