

1 1603

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, Veintiséis (26) de Abril de dos mil dieciséis (2016)

Acción : POPULAR
Demandantes : JUAN CARLOS HERNANDEZ LOPEZ
Demandados : DEPARTAMENTO DE BOYACA - SECRETARIA DE HACIENDA y SOCIEDAD AUTOPISTA DUITAMA - SAN GIL S. A. y OTROS
Radicación : 2009-0248

I. LA ACCIÓN

Procede el Despacho a resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada por **JUAN CARLOS HERNANDEZ LOPEZ** en contra de la **DEPARTAMENTO DE BOYACA - SECRETARIA DE HACIENDA Y SOCIEDAD AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S. A.** con vinculación del **DEPARTAMENTO DE SANTANDER, INVIAS, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, MINISTERIO DE AGRICULTURA, y MINISTERIO DE AMNIENTE VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL.**

II. ANTECEDENTES

1.- Pretensiones

Pretende el actor popular que este Despacho declare que el **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARIA DE HACIENDA Y SOCIEDAD AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S. A.**, con la celebración del contrato de concesión No. 001563 del 30 de diciembre de 2008 han violado los derechos e intereses colectivos relacionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998, frente a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la libre competencia económica, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, y los derechos de los consumidores y usuarios.

Solicita el actor que los accionados "*se abstengan de ejecutar el contrato de concesión 1563 de fecha 30 de diciembre de 2008*" y que se modifique el contrato de concesión No 001563 de fecha 30 de Diciembre de 2008 en el sentido que el

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Departamento de Boyacá no garantice el T.P.D. (Transito Promedio Diario) en ningún valor, y menos en la suma de \$199.000.000.000, que se fije el ingreso esperado en la suma de \$300.000.000.000 del 2005, que el valor de la interventoría sea de \$7.000.000.000 del 2005 y que el tiempo de la concesión sea por catorce (14) años.

El accionante solicita que *"se condene a los accionados al pago del monto de la indemnización, por los perjuicios causados y que se llegaran a causar a la colectividad del Departamento de Boyacá"*, por la celebración y ejecución parcial del contrato de concesión No. 001563 de fecha 30 de Diciembre de 2008. Agrega además *"le sea reconocido el pago del incentivo"* en monto del 15 % previsto en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

2.- Fundamentos fácticos

Establece que en Enero de 2004 fue presentada a consideración del Departamento de Boyacá a idea de adelantar un proyecto de Concesión Vial Duitama-Chalara- Sangil el cual comprende 137 Kms y que el día 3 de Mayo de 2004, se firmó el convenio interadministrativo entre las Gobernaciones de Boyacá y Santander para adelantar la *"CONCESIÓN VIAL DUITAMA – CHARALA - SAN GIL"*, destinando cada una de las gobernaciones un monto de \$110.000.000 para contratar los *"ESTUDIOS DE ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO DE CONCESIÓN VIAL"*; agrega que dichos estudios fueron llevados a cabo por medio del contrato 070 de 2005 de la Gobernación de Santander, y fueron realizados por la firma *"V Y G INGENIERIA"* LTDA.

Cita que los mencionados estudios sirvieron de base para la apertura del primer proceso licitatorio INF-CONC-06-005, por parte de la Gobernación de Santander y que fue posteriormente declarado desierto. Que seguido de ello la firma V Y G INGENIERIA LTDA., modificó los ESTUDIOS DE ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO DE CONCESIÓN VIAL, arrojando como resultados:

- Valor del contrato: 90.000.000.000
- Interventoría: 2.000.000.000
- Ingreso esperado: 230.000.000.000
- Tiempo de concesión: 14 años
- Trafico Promedio Diario (TDP) NO GARANTIZADO: 1.089 vehículos diarios

Que se abrió licitación en dos oportunidades por la Gobernación de Santander, declarándose desiertas, luego de ello se envía el proceso licitatorio a la Gobernación de Boyacá realizando esta última nuevas modificaciones sin estudios de conveniencia previos, que evidencian irregularidades al realizar los siguientes incrementos:

- Valor del contrato: 235.000.000.000 incrementándose en un 255 % respecto del anterior estudio (145.000.000.000 adicionales)
- Ingreso esperado: 950.000.000.000 incrementándose en un 413 % respecto del anterior estudio (720.000.000.000 adicionales).
- Tiempo de concesión: 32 años incrementándose en un 229 % respecto del anterior estudio (18 años adicionales)

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- Trafico Promedio Diario (TDP) GARANTIZADO: 4.522 vehículos diarios (199.000.000.000) a partir del 2014 y 8.412 vehículos diarios en el 2035.
- Interventoría: Incrementada a 19.000.000.000

De la misma forma cita que la Gobernación que la Gobernación de Santander es clara al exigir a la Gobernación de Boyacá "avaluar cualquier modificación al estudio de estructuración para el proyecto de concesión vial Duitama-charala-san gil, por parte del INCO y del estructurador V y G INGENIERIA Ltda".

Cita el accionante que se observa de manera clara el incremento irregular del valor contrato, al ver el Índice de la Construcción Pesada, en su variación porcentual acumulada hasta el 2008: 1.1271%, esto es: 92.000.000.000.00 multiplicados por 1.1271% = 104.000.000.000 del 2008, para la actualización del valor del contrato para la liquidación publica No. 20 del 2008 de la Gobernación de Boyacá. Agrega el accionante que las obras a realizar en el contrato seguían siendo las mismas, sin embargo la Gobernación de Boyacá incremento injustificadamente el valor del contrato en 255%.

Agrega que no era necesario ni sano el aumentar el ingreso esperado, violando el interés colectivo representado en el patrimonio departamental al obligar a todo usuario de la vía a realizar pagos por medio de peajes por un tiempo injustificadamente alto, impidiendo la prevalencia al beneficio de la calidad de vida los de los habitantes, con un incremento al ingreso esperado a \$300.000.000.000 del 2005, la interventoría a \$7.000.000.000 del 2005 y mantener el tiempo de concesión en 14 años, era suficiente.

Que en respuesta al derecho de petición por él presentado se advierte la inexistencia de autorizaciones al Departamento de Boyacá para haber modificado los estudios de estructuración del contrato 070 de 2005 de la Gobernación de Santander y mucho menos para haber adquirido una deuda emergente de 199 mil millones de pesos garantizando el TDP y violando la Constitución y la Ley al haber garantizado el pago de vigencias futuras que comprometen el erario público.

Agrega que la licitación 20 de 2008 del PROYECTO CONCESION VIAL DUITAMA-CHARALA-SAN GIL, se adjudicó el 29 de de diciembre de 2008 a la firma PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA "AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL", por un ingreso esperado de \$949.000.000.000 de 2007, proceso que se encuentra demandado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Boyacá, bajo el radicado 2009-130 siendo demandante la empresa Gerencia de Contratos y Concesión contra el Departamento de Boyacá por irregularidades en la calificación de las propuestas.

3.- Fundamentos de Derecho

El actor fundamentó la acción en los artículos 82, 88, 102 y 209, 333 de la Constitución Política, la Ley 472 de 1998 artículos 4, 9 y 15, Ley 9 de 1989 sobre el espacio público, la Sentencia C -046 de 1994, C - 479 de 1995 y C - 616 de 2001 de la Corte Constitucional.

Menciona el accionante que la Ley 472 de 1998 desarrolla la acción popular como medio para evitar el daño contra los derechos o intereses colectivos, además de

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

que la misma ley reconoce la moralidad administrativa como un derecho colectivo reafirmando lo dicho por la Constitución Política en su artículo 209. Agrega además que lo que se busca es la defensa del patrimonio público con el fin de que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable. Cita el derecho a la libre competencia, reglada por el artículo 333 de la Constitución Política y que también es reconocido por el artículo 4 de Ley 472 como un derecho colectivo y que su garantía es una obligación estatal que sin embargo se encuentra limitada por la función social.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Radicada la demanda, por auto del 08 de octubre de 2009, se ordenó oficiar a cada uno de los Juzgados Administrativos de Tunja, Santa Rosa de Viterbo, Bucaramanga y San Gil, a efecto de verificar si en el *sub examine* se configuró el fenómeno de agotamiento de la jurisdicción respecto del caso concreto (fls. 219 y 220).

La demanda fue rechazada por éste Despacho mediante providencia del 07 de diciembre de 2009 (fls. 313 a 318) en razón a que se configuró el fenómeno de agotamiento de jurisdicción por la existencia de otras acciones populares de radicados 2007-0148 del Juzgado Segundo Administrativo de Santa Rosa de Viterbo (fl. 265) y 2007-0571 correspondiente al Juzgado Administrativo de San Gil (fl. 310).

Mediante auto de fecha 15 de enero de 2010, se concedió el recurso de apelación (fl. 320), interpuesto en contra de la providencia proferida por este despacho el 7 de diciembre de 2009 (fls. 349 y 350).

Por providencia del 12 de mayo de 2010 el Tribunal Administrativo de Boyacá revocó el auto de fecha 07 de diciembre de 2009, proferido por este despacho y en su lugar ordena proveer sobre la admisión de la demanda por no encontrar identidad entre la presente acción popular y las tramitadas bajo radicados 2007-148 y 2007-0571 ya que el objeto, pretensiones, derechos e intereses colectivos invocados como vulnerados son disímiles. (fls. 368 a 383).

Con auto de fecha 15 de julio de 2010, se dispuso el Despacho a obedecer y cumplir lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 12 de mayo de 2010 (fl. 391).

Por auto del 30 de julio de 2010, procedió el Despacho a resolver sobre la admisión de la demanda, remitiendo el proceso de la referencia al Tribunal Administrativo de Boyacá, en la medida en que en la providencia del 12 de mayo de 2010 del Tribunal Administrativo, se ordenó vincular a entidades del nivel nacional; esto en razón a la existencia de la Ley 1395 de 2010 que varía la competencia respecto de las acciones populares y de cumplimiento contra entidades del nivel nacional (fls. 393 - 399).

Mediante auto de fecha 06 de octubre de 2010, el Tribunal de Administrativo de Boyacá, resolvió no avocar conocimiento de la acción popular de la referencia, por ser una acción promovida antes de la entrada en vigencia de la nueva norma, por

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

ello ordenó que sea devuelto el expediente al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, para que este continuará con el trámite del asunto (fls. 525).

Con auto de fecha 22 de noviembre de 2010, se dispuso el despacho a obedecer y cumplir lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de fecha 06 de octubre de 2010 (fls. 391).

Mediante providencia del 14 de diciembre de 2010, la demanda fue admitida por éste Despacho, a la vez que se pronunció sobre las medidas cautelares y el amparo de pobreza solicitados por el accionante (fls. 534 al 537). Mediante auto de fecha 25 de marzo de 2011, que citó a audiencia pública de pacto de cumplimiento para el día 27 de abril de 2011 (fls. 796 y 797).

El día 27 de abril de 2011 el Despacho se constituyó audiencia pública de pacto de cumplimiento, sin embargo, la misma fue aplazada por solicitud de la apoderada del INVIAS, de la apoderada del Ministerio de Protección Social y del apoderado del Ministerio de Ambiente, por lo que se ordenó la fijación de nueva fecha para audiencia de pacto de cumplimiento (fls. 823 y 824).

Nuevamente mediante auto de fecha 02 de mayo de 2011, se citó a audiencia pública de pacto de cumplimiento para el día 25 de mayo de 2011 (fls. 826).

Mediante auto del 13 de mayo de 2011, se procedió a ordenar la vinculación del Departamento de Santander antes de realizarse la audiencia de pacto de cumplimiento en aras de garantizar el derecho al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (fls. 835 - 837).

El despacho profirió auto el 29 de agosto de 2011 a través del cual se oficia al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Tunja para que remita copia de la acción popular radicada bajo el No. 2010 – 023 y al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja para que indique si en este despacho se ha presentado acción popular que pretenda proteger derechos o intereses colectivos relacionados con la moralidad administrativa respecto del proceso de contratación del proyecto “CONCESION VIAL DUITAMA – CHARALA – SAN GIL” (fls. 880)

El 10 de abril de 2012 se remitió el proceso al Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del Circuito de Tunja por aplicación del acuerdo No. PSAA 12-9213 DE 2012 del Consejo Superior de la Judicatura (fl. 908)

Por medio de auto de fecha 11 de abril de 2012, el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión del circuito de Tunja, negó por improcedente la solicitud de terminación del proceso (fls. 908 – 910). El mismo despacho por medio de auto del 08 de agosto de 2012 dispuso no reponer el auto del 11 de abril de 2012 (fls. 921 - 924)

Por medio de auto de fecha 10 de octubre de 2012 del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Tunja, señaló fecha para llevar a cabo audiencia de pacto de cumplimiento para el día 22 de noviembre de 2012.

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

El día 22 de noviembre de 2012 se llevó a cabo audiencia de Pacto de Cumplimiento, declarándose fallida la diligencia por ausencia de las partes y se abre el proceso a pruebas (fls. 930 – 945)].

Por medio de auto del 20 de febrero de 2013 el Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Tunja adicionó el auto de pruebas agregando y poniendo en conocimiento algunos documentos y negando solicitud de fijación de nueva fecha de audiencia de pacto de cumplimiento (fls. 1062 - 1068).

Por medio de auto del 11 de diciembre de 2013 se niega solicitud de nulidad propuesta por la apoderada de la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural a folios 1198. (fls. 1212 - 1214). Con auto del 18 de febrero de 2015 el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Tunja nuevamente avoca conocimiento de la presente acción (fls. 1125).

Por medio de auto con fecha del 2 de marzo de 2015 el Despacho requirió el cumplimiento del auto de pruebas (fls.1338).

Mediante auto del 14 de Abril de 2016 se corrió traslado de alegatos de conclusión. (fl. 1461).

1.- Razones de la Defensa

1.1. INVIAS.

Mediante apoderada constituida al efecto, la entidad demandada refirió, que la vía materia de reproche es del orden departamental, por lo tanto es responsabilidad exclusiva de los Departamentos de Santander y Boyacá y por lo tanto no está a cargo del Instituto Nacional de Vías-INVIAS, entidad que desconoce las actuaciones administrativas o de gestión en relación a dicho proyecto. Se opone a la totalidad de las pretensiones y solicita sean denegadas. Finalmente, propone como excepciones la siguiente:

- *FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA EN CONTRA DE INVIAS*, la que fundamenta en la naturaleza departamental de la vía objeto de la presente acción, y a cargo directamente de los Departamentos de Boyacá y Santander, por lo tanto no se encuentra dentro de la infraestructura vial a cargo de INVIAS careciendo de toda competencia para adelantar gestión en dicho proyecto, a consecuencia solicita ser exonerado de todos los cargos y pretensiones que se formulan. (fl. 570, 571, 572).

1.2. NACION - MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

La apoderada del Ministerio de Protección Social, se opone a cada una de las declaraciones y condenas en razón de que la entidad demandada no es parte pasiva, ni tampoco responsable de los derechos colectivos presuntamente violados, por cuanto las entidades competentes en el presente caso no dependen administrativa o financieramente del Ministerio de Protección Social. Propone las siguientes excepciones:

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION*, la que fundamenta en que el Ministerio de Protección Social, no es el organismo encargado de vigilar, ni controlar, ni suscribir contratos de concesión vial, responsabilidad que le pertenece a otras entidades del estado. Por tanto no es posible jurídicamente derivar responsabilidad alguna en contra del citado Ministerio.

- *FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA PASIVA*, la que fundamenta en que la prestación de los servicios viales y los trámites relacionados con los contratos de concesión objeto de la litis, no presenta ninguna razón legal que afirme la configuración de los presupuestos de responsabilidad sobre el Ministerio de Protección Social, puesto que no está entre sus funciones la concesión vial.

- *INNOMINADA*, frente a la que indica que si después de la valoración del proceso y de las pruebas, aparece probada cualquier excepción, solicita declararla, en aplicación del artículo 306 C.P.C. (fls. 574 - 582)

1.3. NACION - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.

Mediante apoderado constituido al efecto, la entidad accionada se opuso a la totalidad de las pretensiones, manifestando que no le constan los hechos ya que no son funciones asignadas por la ley al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Propuso como excepciones las siguientes:

- *FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA*, ya que de conformidad con lo estipulado en la Ley 105 de 1993, artículo 12, puede afirmar que la Vía Duitama - Charalá, no cuenta con los requisitos para constituir como infraestructura de transporte a cargo de la Nación. Agrega que aun cuando lo fuera, los hechos demandados no aluden para nada con acciones u omisiones administrativas adelantadas por ese Ministerio.

- *IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR NO EXISTIR VULNERACIÓN DERECHOS COLECTIVOS*. Apunta que para proceda una acción popular deben cumplirse unos supuestos sustanciales, que deben demostrarse de manera idónea. Establece que en el caso concreto, el actor señala un listado de derechos o intereses colectivos (Moralidad Administrativa, Defensa del Patrimonio Público, Libre Competencia Económica, Derechos de los Consumidores y Usuarios), de los que no obra prueba de que hayan sido vulnerados o violados con la construcción de la Vía Duitama - Charalá, por lo cual la acción popular propuesta por el actor es improcedente.

- *FALTA DE OBLIGACION PROBADA FRENTE AL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL*. Frente a esta excepción alega que el actor no ha probado la acción u omisión que permita comprometer la responsabilidad del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (Fls. 592 - 597)

1.4. NACION - MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el apoderado de la entidad mencionada, se opone a todos y cada uno de los hechos y las pretensiones, toda vez que la función administrativa omitida le corresponde al Departamento de

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Boyacá, Departamento de Santander, Corporación Autónoma Regional de Boyacá- CORPOBOYACA, la Corporación Autónoma Regional de Santander - CAS y la sociedad AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S. A., ya que la ubicación del proyecto concesión Vía Duitama – Charala - San Gil, se encuentra dentro de su jurisdicción territorial, teniendo en cuenta que son vías secundarias.

Fundamenta su defensa en la naturaleza jurídica de la acción popular de la que cita que según el artículo 88 de la Constitución Política, y la Ley 472 de 1998, las acciones populares proceden contra toda omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos y que en esa medida, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no es un órgano ejecutor, sino un órgano encargado de establecer políticas públicas y de regulación a nivel nacional sobre la protección de los recursos naturales renovables y no renovables y del medio ambiente.

Agrega que teniendo en cuenta la ubicación del proyecto de concesión de la vía Duitama – Charala – San Gil, serán entonces las Corporaciones Autónomas Regionales de los mencionados Departamentos, (CORPOBOYACA y CAS), las máximas autoridades ambientales, por lo anterior, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, no tiene competencia para expedir licencia o permiso ambiental, o ejercer la vigilancia y control.

Propone la excepción de *“FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL”*, por cuanto el citado Ministerio carece de legitimidad en la causa por pasiva con relación a la presente acción, ya que no se cumple ninguno de los requisitos mencionados por el Consejo de Estado para que exista responsabilidad imputable a la entidad del estado. (Fis. 601 - 611).

1.5. SOCIEDAD AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A. – AD SG S.A

El apoderado de la entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones del accionante. Menciona que no le constan los hechos ya que ellos conocieron del proyecto, en virtud de las convocatorias que en cumplimiento de la normatividad relativa a la contratación. Pero estos estudios no incluyen una serie de actividades que finalmente fueron contratadas por ser necesarias para la completa realización del objeto de la concesión. Propuso las siguientes excepciones:

- *“IMPROCEDENCIA DE COMPARACIONES ENTRE LOS ESTUDIOS DE V Y G INGENIERÍA LTDA Y LA LICITACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ”*. Apunta que hay una imposibilidad técnica y jurídica de comparar los valores de la licitación del Departamento de Santander y los del Departamento de Boyaca, porque en esta última entidad territorial se incluyó una serie de factores, como son los costos durante la etapa de operación y mantenimiento de la concesión, que no estaban en el anterior estudio realizado por V Y G INGENIERIA LTDA.

- *“INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y AL PATRIMONIO PÚBLICO”*. La fundamenta en que según los argumentos presentados por la parte actora no hay ningún tipo de vulneración por parte del

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Departamento de Boyacá, ni mucho menos por parte de la sociedad AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A AD SG S.A., evidenciando en todas las actividades precontractuales y contractuales, las partes han obrado en consonancia con los principios que gobiernan la planeación, la transparencia, el interés público y la responsabilidad.

- *"IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR, RESPECTO DE HECHOS QUE SON OBJETO DE JUZGAMIENTO POR VÍA DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL – FALTA DE JURISDICCIÓN"*. Establece frente a la citada excepción, que la justicia Contenciosa Administrativa, ha sido enfática en afirmar que no es posible reabrir un debate litigioso por vía de acción popular, cuando estos mismos hechos han sido objeto de debate en una acción contractual, que cursa ante el Tribunal Administrativo de Boyacá por parte de los integrantes del Consorcio GCC.

- *"EXISTENCIA DE OTRA ACCIÓN POPULAR"*. De la misma se afirma que en el Juzgado Séptimo Administrativo, existe otra demanda con el mismo proceso licitatorio y el contrato.

- *"AUSENCIA DEL DAÑO"*, la que argumenta en que para que prospere una acción popular, es necesario que se dé un daño cierto, actual, directo y probado, situación que no se da en el caso en estudio.

- *"CARGA DE LA PRUEBA – AUSENCIA DE PRUEBA"*, frente a la que establece que en el caso objeto de estudio no existe ninguna prueba aportada por la parte demandante donde se vean vulnerados los derechos colectivos que menciona en la demanda y de llegar a considerarse que quienes realizaron la estructuración técnica y financiera del proceso de selección adelantado por el Departamento de Boyacá por licitación No. 020 de 2008 violaron normas sobre planeación y ejecución del presupuesto, esa conducta no le es imputable a la sociedad AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A.

- *"IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CON RESPECTO A NULIDADES DE CONTRATOS ESTATALES"*. Argumenta frente a esta excepción, que existe una acción específica para atacar la legalidad del acuerdo, Contrato de Concesión No. 1563 de 2008, como lo es la acción contractual, acción que es idónea para solicitar la nulidad de un contrato.

- *"LITIS CONSORCIO NECESARIO – CONCURRENCIA DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER"*. Cita que atendiendo que tiene directo interés en la ejecución del proyecto vial que es objeto de estudio, se debe conformar el litis consorcio por pasiva, de conformidad con los artículos 51 y 83 del C.P.C. frente al Departamento de Santander.

- *"BUENA FE DE LA SOCIEDAD AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A."*. Cita que ni la sociedad AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A., ni los actuales accionistas tuvieron injerencia alguna en la elaboración de los estudios que dieron origen a la licitación abierta por el Departamento de SANTANDER, ni tampoco a los del Departamento de BOYACÁ, la actuación de la sociedad demandada se ha ceñido a los postulados de buena fe.

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

1.6. DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

El apoderado de la parte accionada, se opone a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamento jurídico y factico, formulando las siguientes excepciones:

- *IMPROCEDENCIA DE LA ACCION POPULAR*. Cita que debido a que no se presentan hechos por parte del Departamento de Boyacá que hagan inferir la vulneración de los derechos colectivos, como la moralidad pública y la defensa del patrimonio público, pues lo único que se ha hecho con su obrar es dar aplicación a lo establecido en la Ley.

- *FALTA DE INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO*, de la que advierte que el Departamento de Santander, es parte activa en el proceso, por esta razón, se considera que debe ser citada y hacer parte del proceso a la entidad territorial referida. Solicita además que se declaren probadas las excepciones propuestas, teniendo en cuenta que la entidad accionada no ha vulnerado derechos colectivos. (fls. 678 - 687).

1.7. NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE

Manifiesta que se atiene a los hechos que sean probados dentro de la acción propuesta. Hace alusión en su defensa a la Ley 64 de 1967, para hacer referencia a la creación del Fondo Vial Nacional, hoy Instituto Nacional de Vías y a la ley 105 de 1993 que establece la responsabilidad de las vías de orden departamental y que siguiendo con lo anterior el Ministerio de Transporte no hace parte del contrato de concesión No. 001563 de 30 de diciembre de 2008, así como tampoco tiene dentro de sus responsabilidades la construcción y mantenimiento de vías del orden Departamental y/o Municipal, que esto le concierne a las Gobernaciones o Municipios, según corresponda. El Ministerio de Transporte propone como excepciones las siguientes:

- *FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA*, en el presente caso no se puede decir que hay una falla en el servicio, ya que como previamente se advirtió, le corresponde al Instituto Nacional de Vías la construcción, mantenimiento y conservación de las carreteras del orden nacional, pero no las del orden departamental. (Fls. 707 - 711).

1.8. DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

Manifiesta la apoderada de la entidad territorial que no puede oponerse o allanarse a las pretensiones de la demanda por cuanto desconoce el contrato de concesión No. 001563 del 30 de diciembre de 2008 por cuanto de común acuerdo los departamentos decidieron que la contratación se realizara en el Departamento de Boyacá. Cita además que encuentra vulnerado su derecho de defensa y el derecho al debido proceso, al carecer del caudal probatorio que le hubiera permitido conocer y analizar las pretensiones a efectos de poderlas controvertir debidamente. En razón a lo anterior presentó las siguientes excepciones:

1608

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- *"FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LAS PRETENSIONES Y HECHOS DE LA PRESENTE ACCION POPULAR"*. Argumenta la apoderada del Departamento de Santander que no se puede vincular a este Departamento toda vez que no se le dio traslado de todos los documentos sustento de la acción, además cita que el accionante no hizo mención en el escrito de la acción popular de la posible irregularidad en que hubiera podido incurrir o participar el Departamento de Santander.

- *"IMPROCEDENCIA DEL PAGO DEL INCENTIVO"*, solicita no reconocer el pago del incentivo del artículo 39 de ley 472 en razón a que esta disposición esta derogada por la Ley 1425 de 2010.

- *"CARGA DE LA PRUEBA – AUSENCIA DE MATERIAL PROBATORIO"*, en el presente proceso el accionante no aportó todo el material probatorio a efectos de que el accionado pudiese controvertir con las pruebas lo pertinente, en lo que refiere a los dos oficios enviados por la Gobernación de Santander a la Gobernación de Boyacá donde le manifiesta que con base en un común acuerdo se determinó que el contrato demandado se suscribiera y ejecutara exclusivamente en el Departamento de Boyacá.

2.- Alegatos de conclusión

2.1. NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA.

Reitera que para el caso del Ministerio de Agricultura existe falta de legitimación en la causa por pasiva ya que los hechos demandados no aluden en lo absoluto frente a acciones u omisiones administrativas adelantadas por esa cartera.

Advierte que en el caso particular no se ha probado, ni se advierte que se haya materializado la vulneración a ningún derecho colectivo invocado por el actor, ni mucho menos se demuestra que se haya puesto en amenaza la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, la libre competencia económica o los derechos de los usuarios y consumidores, por lo que solicita se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

2.2. NACIÓN-MINISTERIO DE AMBIENTE.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda de la que cita que se encuentra plenamente demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva en razón a que el citado Ministerio no es un ente ejecutor sino el organismo rector de la gestión del medio ambiente. De conformidad con lo anterior, cita que los órganos ejecutores en política ambiental en la región lo son CORPOBOYACA y la CAS.

Realiza una síntesis del marco normativo del proceso de reglamentación de las Licencias Ambientales y reitera las funciones actuales del Ministerio de Ambiente y de las Corporaciones Autónomas Regionales de la que infiere que son estas últimas las que ejercen la máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción.

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

2.3. NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Establece que como quiera que la concesión vial no fue ni otorgada, ni vigilada, ni auditada por el Ministerio de la Protección Social, existe falta de legitimación en la causa por pasiva. Anota que el Ministerio de la Protección Social no puede responder por hechos u omisiones de otras entidades del Estado que gozan de personería jurídica y autonomía administrativa y que en estas condiciones no puede predicarse nexo causal entre el actuar del Ministerio de Salud y las pretensiones alegadas en la acción popular.

Agrega que tampoco es dable sostener que existe culpa o dolo en el actuar del Ministerio de la Protección Social pues dentro de sus funciones no está la de contratar concesiones viales, ni cuenta con la capacidad o autonomía para hacerlo.

Realiza una síntesis de las funciones del Ministerio de la Protección Social según el marco legal que le es aplicable, de las que infiere que ninguna se relaciona con las suplicas de la demanda por lo que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda frente al citado Ministerio.

2.4. NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA.

Reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación, en específico, lo relacionado con la falta de legitimación material de la citada cartera. Agrega que dentro del proceso no se demostró que se hayan vulnerado los derechos colectivos advertidos por el actor popular como tampoco existe indicio de que los mismos se hayan puesto en amenaza.

Fundado en lo anterior solicita al juzgado, despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda por cuanto no existe responsabilidad del Ministerio de Agricultura frente a las acciones u omisiones descritas en la demanda.

2.5. DEPARTAMENTO DE BOYACA.

Establece que el Departamento de Boyacá reitera lo expresado en la contestación de la demanda, en especial, lo relacionado con la no vulneración de intereses colectivos por parte del Departamento de Boyacá en el caso concreto. En primer lugar porque en su dicho, aparece probado dentro del plenario que el Departamento de Boyacá no asumió competencias individuales, sino que el proyecto Concesión Duitama-Charala-San Gil se adelantó en conjunto con el Departamento de Santander.

Cita que el proceso de licitación se abrió en concertación con la citada entidad territorial, luego de que allí se hubieran abierto 2 licitaciones fallidas. Que el Departamento de Boyacá contaba con las facultades legales y reglamentarias que le permitieron abrir el proceso licitatorio y que las modificaciones realizadas al contrato inicial de concesión nunca desconocieron los principios contractuales.

Que mediante Resolución 1621 de 29 de Diciembre de 2008, se adjudicó la Licitación Pública 20 de 2008 al proponente "Promesa de Sociedad Futura

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Autopista Duitama-San Gil", suscribiéndose el 30 de Diciembre de 2008 el contrato de concesión No 1563 de 2008.

Que no obstante lo anterior, el 31 de Octubre de 2011, el Departamento de Boyacá y la Sociedad Autopista Duitama-San gil S.A. llegaron a un acuerdo para dar por terminado de manera anticipada el mencionado contrato de concesión , el cual fue sometido a Tribunal de Arbitramento en razón a las reclamaciones de la Sociedad Autopista Duitama-San gil S.A y donde el Tribunal Arbitral declaró el incumplimiento del contrato por parte de los Departamentos de Boyaca y Santander y ordena el pago de \$12.201.243.109 a cada uno y a favor del convocante y la suma de \$1.749.233.532 por concepto de actividades y obras preliminares en que había incurrido la sociedad.

Que el mencionado contrato de concesión ha sido objeto de múltiples demandas, entre otras la propuesta por la sociedad Gerencia de Contratos y Concesiones S.A. donde se solicitaba la nulidad de la Resolución 1621 de 2008 por medio de la cual se adjudicaba la concesión del caso concreto, no obstante el Tribunal Administrativo de Boyacá en fallo de 9 de Septiembre de 2015 niega las pretensiones de la demanda.

Concluye que existe suficiente material probatorio que demuestra que el Contrato de Concesión 1563 de 2008 fue terminado y liquidado, por lo que el objeto de la presente acción ha desaparecido, por lo que solicita se desestimen las pretensiones de la demanda por hecho superado ya que no es posible pronunciarse respecto a la vulneración de derechos colectivos cuando el negocio jurídico objeto de la acción se terminó en forma anticipada, no existiendo los presupuestos legales para acceder a las pretensiones de la demanda interpuesta por el actor popular.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto y señala que al carecer de objeto la presente acción, la circunstancia que presuntamente amenazaba o ponía en peligro los derechos colectivos enunciados por el accionante no existe, como tampoco las condenas por indemnización de perjuicios o incentivo solicitadas en la demanda.

2.6.DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

Establece que en el caso concreto se presenta inexistencia del Contrato de Concesión 1563 de 2008 en razón a que en laudo proferido por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, se liquidó judicialmente y como quiera que las pretensiones de la demanda se orientan a la suspensión de la ejecución del contrato e incluso su modificación, resulta claro que lo solicitado por el actor popular se satisfizo en otra instancia jurisdiccional.

Agrega que existe hecho superado respecto al objeto de la acción popular en razón a que los hechos que motivan la misma fueron objeto de otro pronunciamiento judicial por parte del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, pues lo que esencialmente se solicitaba, que era la no ejecución del contrato de concesión 1563 de 2008, se generó en virtud de la decisión judicial proferida por el Tribunal Arbitral.

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Por lo anterior solicita se declare improcedente la presente acción.

2.7. ACTOR POPULAR.

Reitera las pretensiones de la demanda advirtiendo que quedan demostrados os siguientes hechos:

- Que realizados los tramites precontractuales por parte del Departamento de Santander, el estructurador del proyecto de la época de la concesión vial Duitama-Charala-San Gil arroja como valor de la misma la suma de 2.000.000.000.000 e ingreso esperado por 230.000.000.000 con un TDP de 1089 vehículos no garantizado.
- Que realizados 2 procesos precontractuales por parte del Departamento de Santander, se envía el proyecto al Departamento de Boyacá, que motivado en el incentivo a la inversión por parte de particulares fueron cambiados los datos correspondientes al T.P.D. sin la realización de nuevos estudios de conveniencia, lo que genera el deterioro en el patrimonio de los departamentos de Boyaca y Santander.
- Que sin ningún soporte técnico se incrementó el ingreso esperado a 950.000.000.000 para el año 2005, presentando un incremento injustificado del 413%. Lo propio frente al valor del contrato que pasa de 90.000.000.000 a 235.000.000.000 es decir, con un incremento del 255% y en el tiempo de la concesión que pasa de 14 a 32 años y en el T.D.P. que pasa a 4.522 vehículos diarios del año 2014, modificaciones que no se soportan según el incremento del Índice de Costos de la construcción pesada certificada por el DANE.
- Que los citados incrementos no contaron con la autorización de la Asamblea Departamental y que al no justificarse los incrementos se afectó el patrimonio departamental.
- Que según el documento allegado por el Departamento Nacional de Planeación, quedó demostrado que el TPDA para el 2018 fue de 807 vehículos, en tanto para ese año el Departamento de Boyacá habla de 5.089 vehículos/día y que el riesgo comercial lo debería asumir el concesionario y no la entidad territorial.
- Que a lo largo del proceso no se aportaron pruebas que indicaran los soportes en los cuales la Gobernación de Boyacá modifica el contrato.
- Insiste en la solicitud del dictamen de parte presentado por el mismo y concluye en que la parte demandada no presenta pruebas que desvirtúen las afirmaciones hechas en la demanda; que la deuda real que adquirieron los boyacenses con la celebración del contrato fue de 945.000.000.000 y que los actuado por el Departamento de Boyacá no cuenta pues se presentó sin apoderado judicial reconocido en el proceso.

2.8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

Advierte en su concepto, que del material probatorio obrante en el proceso, queda claro que la intención del Departamento de Boyacá al haber asumido la concesión

1610

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

vial materia de Litis, fue la de incentivar a los particulares, pero que esta justificación no puede servir por sí sola para incrementar el monto de los valores a invertir sin que se encuentre en el plenario una razón técnica que así lo justifique.

Que por el contrario, al interior del proceso el Departamento de Boyacá no remite el estudio técnico que sirvió de sustento para realizar las modificaciones, especialmente frente al T.D.P.

Que resulta claro que las modificaciones se hicieron y superan en alto grado los porcentajes contemplados en el proyecto inicial pues el valor del contrato pasa de 82.000.000.000 a 219.215.120.634 según se advierte a fl. 1330 del plenario, lo cual no se explica porque si bien existen 3 años de diferencia, lo anterior no se alcanza a soportar en el Índice de costos de la construcción pesada. Lo mismo frente al tiempo e la concesión que pasa de 14 a 32 años, es decir que se supera en más del doble el tiempo de concesión estimado.

Que no se aportan al proceso, datos de origen, método de proyección o cualquier otro elemento que permita justificar los incrementos y diferencias entre cada valor o número de vehículos que se esperaba que cruzara entre los años 2009-2035.

Cita las cifras de T.D.P. vistas a fls. 99 a 101 y advierte que dentro de las cifras allegadas por el Departamento Nacional de Planeación, que es parámetro objetivo de comparación, se puede advertir que las diferencias son claras desde la colocación de peajes, que para el caso del D.N.P. es de uno, en tanto en la licitación del Departamento de Boyacá es de 3, sino también frente a los incrementos en el T.D.P., lo que demuestra que el Departamento de Boyacá en un acto de improvisación, modificó elementos determinantes del proyecto como el T.D.P. esperado, valor del contrato, tiempo de la concesión y garantías otorgadas por el contratante en favor del contratista.

Que lo anterior no cuenta con soporte alguno, lo que indica que se aparta de los arts. 7, 12, 25 num. 7 y 12, 26 y 30 de la Ley 80 de 1993 y deja patente la responsabilidad de los funcionarios "al abrir un proceso de licitación sin contar con un estudio serio y sustentado que técnica, jurídica y financieramente respaldaran tanto la licitación 020 de 2008, como el posterior contrato de concesión suscrito con la sociedad Autopista Duitama – San Gil, vulnerando de esta manera el derecho colectivo al patrimonio público".

Que los compromisos financieros asumidos por el Departamento de Boyacá ponen en peligro la estabilidad y viabilidad económica de la entidad territorial, pues se garantizó un riesgo al concesionario que él estaba llamado a asumir, pues no se trata de una concesión de primera generación sino de tercera.

Cita que se encuentra demostrada la generosidad del Departamento de Boyacá que en un "acto de generosidad inusual" otorgara un respaldo financiero de 199.000.000.000 en caso de que el T.D.P. no se cumpliera. Que aunado a lo anterior, se observa que no existe autorización por parte de la Asamblea de Boyacá para comprometer vigencias futuras en un contrato que beneficia a dos departamentos y de otra parte, no se alude a que en forma previa debería aprobarse lo anterior por el Confis departamental o del órgano regional que haga

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

sus veces, lo que implica que el Gobernador de Boyacá no contaba con capacidad para suscribir el contrato de concesión.

Advierte que se probó que el contrato de concesión inició ejecución el 26 de febrero de 2009 y fue terminado el 31 de octubre de 2011, pero frente al mismo se expidió laudo arbitral el 18 de febrero de 2013 por parte del Tribunal conformado para el efecto, el cual sirvió de título para que la Sociedad Autopista Duitama – San Gil S.A. iniciara proceso Ejecutivo ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el que se libró mandamiento de pago por \$13.950'476.641 más intereses, de los cuales "habrá de determinarse si parte de estos dineros corresponden a ese compromiso asumido en el contrato, lo que evidencia y ratifica la vulneración de los derechos colectivos antes referidos, pues el pago de dicho proceso impactará ostensiblemente el patrimonio de las entidades ejecutadas Boyacá y Santander".

Cita que aun terminado el contrato de concesión 1563 de 2008, continua generando efectos negativos frente a los patrimonios de los departamentos de Boyacá y Santander, lo que debe ser investigado por la Contraloría General de la Republica.

Concluye que los cargos propuestos están llamados a prosperar por encontrar vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, por lo que solicita que el Juzgado declare probadas las excepciones de "falta de legitimidad por pasiva" propuesta por el Instituto Nacional de Vías, los Ministerios de Protección Social, Agricultura, Ambiente, Vivienda y Transporte, y la de "improcedencia de pago del incentivo", planteada por el Departamento de Santander, pues la Ley 1425 de 2010 derogó expresamente el reconocimiento del incentivo en materia de acciones populares; que el juzgado declare la improsperidad de las excepciones denominadas "litisconsorcio necesario – concurrencia del Departamento de Santander", "existencia de otra acción popular", "improcedencia de la acción con respecto a nulidades de contrato estatales", "improcedencia de la acción popular respecto de hechos que son objeto de juzgamiento por vía de acción contractual – falta de jurisdicción" propuestas por la Sociedad Autopista Duitama – San Gil S.A.; "falta de integración de litisconsorcio necesario", propuesta por el Departamento de Boyacá, y "falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Santander frente a las pretensiones y hechos de la presente acción popular" propuestas por el Departamento de Santander, se declare que el Departamento de Boyacá, con ocasión de la modificación al Contrato de Concesión No. 1563 de 2008 y su licitación antecedente vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y que como consecuencia de lo anterior, se compulsen copias de lo actuado con destino a la Contraloría General de la República, a la Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación, para que dichas autoridades en el marco de sus competencias inicie las investigaciones del caso.

2.9. INVIAS.

Solicita se tenga en cuenta en su integridad el escrito de contestación de la demanda frente a la inexistencia de responsabilidad del INVIAS pues de las pruebas obrantes en el proceso, la vía Duitama-Charala-San Gil no se encuentra

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

dentro de la infraestructura vial a cargo del INVIAS. Cita que tampoco la citada entidad ha suscrito convenio interadministrativo alguno con los departamentos a cargo de la vía.

Agrega que de acuerdo a los documentos contractuales allegados a las diligencias se evidencia que el INVIAS no tuvo, ni tiene participación alguna en las actuaciones de las que se predicen en la demanda la vulneración de derechos colectivos y en tal sentido no es la entidad legitimada para responder por los cargos que se arguyen en la demanda.

2.10 NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE.

Argumenta que de conformidad con la Ley 64 de 1967, la persona jurídica encargada de construir las carreteras nacionales es el INVIAS, en tanto el Ministerio de Transporte define la política nacional en materia de tránsito, transporte y su correspondiente infraestructura.

Anota que el Ministerio de Transporte no hace parte del contrato de concesión 1563 de 2008, por lo tanto no debe responder por lo hecho en la realización del mismo. Concluye que debe declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la que expone sentencias del Consejo de Estado, aunado a que el Contrato de concesión 1563 de 2008 fue dado por terminado.

2.11 SOCIEDAD AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A.

Realiza una síntesis de las principales actuaciones relacionadas con su participación en la Licitación 20 de 2008 y en el Contrato de concesión 1563 del mismo año. Agrega que el mencionado contrato se dio por terminado de manera anticipada el 31 de Octubre de 2011, por lo que resulta claro que a la fecha el vínculo contractual que mantenía con el Departamento de Boyacá desapareció.

Que ante los incumplimientos del Departamento de Boyacá demandó ante la jurisdicción arbitral, que en laudo de 18 de Febrero de 2013 declaró el incumplimiento del contrato y condena a los Departamentos de Boyacá y Santander al pago de los trabajos realizados por el concesionario hasta la fecha de terminación anticipada del contrato. Que frente al citado laudo se propone recurso de anulación el que es desestimado por el Consejo de Estado en providencia adjunta de fecha 21 de Agosto de 2014.

Que ninguno de los derechos colectivos invocados en la demanda involucran las actuaciones de la Sociedad Autopista Duitama-San Gil S.A., pues no participó en la modificación del proceso de estructuración o en los cambios hechos por el Departamento de Boyacá. De la misma forma afirma que no existe ninguna vulneración al patrimonio público y que por el contrario la sociedad Autopista Duitama San Gil S.A. con el incumplimiento del contrato de concesión 1563 de 2008 se vio seriamente perjudicada al no recibir la remuneración pactada.

Realiza un resumen de sus propias actuaciones en torno al contrato y al laudo arbitral emanado del Tribunal constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Bogotá y que respecto de la libre competencia, no es cierta la

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

afirmación del actor popular de que los pliegos de condiciones del proceso contractual adelantado por el Departamento de Boyacá hayan sido modificados y que en dicho proceso se demostró que el mejor oferente lo fue la sociedad AUTOPISTA DUITAMA-SAN GIL S.A.

Que el término de la concesión fue debidamente estipulado para garantizar la recuperación de la inversión económica realizada por el concesionario, lo cual resulta razonable frente a la cuantía del proyecto y que al no haberse cobrado un solo pesos a los usuarios de la vía por la terminación anticipada del contrato, en modo alguno puede hablarse de que se hayan afectado los derechos de los consumidores y usuarios.

Concluye afirmando que la presunta infracción de los derechos colectivos alegada carece de los fundamentos facticos que se dieron en el momento de interposición de la demanda en razón a la terminación anticipada del contrato que se generó en el año 2011, por lo que se configura la teoría del hecho consumado o hecho cumplido.

III. PRUEBAS

Obra en el plenario los siguientes medios de prueba:

- Copia del Convenio Interadministrativo entre la Gobernación de Boyacá y de Santander para la ejecución del proyecto CONCESION VIAL DUITAMA – CHARALA – SAN GIL (fls. 14 y s.s.).
- CD, contentivo de Contrato 070 de 2005 de la Gobernación de Santander, ESTUDIOS DE ESTRUCTURACION DEL PROYECTO DE CONCESION VIAL DUITAMA – CHARALA – SAN GIL realizados por la firma V y G Ingeniaria, licitación pública Gobernación de Boyacá LP – GB 20/08, licitación pública de la Gobernación de Santander INF – CONC-06-049 (fls. 21).
- Copia que contiene referencia del valor del contrato y valor de la interventoría – pliegos de condiciones definitivos licitación pública INF-CONC-06-049 (fls. 24).
- Copia que contiene referencia del ingreso esperado – pliegos de condiciones definitivos licitación pública INF-CONC-06-049 Gobernación de Santander (fls. 26).
- Copia que contiene referencia del tiempo de concesión - esquema financiero propuesta - pliegos de condiciones definitivos licitación pública INF-CONC-06-049 Gobernación de Santander (fls. 28).
- Copia que contiene referencia del tiempo de concesión - esquema financiero propuesta - pliegos de condiciones definitivos licitación pública INF-CONC-06-049 Gobernación de Santander (fls. 28).

1612

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- Copia del esquema de riesgos – TPD no garantizado – estructuración de concesión, Contrato 070 de 2005 Gobernación de Santander (fls. 30).
- Copia de la ordenanza 043 de 2007 INF-CONC-06-005 y INF-CONC-06-049 y las ordenanzas 023 de 2004 y 022 de 2008 (fls. 32 y ss).
- Copia de Estudios de conveniencia y oportunidad para realizar la contratación de la Concesión Vial Duitama-Charala-San Gil por parte de la Secretaria de Hacienda del Departamento de Boyaca (fls. 77-97).
- Copia del Anexo DEF-9 Volúmenes de trafico garantizado y adenda 2, licitación pública LP-GB 20/2008 Gobernación de Boyacá (fls. 93).
- Copia del estudio de tráfico, contrato 070 de 2005 Gobernación de Santander (fls. 99).
- Copia de la clausula 56 del contrato de concesión licitación pública Gobernación de Boyacá LP-GB 20/08 (fls. 103).
- Copia de los índices de costos de la construcción pesada del DANE (fls. 114).
- Copia del presupuesto y cantidades de obra producto 8-Esquema Financiero propuesta 2 del 2 de octubre de 2006, producto 9-Esquema Financiero-Presupuesto de Obra, INF-CONC-06-049 (fls. 116).
- Copia del documento CONPES 3107 de 2001 (118).
- Copia del documento CONPES 3133 de 2001 (147).
- Copia del documento de la Contraloría General de la República – coyuntura contractual (fls. 160).
- Copia de los estudios de tráfico en concesiones viales en Colombia realizad por la Universidad de los Andes (fls. 196).
- Certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Duitama de la sociedad AUTOPISTA DUITAMA - SANGIL S.A. (fls. 214).
- Oficio del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Santa Rosa, que aporta al proceso copia de la acción popular 2007-148, anexos y notificaciones (fls. 265).
- Oficio del Juzgado Administrativo del Circuito de San Gil que certifica de la existencia de la acción popular bajo el radicado 2007571 (fls. 311 y 327 y ss).
- Copia de ordenanza 23 de 2004 de la Asamblea de Boyaca y sus antecedentes administrativos (fls. 504-510).

Acción Popular No. 2009-0248.

Demandantes: Juan Carlos Hernández López

Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- Copia de ordenanza 43 de 2007 de la Asamblea de Boyaca y sus antecedentes administrativos (fls. 511-515).
- Copia de ordenanza 22 de 2008 de la Asamblea de Boyaca y sus antecedentes administrativos (fls. 504-510).
- Copia de la comunicación de fecha 21 de agosto de 2008, emanada por INCO y dirigida a la Secretaria de Infraestructura de Boyaca donde en respuesta a una solicitud de asesoramiento por parte de dicha entidad, se establece que *"se recomienda a la Gobernación de Boyaca (...) que se estructure el proyecto como una concesión de tercera generación (metodología de ingreso esperado y riesgo comercial en cargo del concesionario) (...)"*. (fls. 689-692).
- Copia de la comunicación de 19 de julio de 2010 dirigida por parte de la Directora General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda al Departamento de Boyacá, relacionada con la aprobación análisis de riesgos, en la que se cita que *"según la valoración entregada por el Departamento y de acuerdo al análisis realizado del riesgo comercial, se requieren aportes al Fondo de Contingencias para soportar dicho riesgo (se determina que el plan de aportes de la Concesión del asunto, es el siguiente(fl. 694-695):*

Fecha	Aporte
Feb-11	7.821.453.553,17
Dic-11	16.515.989.231,31
Jun-12	8.700.162.335,58
Dic-12	8.727.074.467,39
Jun-13	3.726.330.926,78
Dic-13	3.767.884.373,82
Jun-14	4.224.578.314,73
Dic-14	4.202.748.352,45
Jun-15	4.598.493.660,22
Dic-15	4.631.305.455,87
Jun-16	5.055.232.892,02
Dic-16	5.056.357.133,67
Jun-17	5.517.327.895,23
Dic-17	5.552.202.330,16
Jun-18	6.010.616.559,23
Dic-18	5.972.741.233,08
Jun-19	6.397.590.510,64
Dic-19	6.391.119.399,19
Jun-20	6.838.888.411,61
Dic-20	6.823.797.173,79
Jun-21	7.295.253.303,93
Dic-21	7.300.529.551,95
Jun-22	7.747.168.847,21
Dic-22	7.745.499.554,82
Jun-23	8.218.364.636,02
Dic-23	8.111.358.713,78
Jun-24	8.477.718.650,75
Dic-24	8.271.700.464,09
Jun-25	300.512.067,52

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- Copia de la solicitud de revisión análisis de riesgos y pasivos contingentes (fls. 697 y s.s.).
- Copia de la Resolución No. 4186 de 28 de septiembre de 2008, del Ministerio de Transporte, por medio de la cual se emite concepto favorable para la construcción de 3 peajes en la vía Duitama-Charala-San Gil (fls. 702 y ss).
- Copia de los análisis de riesgo y modelo de valoración de contingencias del proyecto de concesión vial Duitama – Charala - San Gil realizados por la firma CIP para la Gobernación de Boyaca (sin fecha, pero ya dentro de mismo se habla de la celebración del contrato 1563 de 2008), de donde se extracta que el riesgo comercial corresponde en el caso concreto al Concesionario (fls. 729-787).
- Copia de la Ordenanza 62 de 2003 por el cual se expide el presupuesto de rentas del Departamento de Boyacá para la vigencia fiscal 2004 (fl. 792-794).
- Copia autentica del Acta de Terminación anticipada del contrato de concesión 1563 de 2008 suscrita entre los representantes de la Sociedad Autopista Duitama San Gil S.A. y el Departamento de Boyaca (fls. 889).
- Diligencia de testimonio practicado al señor JULIO HERNAN ESPINEL MARTINEZ, Gerente de la firma Obresca S.A., concursante dentro de la licitación 20 de 2008 de la que se extrae: "...*PREGUNDADO: Cual fue la posición asumida por Obresca S.A. al no haberse adjudicado el contrato de concesión vial al consorcio GCC del cual hacia parte. CONTESTO: Perdimos y asumimos la posición de perdedores. PREGUNTADO: Sírvase informar si tuvo usted conocimiento de cómo se llevó a cabo la audiencia de adjudicación (...)CONTESTO: Yo estuve presente en la ciudad de Tunja, se llevo a cabo una audiencia normal (...)*". (fl. 972)
- Diligencia de interrogatorio de parte practicado al señor MENZEL RAFAEL ANIM AVENDAÑO (Representante legal de la firma Autopista Duitama San Gil S.A.), practicado a instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de donde se extracta: "*PREGUNTADO: Sírvase informar como se ha ejecutado el contrato resultado de la Licitación 20 de 2008 y cual es su estado actual. CONTESTO: En febrero de 2008, se suscribió el acta de inicio del contrato de concesión; con esta suscripción se dio inicio a la etapa de preconstrucción en la cual se debería cumplir por parte del concesionario la ejecución de los diseños definitivos, obtención de permisos ambientales y cierre financiero del proyecto y aportes de capital , actividades que se cumplieron cabalmente por el concesionario. De parte de las gobernaciones estaba el compromiso de entrega de vías, resolución de concepto vinculante con el Ministerio de Transporte para la instalación de los peajes, el cual se cumplió en septiembre de 2010, dieciocho meses después de firmada el acta de inicio (...) En la actualidad el contrato se encuentra terminado*". (fls. 973-974).

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- Informe presentado por parte de la sociedad AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A. (fls. 958).
- Diligencia de testimonio practicado al señor JULIO HERNAN ESPINEL MARTINEZ (fls. 974-975).
- Copia de los estudios previos y pliegos de condiciones definitivos de las licitaciones INF-CONC-06-005 y INF-CONC-06-049 con sus adendas aclaraciones solicitadas por los interesados en la licitación, acta de cierre de la licitación y resoluciones de declaratoria de desierta (Anexo 1).
- Cd que contiene las licitaciones públicas No. INF-CONC-06-005 y INF-CONC-06-049 (fls. 1016) adelantadas por la Gobernación de Santander, en las que se certifica que no se presentó ningún proponente.
- Copia de la resolución No. 03670 de abril 17 de 2007 que declara desierta la licitación INF-CONC-006-049 en el Departamento de Santander (fls. 1017).
- Concepto técnico sobre el cierre financiero de las licitaciones adelantadas por el Departamento de Santander por parte del representante legal de ESFINANZAS S.A. y CONSULTORES DE INFRAESTRUCTURA S.A.S. (fls. 1041). De mismo se destaca frente a la Licitación adelantada por el Departamento de Boyacá: *"De los resultados podemos indicar, que el nivel de inversión, fue incrementado de manera sustancial, lo cual disminuye la incertidumbre respecto del monto de la inversión requerido en el corredor, incentivando de esta manera el atractivo para inversionistas de largo plazo. El incremento de la inversión por kilómetro que pasó de \$419 millones en la primera licitación a \$657 en la segunda del Departamento de Santander a \$1.461 millones por kilómetro en la licitación de Boyacá, estimulando de esta manera a los inversionistas para tomar el riesgo de participar en este proceso, dada la menor incertidumbre en el nivel requerido de inversión"*. (fl. 1052).
- Copia de la demanda de controversias contractuales radicado 2009-130 de Gerencia de contratos y concesiones S.A. en contra del Departamento de Boyacá.
- Copia de oficio de fecha 4 de Abril de 2011 la Contraloría General de Boyacá solicita al Gobernador del Departamento la viabilidad de ordenar la suspensión del contrato de concesión en el que cita que *"es necesario dar claridad a las cargas patrimoniales entre el Departamento de Boyacá y el Departamento de Santander, para no incurrir en un posible desequilibrio económico"*. visto a fl. 1150.
- Copia de la Ordenanza 0062 del 22 de diciembre de 2003 (fls. 1238).
- Copia de los estudios de estructuración del proyecto vial Duitama – Charala – San Gil realizados por V Y G INGENIERIA LTDA (fls. 1270-1328).

1614

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVÍAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- Certificado de la vía San Gil–Charala Limites, que corresponde al Departamento de Santander. (fls. 1269).
- Certificación emanada de la Directora de Contratación de la Gobernación de Boyacá respecto del contrato de concesión 1563 de 2008, del que se extracta que su fecha de suscripción fue el 30 de Diciembre de 2008, que su valor lo fue por \$219.215.120634 pesos, con acta de inicio de 26 de Febrero de 2009, suscripción de 14 otro si, en proceso de liquidación y donde “no se ejecutaron obras dentro de este contrato, no se construyeron peajes”. (fls. 1330-1334).
- Copia en medio magnético de los estudios de estructuración del proyecto vial Duitama – Charala – San Gil, adelantados por la firma V y G Ingeniería para el Departamento de Santander (fls. 1344).
- Copia del auto de mandamiento de pago del 16 de diciembre de 2014 librado por el Tribunal Administrativo de Boyacá por valor de 13.950.476.641 dentro del proceso ejecutivo 2014-516 adelantado por la Sociedad Autopista Duitama San Gil S.A. en contra de los Departamentos de Boyacá y Santander cuyo título de recaudo es el laudo arbitral del 18 de Febrero de 2013 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá.(fls. 1375-1376).
- Copia de la escritura 977 de 2015 por el cual se protocoliza el Laudo Arbitral que declara judicialmente liquidado el Contrato de Concesión No 1563 de 208 por parte del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 1378-1379).
- Propuesta para la elaboración de estudio de transito de la via Duitama-Charalá-San gil por parte de la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos (fls. 1390-1396).
- CD contentivo de las conclusiones realizadas por el Estructurador del proceso APP corredor vial San Gil-Charala-Duitama. De mismo se incluye el estudio de tráfico del proyecto, Trafico Promedio Diario de los años 2018 a 2045 y se destaca: “Número de Peajes. La consultoría consideró la instalación de un peaje sobre la vía. Garantía Tráfico Promedio Diario: La consultoría concluyó que el riesgo comercial del proyecto queda asignado al Asociado Privado, razón por la cual, el contrato no garantizaría un nivel de tráfico mínimo sobre la vía. Valor de la Interventoría. Interventoría de Obra: COP 3.468.243.598. Interventoría de O&M: COP 7.230.505.730”. (fl. 1454).
- CD contentivo de pliego de condiciones y laudo arbitral de fecha 18 de Febrero de 2013 emitido por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto por la Cámara de Comercio de Bogotá siendo convocante la sociedad AUTOPISTA DUITAMA-SAN GIL S.A. contra los Departamentos de Boyaca y Santader.

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

- Copia de la totalidad de los documentos precontractuales y contractuales de la Licitación 20 de 2008 y contrato de concesión 1563 de 2008 (anexos 1 a 14).

IV. CONSIDERACIONES

1.- El problema jurídico

El asunto se contrae a determinar si en el presente asunto resultan vulnerados los derechos e intereses colectivos relacionados con la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la libre competencia económica, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, y los derechos de los consumidores y usuarios, con motivo de la celebración del contrato de concesión No. 001563 del 30 de diciembre de 2008.

Previamente a resolver el problema jurídico planteado, el Despacho se detendrá en el estudio de las excepciones propuestas por los apoderados de las entidades demandadas.

2.- De las excepciones propuestas.

2.1. Propuestas por el INVIAS

- *FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA EN CONTRA DE INVIAS.*

Evidencia el Despacho que según el documento visto a fl. 573, en efecto la vía Duitama-Charala-San Gil no corresponde a las que administra y mantiene el INVIAS, por lo que se evidencia que se trata de una vía del orden departamental en el caso concreto correspondiente directamente de los Departamentos de Boyacá y Santander, por lo tanto el INVIAS no tiene competencia para adelantar proceso contractual alguno relacionado con la vía en cita. Sean estas razones suficientes para declarar fundada la excepción propuesta por el INVIAS.

2.2. Propuestas por el Ministerio de Protección Social

- *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION.* Respecto a esta excepción, dirá el despacho que los argumentos que soportan la excepción tocan el fondo del asunto y no son en estricto sentido excepciones, sino meras defensas u oposición¹ y en tal sentido, no es dable predicar o no su prosperidad, sino detenerse a

¹ En cita que se hace del profesor Hernando Devis Echandía, el Tribunal Administrativo de Boyacá. Providencia de 16 de Junio de 2010. MPM. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Rad: 150031330092008-0105-01, manifestó: "La defensa u oposición "en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya ... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho (...). Así las cosas, como ninguno de los argumentos planteados como sustento de las "excepciones" esgrimidas en la demanda, corresponde a tal condición jurídica, no era procedente que el juez declarara su improsperidad, bastaba con acceder o negar las suplicas de la demanda, conforme a lo que encontrara acreditado en el proceso (...)".

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

analizar si se accede o no a las pretensiones, conforme a los hechos que resulte probados en el proceso.

- *FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA PASIVA*, respecto de la cual encuentra el Despacho que en efecto las funciones prestadas por el Ministerio de la Protección Social, no se relacionan con los hechos materia de eventual vulneración de derechos colectivos en la medida en que en modo alguno la generación de unas garantías a los eventuales concesionarios de la vía Duitama-Charala-Sangil relacionadas con Tráfico de Vehículos, ingresos esperados, o años de concesión, puedan llegar a relacionarse con las funciones de esta entidad. Sean estas razones suficientes para declarar fundada la excepción propuesta.

2.3. Propuestas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

- *FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA.*

Tal como se mencionó en precedencia frente a otras entidades vinculadas por orden del Tribunal Administrativo de Boyacá, las funciones prestadas por el Ministerio de Agricultura, no se relacionan con los hechos materia de eventual vulneración de derechos colectivos en la medida en que en modo alguno, la generación de unas garantías a los eventuales concesionarios de la vía Duitama-Charala-Sangil relacionadas con Tráfico de Vehículos, ingresos esperados, o años de concesión, puedan llegar a relacionarse con las funciones de esta entidad. Sean estas razones suficientes para declarar fundada la excepción propuesta.

- *IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR NO EXISTIR VULNERACIÓN DERECHOS COLECTIVOS Y FALTA DE OBLIGACION PROBADA FRENTE AL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL.*

Frente a estas excepciones dirá el despacho que los argumentos que soportan la excepción tocan el fondo del asunto y no son en estricto sentido excepciones, sino meras defensas u oposición y en tal sentido, no es dable predicar o no su prosperidad, sino detenerse a analizar si se accede o no a las pretensiones, conforme a los hechos que resulte probados en el proceso.

2.4. Propuestas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Frente a la excepción de "*FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL*", dirá el Despacho que la misma goza de vocación de prosperidad si se tiene en cuenta que son las Corporaciones Autónomas Regionales de los mencionados Departamentos: Corporación Autónoma Regional de Boyacá-CORPOBOYACA y Corporación Autónoma Regional de Santander-CAS, las autoridades ambientales que ejercer jurisdicción de esta naturaleza en la ubicación del proyecto.

2.5 Propuestas por la Sociedad Autopista Duitama-San Gil. S.A.

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Respecto a la de “*LITIS CONSORCIO NECESARIO – CONCURRENCIA DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER*”, la misma será declarada no prospera por el Despacho, ya que mediante auto de fecha 13 de Mayo de 2001, el Despacho ordenó la vinculación al Departamento de Santander quien contesta la demanda y hace parte de la presente Litis.

Frente a la excepción de “*IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR, RESPECTO DE HECHOS QUE SON OBJETO DE JUZGAMIENTO POR VÍA DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL – FALTA DE JURISDICCIÓN*”, dirá el Despacho que sobre las facultades del Juez Popular frente al estudio de la legalidad de contratos por vía de la presunta vulneración a derechos colectivos, a la fecha existe una tendencia marcada hacia la tesis garantista, es decir, aquella donde pueda analizarse la legalidad del contrato estatal, si de por medio están presuntamente vulnerados derechos colectivos².

Hoy en día el discurrir jurisprudencial relacionado con la procedencia o improcedencia de las acciones populares en materia de Contratos Estatales, parece agotado a partir de que la sección tercera del Consejo de Estado asume en forma exclusiva el conocimiento de este tipo de acciones en materia de contratos estatales, hecho este definitivamente consolidado con la emisión de las providencias AP-549 de 21 de Febrero de 2007 y AP-726 de 22 de Febrero de 2007, las dos con ponencia del Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Se tiene que, si bien para el Despacho es claro que la existencia de un proceso contractual conocido en sede del juez natural del contrato, no es impedimento para que el juez de la acción popular se pronuncie frente a eventuales vulneraciones a los derechos colectivos que puedan verse afectados con el mismo (v.g. moralidad administrativa y patrimonio público), lo cierto es que en el análisis de cada despacho judicial (juez natural-juez popular) se puede suscitar la emisión de decisiones contradictorias que emanan de las características propias de cada

² No obstante, la consolidación de una línea jurisprudencia uniforme no ha sido pacífica al interior del Consejo de Estado, como tampoco lo ha sido en cada una de sus secciones:

En la sección primera del Consejo de Estado se han dado posiciones mayoritariamente garantistas, entre las que podemos destacar: AP-115 de 30 de Noviembre de 2000. CP: Manuel Santiago Urueta. AP-158 de 25 de Enero de 2001. CP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Exp: 2002-55901 de 19 de Febrero de 2004. CP: Rafael E. Ostau de Lafont.

En la sección segunda se han denotado providencias marcadamente restrictivas: AP: 025 de 23 de Marzo de 2000. CP: Carlos Arturo Orjuela. AP-156 de 25 de Enero de 2001. CP: Jesús María Lemos Bustamante. AP-068 de 5 de Julio de 2001. C.P.: Nicolás Pájaro Peñaranda. y AP-897 de 4 de Abril de 2002.

La sección tercera del Consejo de Estado tradicionalmente ha admitido la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al destacar el carácter autónomo de la acción. En dicha sección se cuenta con un muy buen número de providencias en esta tendencia, entre las que destacamos: AP-537 de 26 de Septiembre de 2002, CP: María Elena Giraldo Gómez; AP-612 de 26 de Septiembre de 2002, CP: María Elena Giraldo Gómez; AP-518 de 31 de Octubre de 2002, CP: Ricardo Hoyos Duque; AP: 118 de 5 de Agosto de 2004, CP: María Elena Giraldo Gómez; AP-1577 de 14 de Abril de 2005, CP: German Rodríguez Villamizar; AP-1588 de 5 de Octubre de 2005. CP: Ramiro Saavedra Becerra; AP-549 de 21 de Febrero de 2007, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez; AP-726 de 22 de Febrero de 2007, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez; AP-3932 de 17 de Mayo de 2007, CP: Ruth Stella Correa Palacio; AP-5632 de 15 de Agosto de 2007 CP: Ruth Stella Correa Palacio; AP-1402 de 05 de Marzo de 2008. CP: Myriam Guerrero de Escobar y AP-618 de 18 de Junio de 2008. CP: Enrique Gil Botero.

En la sección cuarta en algunas oportunidades se ha manifestado la tesis restrictiva (Auto AP-106 de 30 de Mayo de 2002) y en otras la tesis amplia (AP-300 de 31 de Mayo de 2002, CP: Ligia López Díaz; AP-465 de 10 de Julio de 2002).

En tanto, la sección quinta tradicionalmente ha acogido la misma tesis de la sección tercera: AP-151 de 1 de Febrero de 2001. CP: Darío Quiñónez; AP-2599 de 29 de Mayo de 2003 CP: Reinaldo Chavarro; AP-435 de 4 de Septiembre de 2003, CP: Reinaldo Chavarro y Rad: 2002-819-01 de 24 de Junio de 2004, CP: Filemón Jiménez O.

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

uno de los procesos, porque en últimas, en cada caso deberá analizarse en forma imperiosa, la legalidad del contrato a la luz de la normas constitucionales, legales y reglamentarias.

Efectivamente no puede predicarse que el juez popular examine el contrato solo a la luz de la Constitución Política y de la Ley 472 de 1998 y que el juez natural del contrato solo lo haga a la luz de la Ley 80 de 1993 y sus reglamentos, porque tanto el Juez natural, como el Juez del contrato están obligados a soportar sus decisiones fundados en el análisis conjunto y sistemático de todos los elementos normativos antes citados: Constitución, Leyes y reglamentos.

Ahora bien debe destacarse que no toda ilegalidad en el contrato genera per se como consecuencia única e inmediata, la vulneración de derechos colectivos, por una razón fundamental reconocida por la Jurisprudencia: si ello fue así, se "vaciaría de contenido" la acción contractual al ser suplantada en su integridad por la acción popular.

A este respecto el Tribunal Administrativo de Boyacá manifestó:

"Cabe además señalar que no toda inconformidad en el desarrollo de un contrato administrativo puede ser discutida en acción popular pues, como lo ha señalado el Consejo de Estado que su aplicación en el caso concreto debe ceñirse a los parámetros de comportamiento ético generalmente aceptados, de tal forma que, en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben actuar con honestidad, consultando los intereses de la comunidad y conforme a los principios, valores y reglas de transparencia que limitan la actuación administrativa. En materia contractual, es necesario precisar que el derecho colectivo no se viola por el sólo hecho de constatar una ilegalidad (...) Si se aceptara que cada vez que se encuentre ilegalidad del contrato procede la acción popular se vaciaría el contenido de la acción contractual y, al mismo tiempo, se desbordaría la competencia del juez constitucional, pues asumiría el control de legalidad de los contratos que es un asunto que, por regla general, corresponde al juez contencioso administrativo. Luego, solamente procede la acción popular en la contratación administrativa cuando se demuestra que se afectan derechos e intereses colectivos, entre otros el de la moralidad administrativa, con un contrato ilegal y, al mismo tiempo, se presentan elementos de juicio que permiten concluir que esa ilegalidad se produjo de manera inmoral o deshonesta".

La citada es la misma línea que ha manifestado el Consejo de Estado en las sentencias en cita: AP-518 de 31 de Octubre de 2002, C.P.: Ricardo Hoyos Duque, AP-537 de 26 de Septiembre de 2002, CP: Maria Elena Giraldo Gómez y AP-1588 de 5 de Octubre de 2005. C.P.. Ramiro Saavedra Becerra.

El Consejo de Estado, intentando dar claridad a la inevitable tensión que surge entre la visión del Juez Popular para ser armonizada con la del Juez Natural de Contrato, ha establecido que:

"En observancia de lo anterior, y en relación con el punto concreto de la viabilidad de la acción popular para la declaración de la nulidad absoluta del contrato estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha intentado armonizar las disposiciones legales del Código Contencioso Administrativo con las normas constitucionales. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha dispuesto reiteradamente la procedencia de la acción popular para tales fines, en aquellos eventos en los que no se haya intentado una acción contractual con anterioridad y hayan comparecido al juicio popular todas las partes involucradas en el asunto, de suerte que no resulten

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

vulnerados sus derechos. Lo anterior aunado a la circunstancia que la nulidad sea manifiesta y conlleve la vulneración de derechos colectivos faculta al juez contencioso administrativo a tomar la medida tendiente al restablecimiento del derecho, esto es, la declaratoria de nulidad del contrato estatal. No significa lo anterior que sólo bajo tales supuestos sea procedente la acción popular para la declaración de nulidad absoluta de un contrato estatal, sin embargo, habida cuenta de que en el caso sometido a estudio se han hecho presentes, como sujetos del proceso, las partes contractuales, y que no se ha incoado acción contractual alguna, la Sala encuentra claramente procedente la presentación de la acción popular como herramienta para demandar la nulidad absoluta de los contratos estatales referidos, y se abstiene de pronunciarse respecto de la viabilidad de la acción en aquellos casos que no encuadran en el supuesto fáctico que ahora la convoca.”

La eventual medida a adoptar en caso de encontrarse vulneración a derechos colectivos debe mediar entre dos extremos: No puede el juez popular abrogarse competencias que ya son conocidas en otra instancia por el Juez del contrato, pero tampoco puede dejar de tomar determinaciones tendientes a la protección de derechos colectivos que encuentre vulnerados.

Así las cosas, a efectos de evitar que se “vacíe de contenido” la acción contractual frente al amplio margen de análisis del Juez popular, el Consejo de Estado en varias oportunidades ha ordenado la suspensión de la ejecución del Contrato estatal, hasta tanto el Juez natural defina la legalidad del proceso, parámetro que se considera el más ponderado a efectos de evitar posibles decisiones contradictorias, lo que es acorde con lo dispuesto ahora en el CPARA respecto de las acciones populares (art. 144, inc. 2)³.

En efecto, en la AP- 518 de 31 de octubre de 2002, expediente 2000 – 1059, C. P. Ricardo Hoyos Duque, el Consejo de Estado manifiesta que sí es procedente estudiar de fondo las pretensiones planteadas pese a la existencia de una acción contractual, y concluye que como “el contrato celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras amenazaba el patrimonio de la entidad pública, así no se hubiese acreditado la violación al derecho colectivo de la moralidad administrativa, era viable “suspender la ejecución del contrato de comercialización” celebrado “hasta tanto la jurisdicción contenciosa administrativa se pronuncie en el proceso respectivo sobre la demanda de nulidad absoluta del contrato que en ejercicio de la acción contractual” se había propuesto oportunamente por parte interesada”. De conformidad con los argumentos expuestos se declara infundada la excepción antes citada.

Frente a la excepción de “EXISTENCIA DE OTRA ACCIÓN POPULAR”, donde el excepcionante afirma que en el Juzgado Séptimo Administrativo existe otra demanda con el mismo proceso licitatorio y contrato, dirá el Despacho que la misma será declarada no prospera ya que a efectos de verificar la eventual existencia de “agotamiento de jurisdicción”, mediante auto de 8 de Octubre de 2009, el Despacho ordenó oficiar a todos los Juzgados Administrativos de Tunja,

³ CPACA . Art 144, inc. 2 “(...) 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”.

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Santa Rosa de Viterbo, Bucaramanga y San Gil con el fin de que se sirvieran indicar si por los mismo hechos que convocan esta acción se habían presentado demandas de similar contenido factico, frente al que si bien no se recibió respuesta por parte del Juzgado 7 Administrativo⁴, también es cierto que con la contestación de la demanda por parte de la Sociedad Autopista Duitama-San Gil S.A. no se aporta prueba que verifique lo anterior, teniendo la carga procesal de hacerlo según se infiere de lo establecido en el art. 167 del C.G.P.⁵ En tal sentido declarará infundada la excepción propuesta.

Frente a la excepción de *"IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CON RESPECTO A NULIDADES DE CONTRATOS ESTATALES"*, dirá el Despacho que la misma será declara impróspera ya que verificadas las pretensiones de la demanda, en modo alguno el actor pretende la nulidad del Contrato de Concesión No 1563 de 2008, sino la suspensión del mismo en sus efectos (*"ordenar a los accionados ... que se abstengan de ejecutar el contrato de concesión No 001563 de fecha 30 de Diciembre de 2008"*⁶), razón por la cual la discusión de la eventual nulidad del contrato de concesión no es objeto de debate judicial.

Por el contrario la posibilidad de suspensión de los contratos estatales por vía de acción popular no solo es permitida al día de hoy (art. 144 CPACA), sino que lo fue con anterioridad a esta normatividad, es decir frente a las normas que se encontraban vigentes al momento de interposición de la presente acción popular. En efecto, el Consejo de Estado decidió en AP- 518 de 31 de octubre de 2002, expediente 2000 – 1059, C. P. Ricardo Hoyos Duque, que sí era procedente ***"suspender la ejecución del contrato de comercialización"*** celebrado *"hasta tanto la jurisdicción contenciosa administrativa se pronuncie en el proceso respectivo sobre la demanda de nulidad absoluta del contrato que en ejercicio de la acción contractual"* se había propuesto oportunamente por parte interesada". Sea suficiente este argumento para para declarar infundada la excepción propuesta.

Frente a las excepciones denominadas: *"IMPROCEDENCIA DE COMPARACIONES ENTRE LOS ESTUDIOS DE V Y G INGENIERÍA LTDA Y LA LICITACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ"*, *"INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y AL PATRIMONIO PÚBLICO"*, *"AUSENCIA DEL DAÑO"*, *"BUENA FE DE LA SOCIEDAD AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A."* y *"CARGA DE LA PRUEBA – AUSENCIA DE PRUEBA"*, dirá el Despacho que los argumentos que las soportan tocan el fondo del asunto y no son en estricto sentido excepciones, sino meras defensas o razones de oposición⁷ y en tal sentido, no es dable predicar o no su prosperidad,

⁴ Pese a lo anterior, encuentra el Despacho que una vez declarado el agotamiento de jurisdicción por parte del Juzgado mediante auto de fecha 07 de diciembre de 2009 (Fls. 313-318), el citado auto es revocado mediante providencia de 12 de Mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo de Boyacá (fls. 368-383).

⁵ C.G.P. Art. 167. *"Carga de la Prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*.

⁶ Fl. 411.

⁷ En cita que se hace del profesor Hernando Devis Echandia, el Tribunal Administrativo de Boyacá. Providencia de 16 de Junio de 2010. MPM. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Rad: 150031330092008-0105-01, manifestó: "La defensa u oposición

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

sino detenerse a analizar si se accede o no a las pretensiones, conforme a los hechos que resulte probados en el proceso.

2.6. Propuestas por el Departamento de Boyacá.

La de *"IMPROCEDENCIA DE LA ACCION POPULAR"* corresponde a un medio de defensa u oposición y en tal sentido, no es dable predicar o no su prosperidad, sino detenerse a analizar si se accede o no a las pretensiones, conforme a los hechos que resulte probados en el proceso.

La de *"FALTA DE INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO"*, será declarada no prospera por el Despacho, ya que mediante auto de fecha 13 de Mayo de 2001, el Despachó ordenó la vinculación al Departamento de Santander quien contesta la demanda y hace parte d la presente Litis.

2.7. Propuestas por el Ministerio de Transporte.

Frente a la de *"FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA"*, la misma será declarada fundada en la medida en que, tal como se afirma en el escrito de contestación de la citada entidad, la Ley 64 de 1967 faculta al entonces creado Fondo Vial Nacional (hoy INVIAS) al mantenimiento de vías nacionales, sin que pueda predicarse que dentro de las funciones del Ministerio del Transporte se encuentre alguna que se relaciones con el mantenimiento de vías de cualquier orden (nacional, departamental o municipal).

Por el contrario, la ley 105 de 1993 limita las funciones del Ministerio de Transporte a la definición de las políticas generales sobre el transporte y el tránsito.

2.8. Propuestas por el Departamento de Santander.

Frente a la denominada *"FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LAS PRETENSIONES Y HECHOS DE LA PRESENTE ACCION POPULAR"*, si bien encuentra el despacho que el Contrato de concesión 1563 de 2008 fue celebrado únicamente por el Departamento de Boyacá, en modo alguno ello significa que no tendría efectos sobre el Departamento de Santander, al punto que buena parte del contrato se ejecutaría en el territorio de su jurisdicción (San gil- Charala-limites). Sirvan estas razones para declarar no prospera la excepción antes citada.

La de *"IMPROCEDENCIA DEL PAGO DEL INCENTIVO"*, será resuelta con el fondo del asunto, atendiendo su naturaleza accesoria a la eventual procedencia de las pretensiones de la demanda.

Frente a la de *"CARGA DE LA PRUEBA – AUSENCIA DE MATERIAL PROBATORIO"* dirá el Despacho que los argumentos que la soportan tocan el

"en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya ... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho (...). Así las cosas, como ninguno de los argumentos planteados como sustento de las "excepciones" esgrimidas en la demanda, corresponde a tal condición jurídica, no era procedente que el juez declarara su improsperidad, bastaba con acceder o negar las suplicas de la demanda, conforme a lo que encontrara acreditado en el proceso (...)"

16/8

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

fondo del asunto y no es en estricto sentido una excepción, sino un medio de defensa u oposición y en tal sentido, no es dable predicar o no su prosperidad, sino detenerse a analizar si se accede o no a las pretensiones, conforme a los hechos que resulte probados en el proceso.

3.- Características generales de las acciones populares y ámbito de estudio del caso sub examine

Las acciones populares consagradas en el primer inciso del art. 88 de la Constitución Política, reglamentadas por la ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos cuando quiera que éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, siempre y cuando éstos actúen en desarrollo de funciones administrativas.

En los términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la ley 472 de 1998, son rasgos característicos de las acciones populares, los siguientes:

- a).- Su finalidad es la protección de derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b).- Proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que comporte violación o amenaza a este tipo de derechos.
- c).- Se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos colectivos, o para restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible.
- d).- Los derechos e intereses colectivos susceptibles de protección mediante 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 los mencionados en el art. 4º de la ley 472 de 1998.
- e).- La titularidad para su ejercicio corresponde a su naturaleza popular, pudiendo ser presentadas por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, y por las autoridades, organismos y entidades señalados en el art. 12 ídem.

A la parte actora corresponde la carga de la prueba de la vulneración o amenaza de los derechos colectivos que invoca y la ocurrencia de los demás requisitos de procedencia de la acción popular, de tal manera que si en desarrollo de la misma no ejerce la carga probatoria que le impone de manera expresa el art. 30 de la Ley 472 de 1998, el medio de control no está llamado a prosperar.

4.- Del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

La moralidad administrativa se encuentra concebida en el ordenamiento nacional como un principio orientador de la actividad de los servidores públicos para el cumplimiento de las funciones estatales a ellos encomendadas. Este principio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 209 de la Constitución Nacional como uno de aquellos que rige el ejercicio de la función administrativa.

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Esa función a su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 2º constitucional y el artículo 2º del C.C.A., se encuentra instituida para el cumplimiento de los cometidos estatales como son: servir a la comunidad y a los intereses generales, promover la prosperidad general, prestar adecuadamente los servicios públicos y, garantizar la efectividad de los derechos y deberes de los administrados.

Sobre la naturaleza y alcance los principios de este derecho colectivo, la jurisprudencia ha puntualizado que, contrario a las reglas que tienen un supuesto de hecho en la medida en que prescriben lo que se debe, no se debe, o se puede hacer, éstos sólo proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas; así mismo, que no obstante estar dotados de una fuerza normativa de acuerdo con la Constitución Política, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto, toda vez que siguen teniendo un carácter general y, por lo tanto, una *textura abierta*, lo que en ocasiones limita la eficacia directa de los mismos, y que la solución se señala en torno a la concreción de los principios que una vez se produce, tiene la capacidad de obrar respecto a ellos, como determinado, pues, los principios operan en cada caso concreto planteado, por virtud de las reglas que los han desarrollado.

Por ello, la aplicación del principio constitucional de la moralidad administrativa supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución.

En este sentido, al adoptarse ese concepto como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 *ibidem*), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación, sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. En consecuencia, la actuación administrativa se considera inmoral, en la medida que vaya en contravía de los intereses de la comunidad y del desarrollo de las funciones establecidas a las autoridades públicas para el cumplimiento de los cometidos estatales.

Es pertinente para delimitar este principio, la armonización de lo subjetivo, o sea, la finalidad que persigue el funcionario en el ejercicio de la actividad administrativa frente al manejo de la cosa pública con el fin previsto por el ordenamiento jurídico a la administración pública. Si la finalidad en la actuación del servidor público se encuentra encaminada a una mejor prestación del servicio orientada en un interés general, pero bajo interpretaciones no ajustadas a la ley, su control corresponde ejercerse mediante la acción de nulidad correspondiente, por ser presuntamente el acto contrario a la Constitución o a la Ley, pero cuando asume el funcionario el ejercicio de la actividad administrativa con finalidades relativas a beneficio personal, individual o de favorecimiento de determinadas personas o grupos por cuestiones de tipo político o de otra clase o, se trata de transgresiones legales, nos encontramos frente a una inmoralidad administrativa que debe ser compelida mediante las acciones populares, pues, en tales casos, dichos actos son

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

1619

contrarios al interés general que debe gobernar el cumplimiento de la función administrativa.

En relación con el derecho a la moralidad administrativa, el Consejo de Estado, manifestó lo siguiente, *in extenso*:

"...Como ya lo ha determinado esta Sala, la moralidad administrativa es una norma en blanco, que debe ser interpretada por el juez bajo la aplicación de la hermenéutica jurídica. (...) El sentido de esta acción no se encamina a determinar la actuación de la conciencia del funcionario, lo perseguido cuando se incoan estas acciones, es proteger un principio constitucional que difiere de la regla moral individual, la moralidad administrativa obedece a factores en los cuales se hace presente la conducta de la autoridad bajo otra perspectiva: La función administrativa (...) Para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto, para sopesar la vulneración a éste derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión jurídica, a su vez, debe existir una transgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad. (...) A su vez, las ilegalidades ayudan a determinar el alcance de la moralidad administrativa en un caso concreto, en esta valoración, el juez se nutre de principios constitucionales con los cuales se determina el contenido de la norma en blanco: La Moralidad Administrativa"⁸. (Negrillas fuera de texto).

En el anterior contexto normativo y jurisprudencial, entrará el Despacho a analizar el concepto y los elementos configurativos de la moralidad administrativa, en orden a verificar en su oportunidad si con la situación fáctica descrita por el actor popular se trasgredió el mencionado derecho colectivo.

La moralidad administrativa está consagrada como derecho colectivo en el art. 4° de la Ley 472 de 1998, norma que simplemente se limitó a reconocerle tal carácter pero que no estableció ninguna definición al respecto.

A su turno, el art. 209 de la Constitución Política la erigió como principio de la función administrativa, en los siguientes términos:

"ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones" (Subraya fuera de texto).

En el mismo sentido, el art. 3° de la Ley 489 de 1998 expresa:

"Artículo.3.- Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen" (Subraya fuera de texto).

Así las cosas, en primer término tenemos que la moralidad administrativa no solo es un derecho colectivo, sino también es un principio de la función administrativa,

⁸ Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001 M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

y, al tratarse de una norma en blanco, la interpretación que de ella haga el Juez debe atender a las reglas de la hermenéutica jurídica.

Ahora bien, en diversas providencias el Consejo de Estado ha tratado de configurar un concepto de moralidad administrativa, como es el caso de la sentencia de fecha 9 de febrero de 2001, proferida en el trámite del expediente No. AP – 054, con ponencia del Consejero Delio Gómez Leyva, cuya parte pertinente a continuación se transcribe:

“La Sala, partiendo del fallo de la Corte Constitucional No T-503 de 1994, y acogiendo la definición de moral que en el mismo se hace, ha dado en definir la moralidad administrativa como el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social.(...)”.

La inmoralidad en la administración de la cosa pública también ha sido relacionada con los fenómenos de corrupción. Así, en la sentencia de fecha 30 de agosto de 2001, expediente No. 63001-23-31-000-2000-1335-01(AP-179), con ponencia del Magistrado Alberto Arango Mantilla, se dijo lo siguiente:

“El tema de la moralidad administrativa, implícitamente hace referencia a la corrupción, ella está relacionada con el menoscabo de la integridad moral y, por ello los ordenamientos jurídicos buscan introducir fórmulas eficaces que permitan combatirla; sin embargo, ha de precisarse que, la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de un comportamiento que vicia las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio”.

En relación con los elementos configurativos de la vulneración al principio de la moralidad administrativa, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*“Para evaluar la moralidad administrativa no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto para sopesar la vulneración a éste derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión jurídica, a su vez, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad. Sin estos elementos no se configura la vulneración de éste derecho colectivo y las afirmaciones de los actores no pasarían de ser meras abstracciones, y los casos analizados se transformarían en dogmas. Sin embargo, como ya lo había manifestado esta Sala, **no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, hace falta que se pruebe la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos.** A su vez, las ilegalidades ayudan a determinar el alcance de la moralidad administrativa en un caso concreto, en esta valoración, el juez se nutre de principios constitucionales con los cuales se determina el contenido de la norma en blanco: La Moralidad Administrativa. (Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Sentencia de fecha 6 de septiembre de 2001, Exp. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163)). (Negrilla no es textual).*

Conforme a lo expuesto es posible afirmar que para que se vulnere el derecho colectivo a la moralidad administrativa es necesario: i. Que exista conexidad con otros derechos colectivos o principios constitucionales y legales, es decir, que se

1620

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

pruebe su vulneración, ii. Que la conducta ejercida por la autoridad encartada implique una trasgresión al ordenamiento jurídico, iii) Que exista prueba de la mala fe de la administración.

De esta forma, no basta que al funcionario se le endilgue la comisión de conductas que podrían tacharse de ilegales, también es necesario que se haya probado su mala fe. Vale decir, que no toda conducta ilegal conlleva necesariamente vulneración al principio de la moralidad administrativa, es necesario, además, que se evidencie probatoriamente un interés torticero, egoísta, amañado y, en general, contrario a los derechos e intereses de todos los administrados.

5. De la protección al Patrimonio Público.

Respecto del detrimento del patrimonio público es necesario dejar por sentado que en la Constitución Política y en la legislación civil, se pueden distinguir dos tipos de bienes sujetos a regímenes jurídicos diferentes, como son los colectivos o públicos y los individuales o particulares.

Los bienes de dominio privado son aquellos que caen bajo el exclusivo dominio de sus propietarios, entendiendo por dominio el derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, sin ir en contra de la ley ni de un derecho ajeno. (Art. 669 Código Civil). Por su parte, los bienes de dominio público, de los cuales toda la comunidad debe servirse según sus necesidades, constituyen el conjunto de aquellos destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado y están afectados al uso común, tal como se dispone en los artículos 63, 82 y 102 de la Constitución.

Frente al Derecho Colectivo antes expuesto, ha manifestado el Consejo de Estado:

*"De otra parte, se ha entendido que el concepto de patrimonio público cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo. La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial."*⁹.

En la providencia del Consejo de Estado, de fecha 21 de mayo de 2008, Rad.: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP), se menciona:

"El concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio. (...) este concepto de

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005). Radicación número: 25000-23-15-000-2003-01910-01(AP)DM. Actor: PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNANDEZ. Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA Y OTROS. Referencia: ACCION POPULAR.

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga) y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio)”¹⁰.

A su turno el Tribunal Administrativo de Boyacá:

“El derecho e interés colectivo a su defensa viene a ser, entonces, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que les corresponde, de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo y cuidado y, por ende, con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, de suerte que el Estado no sea privado del dominio eminente que sobre ellos ejerce contraviniendo el derecho público de la Nación, bien sea por dolo o por culpa”¹¹.

La administración del patrimonio público debe reflejarse en el manejo eficiente, oportuno y responsable de los recursos del Estado, para que sean administrados de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial.

Este último concepto también es definido con precisión por parte del Consejo de Estado: **“Habrá detrimento de ese patrimonio, cuando se produzca su mengua como consecuencia de una actividad no autorizada en la norma (...)”¹²**, derrotero este que seguirá el Despacho a efectos de determinar la eventual afección al derecho colectivo al patrimonio público en el caso concreto.

5.- El caso concreto

5.1 De los incrementos en el ingreso esperado, Trafico Promedio Diario (T.P.D.), tiempo de la concesión y valor del contrato realizados por el Departamento de Boyacá.

Afirma el actor popular que la Gobernación de Boyacá una vez retoma el proyecto licitatorio para la adjudicación de la Concesión Vial Duitama-Charala-San Gil realiza un incremento desproporcionado e injustificado en el Trafico Promedio Diario (y fuera de lo anterior lo garantiza al concesionario), en los tiempos de la concesión que pasan de 14 a 32 años y en el valor del contrato que se incrementa en un 255 %.

¹⁰ Sección tercera, C.P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA de fecha 21 de mayo de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

¹¹ ACCION POPULAR No. 156933133002200502070-01. DEMANDANTE: DEPARTAMENTO DE BOYACA - INSTITUTO FINANCIERO DE BOYACA - INFIBOY-DEMANDADO: MIGUEL ANGEL BERMUDEZ ESCOBAR - BENJAMIN HERRERA ESPITIA -CORPORACIÓN MIXTA PARQUE TEMATICO DE LA LIBERTAD Y LA PAZ

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil cinco (2005). Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00183-01(AP)

1621

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Una vez generado el debate probatorio del caso concreto, pudo evidenciar el Despacho que con el fin de consolidar la integración vial de los Departamentos de Boyacá y Santander, los llanos orientales y la comunicación interfronteriza, los citados entes territoriales acuerdan -vía convenio interadministrativo- la ejecución del proyecto CONCESION VIAL DUITAMA – CHARALA – SAN GIL (fls. 14 y s.s.) la que inicialmente se impulsa por parte del Departamento de Santander que desarrolla dos procesos licitatorios que se declararon desiertos (licitaciones INF-CONC-06-005 y INF-CONC-06-049) (fl. 1016).

Posteriormente el Departamento de Boyacá asume el proyecto licitatorio (Licitación 20 de 2008 y como consecuencia de lo anterior, el Contrato de Concesión 1563 de 2008, fls. 1486-1523 tomo 8 anexos), en el cual, según la firma ESFINANZAS S.A. y CONSULTORES DE INFRAESTRUCTURA S.A.S. en concepto técnico sobre el cierre financiero de la licitación adelantada por el Departamento de Boyacá : “(...) *el nivel de inversión, fue incrementado de manera sustancial, lo cual disminuye la incertidumbre respecto del monto de la inversión requerido en el corredor, incentivando de esta manera el atractivo para inversionistas de largo plazo. El incremento de la inversión por kilómetro que pasó de \$419 millones en la primera licitación a \$657 en la segunda del Departamento de Santander a \$1.461 millones por kilómetro en la licitación de Boyacá, estimulando de esta manera a los inversionistas para tomar el riesgo de participar en este proceso (...)*”. (fl. 1052).

Si bien lo pretendido por el Departamento de Boyacá al desarrollar el proceso Licitatorio No 20 de 2008 se evidencia en el hecho de estimular e incentivar a los inversionistas privados a participar en el proyecto, la anterior idea no pudo realizarse a costa del patrimonio público y sin que los estudios previos al proyecto hayan justificado el incremento en los valores que cita el actor popular: Tráfico diario promedio, tiempo de la concesión e ingresos esperados.

De conformidad con lo anterior, obra dentro de las diligencias oficio de fecha 4 de Abril de 2011 donde la Contraloría General de Boyacá solicita al Gobernador del Departamento la viabilidad de ordenar la suspensión del contrato de concesión en el que cita que “*es necesario dar claridad a las **cargas patrimoniales** entre el Departamento de Boyacá y el Departamento de Santander, **para no incurrir en un posible desequilibrio económico***”. visto a fl. 1150.

Evidencia el despacho que como lo cita el actor popular, la Gobernación de Boyacá en el momento en que toma el proyecto de concesión vial Duitama-Charala-San gil y abre la Licitación No 20 de 2008, realiza las modificaciones que se exponen a continuación en forma comparativa con la primera adelantada por el Departamento de Santander:

ITEMS	Procesos licitatorios		INCREMENTO
	GOBERNACION DE SANTANDER (Fundada en estudios de V y G	GOBERNACIÓN DE BOYACÁ	

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

	Ingeniería). ¹³		
Valor del contrato	\$ 90.000.000.000	\$219.215.120.634 ¹⁴	243%
Ingreso esperado	\$230.000.000.000	\$889.000.000.000 ¹⁵	386%
Tiempo de concesión	14 años	32 años ¹⁶	18 años equivalente a 229%
T.P.D. (Transito Promedio Diario)	3.564 vehículos diarios para el año 2035 (año final de la concesión, según la proyección) ¹⁷	- Peaje 1 (San Gil): 7.541 - Peaje 2 (Charala): 8.412 - Peaje 3: (Duitama): 8.412 vehículos diarios para el año 2035 ¹⁸	- Frente a peaje 1: 211% - Frente a peajes 2 y 3: 236%.
Garantía del TDP	NO GARANTIZADO	GARANTIZADO en \$199.000.000.000 ¹⁹	

De la misma forma modifica el cálculo del Trafico Diario Promedio de conformidad como sigue:

T.D.P.(Departamento de Santander. Cd. Fl. 21 (Estudio de tráfico-imagen 37 y 38)						T.D.P.(Departamento de Boyacá. Fl. 313, anexo 1)		
AÑO	Trafico Existente	Trafico atraido	Crecimiento Normal de Trafico	Tráfico Generado	Trafico Desarrollado	Peaje 1	Peaje 2	Peaje 3
2009	861	1976	1976	2272	2371	3497	3901	3901
2010	861	1976	2003	2299	2398	3602	4018	4018
2011	861	1976	2030	2326	2425	3710	4138	4138
2012	861	1976	2057	2354	2452	3821	4262	4262
2013	861	1976	2085	2381	2480	3936	4390	4390
2014	861	1976	2113	2409	2508	4054	4522	4522
2015	861	1976	2142	2438	2537	4175	4657	4657
2016	861	1976	2170	2467	2566	4300	4797	4797
2017	861	1976	2200	2496	2595	4429	4941	4941
2018	861	1976	2229	2526	2625	4562	5089	5089
2019	861	1976	2260	2556	2655	4699	5242	5242
2020	861	1976	2290	2586	2685	4840	5399	5399
2021	861	1976	2321	2617	2716	4985	5561	5561
2022	861	1976	2352	2649	2748	5135	5728	5728

¹³ Ver CD fl. 21.

¹⁴ Ver. Fl. 1330 y s.s.

¹⁵ Fl. 421.

¹⁶ Fl. 420.

¹⁷ Cd. Fl. 21 (Estudio de trafico-imagen 36).

¹⁸ Fl. 313. Anexo 1.

¹⁹ Fl. 373 Anexo 1.

1622

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

2023	861	1976	2384	2680	2779	5289	5900	5900
2024	861	1976	2416	2713	2811	5448	6077	6077
2025	861	1976	2449	2745	2844	5611	6259	6259
2026	861	1976	2482	2778	2877	5779	6447	6447
2027	861	1976	2515	2812	2911	5953	6640	6640
2028	861	1976	2549	2846	2945	6131	6840	6840
2029	861	1976	2584	2880	2979	6315	7045	7045
2030	861	1976	2619	2915	3014	6505	7256	7256
2031	861	1976	2654	2950	3049	6700	7424	7424
2032	861	1976	2690	2986	3085	6901	7698	7698
2033	861	1976	2726	3023	3121	7108	7929	7929
2034	861	1976	2763	3059	3158	7321	8167	8167
2035	861	1976	2800	3097	3195	7541	8412	8412

Si bien el estudio realizado por V y G Ingeniería para la Gobernación de Santander (cd. Fl. 1344) se hace con datos del año 2005 y los estudios que genera el Departamento de Boyacá se hace con datos que del año 2008, los naturales incrementos en los costos que pueden derivarse del Índice de Costo de construcción pesada²⁰ para los años 2005 (2,60%), 2006 (9,44%), 2007 (3,94%) no alcanzan a soportar los incrementos realizados por el Departamento de Boyacá: 243 % de incremento en el valor del contrato y 386 % sobre el ingreso esperado.

Según las cifras antes descritas, no se encuentra ajustado a la sana crítica el que para el año 2014, el Departamento de Boyacá garantice al concesionario un TDP de 4522 vehículos diarios, cuando la cifra más optimista del estructurador de la futura Asociación Público Privada que desarrollará el proyecto -vista a fl. 4 del cuaderno de reserva- es de 1.609 vehículos diarios para el año 2045.

La ausencia de soporte técnico necesario para modificar el T.D.P. queda claro al despacho al comparar los resultados anteriores establecidos por el Departamento de Boyacá, frente a las cifras que allega al plenario la estructuradora del nuevo proyecto liderado por el Departamento Nacional de Planeación (fl. 4. cuaderno reserva), que establece, según lo advertido por la delegada del Ministerio Público en su concepto:

Año	T.D.P. según Departamento de Boyacá en Licitación 20 de 2008			T.P.D. SEGÚN NUEVO ESTRUCTURADOR
	Peaje 1	Peaje 2	Peaje 3	1 solo peaje
2019	4699	5242	5242	823
2020	4840	5399	5399	849
2021	4985	5561	5561	873

²⁰ <http://www.dane.gov.co/index.php/construccion-alias/indice-de-costos-de-la-construccion-pesada-iccp>

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

2022	5135	5728	5728	898
2023	5289	5900	5900	919
2024	5448	6077	6077	946
2025	5611	6259	6259	971
2026	5779	6447	6447	998
2027	5953	6640	6640	1026
2028	6131	6840	6840	1049
2029	6315	7045	7045	1076
2030	6505	7256	7256	1105
2031	6700	7424	7424	1133
2032	6901	7698	7698	1160
2033	7108	7929	7929	1188
2034	7321	8167	8167	1218
2035	7541	8412	8412	1250
2036	No fue contemplado			1282
2037	No fue contemplado			1314
2038	No fue contemplado			1346
2039	No fue contemplado			1381
2040	No fue contemplado			1421
2041	No fue contemplado			1456
2042	No fue contemplado			1492
2043	No fue contemplado			1529
2044	No fue contemplado			1568
2045	No fue contemplado			1609

Tampoco se encuentra ajustado a la sana crítica la disparidad y el aumento desproporcionado de cifras, aun si se compara un solo año: En efecto, si solo se tiene en cuenta v.g. el año 2035 (último que se consideró dentro del proceso adelantado por el Departamento de Boyacá), no resulta justificable por qué para ese año el estructurador del nuevo proyecto contempla como T.D.P. 1.250 vehículos en tanto el promedio de los 3 peajes del proyecto adelantado por la Gobernación de Boyacá contemplaba 8.121 vehículos, es decir con un incremento del 649%.

Por otra parte el Despacho encuentra incomprensible el hecho que los estudios previos allegados dentro del anexo 1 de las diligencias hablen del valor del contrato de 82.000.000.000 (fl. 260, anexo 1), no obstante de conformidad con el documento allegado por el Departamento de Boyacá a fl. 1330 del proceso, el verdadero valor del contrato lo fue por 219.215.120.634, es decir que existió una flagrante vulneración al principio de planeación de la contratación estatal pues, sin causa legal que lo justifique, se incrementó el valor del contrato en un 267 %.

Según la información vista a fl. 482 del plenario, el Director Jurídico del Departamento de Boyacá de la época, en comunicación enviada al Juzgado 3 Civil Municipal de Tunja advierte que ya se le había enviado comunicación al actor popular en el sentido de que: "**No se encontró información respecto del estudio técnico realizado para modificar el TDP estructurado en el contrato 070 de 2005, el cual fue contratado por la Gobernación de Santander**". De la misma forma en oficio visto a fl.s. 1424-1425 del tomo 8 anexo de las diligencias, el Director del Departamento Administrativo de Planeación en comunicación al

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Secretario de Hacienda de la época de fecha 02 de Marzo de 2010, es decir, ya celebrado el contrato de concesión 1563 de 2008 describe que : *“La inexistencia de información en este despacho, como de equipo técnico de apoyo o contratación del estudio soporte para expedir el certificado de sujeción a la política de análisis de riesgos: no ha sido superada (...) detallando las siguientes faltantes importantes: a. Estructura Financiera. B. Estructura de tráfico. C. Variaciones del contrato Santander al contrato Boyacá”*.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 25, determina:

“En virtud del principio de economía:

... Numeral 7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar ... se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

... Numeral 12: Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, ...” (la negrilla no es textual).

A su turno el artículo 26 ibidem, apunta:

“Del principio de responsabilidad. ... Numeral 3º. “Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concurso sin haber elaborado previamente los correspondientes... diseños, estudios, planos... que fueren necesarios...”

La existencia de estudios previos a los procesos de selección, fue contemplado por el legislador de 1993 (ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1º del artículo 30), y denota su importancia en razón a que es una de las principales manifestaciones del **principio de planeación**, según lo manifestado por el Consejo de Estado:

*“Dentro de los principios capitales que de antaño han informado la actividad contractual del Estado, ocupa especial lugar el de economía, una de cuyas manifestaciones es la **planeación**. Por virtud de ésta la entidad estatal contratante está en el deber legal (ley 80 de 1993 numerales 7, 12, 25 y 26 del artículo 25, e inciso segundo del numeral 1º del artículo 30) de elaborar, antes de emprender el proceso de selección del contratista, los estudios completos y análisis serios que el proyecto demande, los cuales inciden en la etapa de formación del contrato y en forma-si se quiere más significativa-en su etapa de ejecución^{21[32]}. Reglas que imponen, según lo indicado la jurisprudencia, que:*

“...no se puede licitar ni contratar la ejecución de una obra sin que previamente se hayan elaborado los planos, proyectos y presupuesto respectivos, y determinado las demás especificaciones necesarias para su identificación. Esta determinación previa de las condiciones sobre las cuales se va a desarrollar el contrato conlleva obligatoriamente que los estudios y demás especificaciones permitan a las partes llevar a feliz término el objeto del contrato, en cuyo desarrollo los interesados pueden adelantar la actividad correspondiente dentro de un marco de confiabilidad recíproca de los factores y condiciones que la Administración ofrece y las condiciones y resultados que con base en ellos el contratista asume...”^{22[33]}

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

En tal virtud, el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden. En una palabra, el proceso contractual deberá estar precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos que se requieran en orden a determinar su viabilidad económica y técnica²³.

También la doctrina delimita las eventuales consecuencias, en caso de que los mismos se omitan:

“Si bien los contratistas en muchos de los casos presentan propuestas artificialmente bajas con el fin de obtener la adjudicación de los contratos, para luego reclamar mayores valores por la ejecución del contrato, parte de la responsabilidad de que ello suceda se encuentra en el incumplimiento por parte de la entidades estatales de su obligación de elaborar unos adecuados estudios previos, en concordancia con el deber de evaluar la conveniencia de contrato de conformidad con los planes y programas de desarrollo económico y social (...) La elaboración de los estudios previos con la debida antelación supone el cumplimiento de un deber legal que se deriva de los principios de buena fe, economía, eficacia y eficiencia²⁴.

Frente a los estudios previos, SANTOFIMIO GAMBOA apunta con precisión: **“Obsérvese que son juicios que tan sólo quien tenga competencia para discernir la problemática interna de una entidad pública puede dilucidar. El legislador no hace juicios de conveniencia u oportunidad: los hace el funcionario que éste al frente de la institución pública; él y sólo él pueden explicar, a partir de las necesidades institucionales, porqué el contrato es conveniente o inconveniente”²⁵.**

Considera el Despacho que la conducta del Departamento de Boyacá vulneró el derecho colectivo al patrimonio público, pues un incremento en el valor del contrato en 243%, el ingreso esperado en un 386%, con un incremento en el tiempo de la concesión a 32 años, sin que medie una razón o argumento que lo justifique debidamente establecido en los estudios previos, lo que supuso una afrenta a los intereses económicos del Departamento de Boyacá.

Y por otra parte se evidencia que en efecto el Departamento de Boyacá en el momento de haber modificado el estudio realizado por V y G Ingeniería para la Gobernación de Santander (cd. Fl. 1344), garantiza el Trafico Promedio Diario en 4522 vehículos diarios a partir del año 2014 lo que en modo alguno se compadece con los riesgos contractuales que debe asumir el concesionario.

²³ CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00005-01(AP).

²⁴ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual de Contratación de la Administración Pública*. universidad Externado de Colombia. 2009.

²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Oriando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. “Contratación Indebida”. Universidad Externado de Colombia.

1624

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Lo anterior resulta abiertamente reprochable si se tiene en cuenta que los mismos estudios de conveniencia y oportunidad realizados en sede de la Gobernación de Boyacá aconsejaban que el riesgo comercial fuera asumido en su integridad por el Concesionario: ***“RIESGO COMERCIAL: El riesgo comercial se presenta cuando los ingresos operativos difieren de los esperados debido a: i) La demanda del proyecto es menor o mayor a la proyectada; ii) La imposibilidad de cobrar tarifas, tasas por la prestación del servicio, y derechos, entre otros, por factores de mercado, por impago y/o evasión de las mismas. Este riesgo debe ser asumido totalmente por EL CONCESIONARIO”*** (FL. 427).

De conformidad con el documento COMPES²⁶ 3107 (fl. 118 y s.s.) relacionado con la política en el manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura, vigente al momento de los hechos, se define como riesgo comercial:

“El riesgo comercial se presenta cuando los ingresos operativos difieren a los esperados debido a: i) la demanda del proyecto es menor o mayor que la proyectada; ii) la imposibilidad de cobrar tarifas, tasas para la prestación del servicio y derechos, entre otros, por factores de mercado, por impago y/o evasión de las mismas. Este riesgo es generalmente asignado al inversionista privado, dado que la mitigación del impacto depende de la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema y/o el prestador del servicio.

Riesgo de Demanda: este tipo de riesgo se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Existen diversos factores que inciden sobre la demanda, tales como, la respuesta negativa por parte de los usuarios debido al aumento de tarifas, los ciclos económicos, los cambios en los hábitos de consumo, o la presencia de tecnologías sustitutas, entre otros.

Riesgo de cartera: se refiere al no pago por parte de los usuarios, o la evasión del mismo (perdidas no técnicas o negras), que llevan a que el flujo de caja efectivo sea menor que el esperado”:

Se advierte entonces que la conducta de la administración al haber modificado los estudios iniciales de estructuración del proyecto y con ello haber garantizado un Tráfico Promedio Diaria, vulneró el derecho colectivo al patrimonio público al haber asumido un riesgo que le correspondía al inversor privado y haber comprometido las finanzas departamentales en un pasivo contingente²⁷ de \$ 199.000.000.000.

Estudios de FEDESARROLLO²⁸ concluyen que, el que las entidades estatales asuman riesgos garantizados de tráfico (como inicialmente se estructuraron los proyectos viales en las concesiones de primera generación) supone, para el solo caso de la Nación, deudas del orden del 0.4-0,5% del PIB por año:

“En los proyectos de la primera generación se dieron garantías de ingreso mínimo muy generosas y mal valoradas durante toda la vida útil del proyecto para cubrir la diferencia entre el ingreso real y el

²⁶ El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) define los lineamientos de política de manejo de riesgo del estado en procesos de participación privada en infraestructura y declara el carácter estratégico de las inversiones para comprometer vigencias futuras.

²⁷ De conformidad con el art. 6º del Decreto 423 de 2001, son obligaciones contingentes aquellas en virtud de las cuales, la entidad pública estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto.

²⁸ <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/conc1.pdf>

Acción Popular No. 2009-0248.

Demandantes: Juan Carlos Hernández López

Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

garantizado contractualmente. Además, la Nación asumió riesgos que normalmente deben asumir los operadores (sobrecostos). El contrato de concesión obligaba a INVIAS a asumir la totalidad del 30% inicial de los sobrecostos de construcción y el 75% de los sobrecostos entre el 30% y el 50%. Esta asignación no estimula la eficiencia

constructiva. Además, los mecanismos de compensación en caso de activación de las contingencias incluían el aumento del plazo de la concesión, el aumento del peaje y, por último, compensaciones directas con recursos del INVIAS.

Por una combinación de factores (proyecciones de tráfico optimistas y choques macroeconómicos negativos), el tráfico se redujo entre el 74% y el 85% del pactado (1999-2001; Reyes 2002) y las contingencias se activaron. **Cálculos recientes muestran que, por concepto de las concesiones del modo carretero de la primera generación, durante la década pasada se han causado a la nación deudas del orden del 0.4-0.5% del PIB por año.**

Después de la activación de las garantías en la primera generación, el estado traslada más riesgos al concesionario en el contrato (constructivo, de tráfico, trámites de predios y licencias ambientales)".

Para el Despacho resulta inexplicable que a un contrato de *concesión de tercera generación*²⁹ se apliquen criterios superados como los de primera generación³⁰, pues pese a lo manifiesto por el art. 33 de la Ley 105 de 1993³¹, este concepto, que en su momento fue aplicado en las concesiones de primera generación, fue replanteado después porque resultaba muy oneroso para el Estado³². Precisamente a esa conclusión llegó el INCO en las recomendaciones hechas al Departamento de Boyacá en comunicación de fecha 21 de agosto de 2008, donde en respuesta a una solicitud de asesoramiento, se establece que "*se recomienda a la Gobernación de Boyacá (...) que se estructure el proyecto como una concesión de tercera generación (metodología de ingreso esperado y riesgo comercial en cargo del concesionario) (...)*". (fls. 689-692).

Ahora bien el hecho de que la operación del Departamento de Boyacá al haber garantizado el TPD con recursos propios este amparada en una norma legal hace suponer que en modo alguno pueda hablarse de una vulneración al derecho colectivo a la Moralidad Administrativa pues como ya se mencionó, son requisitos jurisprudenciales para que operen el que se pruebe la mala fe y la ausencia de autorización legal.

En el caso concreto, el esquema planteado está consagrado en norma del orden legal, y por otra parte no obra prueba que conduzca a establecer mala fe en el actuar de los funcionarios de la Gobernación de Boyacá que estructuraron el proyecto, en tanto la buena fe se presume en virtud al art. 83 de la Constitución Política³³.

²⁹ El Estado no garantiza ningún ingreso mínimo esperado, la determinación de ese ingreso es riesgo exclusivo del concesionario. Es decir, que el riesgo comercial es pleno del concesionario.

³⁰ El Estado garantizaba un ingreso mínimo esperado y si no se obtenía ese ingreso mínimo esperado, el Estado lo iba compensando, efectivamente, es decir, había una responsabilidad del Estado por compensar ese ingreso mínimo esperado en dinero. En los contratos de concesión de segunda generación también se garantiza un ingreso mínimo esperado, pero el mismo no se compensa con dinero sino con aumento en los años de concesión.

³¹ "Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial".

³²

Cfr. http://www.fasecolda.com/files/7213/9101/0225/parte_i.captulo_4_concesiones_de_cuarta_generacion_e_impacto_sobre_los_seguros_de_cumplimiento.pdf

³³ C.P. ARTICULO 83. "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

1625

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

5.2 De la ausencia de autorizaciones relacionada con vigencias futuras y el Fondo de contingencias.

Afirma el actor que en respuesta al derecho de petición por él presentado, se advierte la inexistencia de autorizaciones al Departamento de Boyacá para haber modificado los estudios de estructuración del contrato 070 de 2005 de la Gobernación de Santander y mucho menos para haber adquirido una deuda emergente de 199 mil millones de pesos garantizando el Trafico Diario Promedio – T.D.P. y violando la Constitución y la ley al haber garantizado el pago de vigencias futuras que comprometen el erario público.

De conformidad con el Estatuto Orgánico de Presupuesto:

*“Artículo 14. Anualidad. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre **no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción**”. (Ley 38 de 1989, Art.10).*

No obstante según el artículo 11 de la Ley 819 de 2003:

“VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES. El artículo 3o de la Ley 225 de 1995 quedará así:

***El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para** las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las **garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo del que trata el artículo 1o de esta ley**”.*

El art. 12 de la misma norma establece:

*“VIGENCIAS FUTURAS ORDINARIAS PARA ENTIDADES TERRITORIALES. En las entidades territoriales, **las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces**”.*

Dentro del material probatorio allegado al plenario, encuentra el despacho a fls. 527-529 del anexo tomo 3 de las diligencias la suscripción del Otro si No 1 al contrato de concesión No 1563 de 2008 en el que dentro del parágrafo 2 se manifiesta *“Paragrafo 2: En caso de presentarse déficit de ingresos mínimos garantizado los pagos que efectuará el Departamento será, hasta por un valor máximo de \$ 199.000.000.000,00”.*

De las anteriores normas y del material probatorio allegado al plenario, concluye el Despacho que fuera de tratarse de una contingencia, el que el Departamento de Boyacá haya garantizado el T.P.D. en la estructuración del proyecto doble calzada Duitama-Charala-San gil significaba la asunción de un compromiso sometido a condición, que con todo, garantizaba un flujo mínimo de vehículos. Ante la eventual reducción de este número mínimo (v.g. 4522 vehículos diarios a partir del

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

año 2014) el Departamento de Boyacá se comprometió a compensar el eventual déficit, lo que implicaba **que estaba garantizando la concesión** y para ello, de conformidad con el art. 11 de la Ley 819 de 2003, debía contar con la respectiva vigencia extraordinaria y la autorización de la Asamblea Departamental.

A fls. 32-35 obra dentro del plenario copia de la Ordenanza 023 de 2004 (modificada por la Ordenanza 43 de 2007), por medio del cual la Asamblea de Boyacá autoriza al Gobernador de Boyacá *"para contratar por el sistema de concesión, los estudios, diseños, construcción, pavimentación, rehabilitación, mejoramiento mantenimiento y operación de las siguientes vías secundarias del Departamento: 1. Duitama-Paipa, Virolin - Charala, San Gil en convenio con el Departamento de Santander (...).*

De la misma forma a fls. 66-67 del plenario obra copia de la Ordenanza 022 de 2008, por medio del cual la Asamblea de Boyacá autoriza al Gobernador de Boyacá *"para contratar por el sistema de concesión, los estudios, diseños, construcción, pavimentación, rehabilitación, mejoramiento mantenimiento y operación de las siguientes vías secundarias del Departamento, comprendida entre Duitama - Charala, San Gil en convenio con el Departamento de Santander ARTICULO 2. Para el cumplimiento de la autorización mencionada en el artículo anterior, se podrá establecer el peaje necesario, para el sostenimiento de la concesión, de acuerdo con la regulación legal sobre la materia".*

No obstante, las mencionadas autorizaciones de la Asamblea de Boyacá se dan para la celebración de la concesión e incluso para el cobro del peaje, *pero no para que mediante vigencias futuras se garantice los valores que el concesionario recibiría en caso que no se cumpliera el Trafico Promedio Diario garantizado*, es decir la garantía de la concesión. Lo anterior se confirma en el documento visto a fl. 502 del plenario.

La ausencia de las mencionadas autorizaciones por parte de la Asamblea de Boyacá no es capricho del legislador, sino por el contrario responde al necesario debate democrático que debe tener una decisión del resorte de comprometer las finanzas públicas, en el caso concreto por 32 años. Ello determina al Juzgado la vulneración al derecho colectivo a la Moralidad Administrativa por las siguientes razones:

Como se mencionó en precedencia, la actuación administrativa se considera inmoral, en la medida que vaya en contravía de los intereses de la comunidad y del desarrollo de las funciones establecidas a las autoridades públicas para el cumplimiento de los cometidos estatales, lo que se verifica en el caso concreto en la transgresión legal a los artículos 11 y 12 de la Ley 819 de 2003.

No obstante, como lo mencionó la jurisprudencia del Consejo de Estado antes reseñada³⁴, no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, sino que hace falta que se pruebe la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos.

³⁴ Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001 M.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros

En el caso concreto el Despacho no encuentra ajustado a la buena fe el que el Departamento de Boyacá, **conocido el trámite administrativo adelantado por parte del Departamento de Santander**, especialmente los cálculos y valoraciones realizados por la firma V y G Ingeniería y el conocimiento de la Ley que corresponde por presunción a todo servidor público, no haya contado con la autorización de la Asamblea de Boyacá para haber garantizado la concesión, menos aun cuando después de la recomendación hecha por el INCO (fls. 689-692) para que se estructure una concesión de tercera generación, se termine adaptando criterios de una de primera generación.

Ahora bien, si el objeto de las decisiones tomadas por el Departamento de Boyacá fueron el crear incentivos a los eventuales contratistas (tal como lo ratifica el informe técnico visto a fls. 1041-1060)³⁵, no debió comprometer con ello las arcas departamentales, pues resulta contrario a la moralidad administrativa como principio de la función pública, el que se creen estímulos a privados, a costa del deterioro del patrimonio público.

Frente al derecho colectivo al patrimonio público, según la jurisprudencia previamente señalada por el despacho debe existir *mengua patrimonial*, que para el caso de la ausencia de autorización de la Asamblea de Boyacá *en principio* no aparece acreditada, pues por el contrario, según la información contenida en el documento visto a fl. 1334 del plenario, no se construyeron obras en desarrollo del contrato de concesión 1563 de 2008.

No obstante lo anterior el que no se hayan construido obras, no implica *per se* que no haya existido mengua patrimonial porque el contrato de concesión 1563 de 2008 tuvo efectos desde la suscripción del acta de inicio (26 de Febrero de 2009, fl. 1331) al punto que según se observa a fls. 1375-1376 obra copia del auto de mandamiento de pago del 16 de diciembre de 2014 librado por el Tribunal Administrativo de Boyacá por valor de \$13.950.476.641 dentro del proceso ejecutivo 2014-516 adelantado por la Sociedad Autopista Duitama San Gil S.A. en contra de los Departamentos de Boyacá y Santander cuyo título de recaudo es el laudo arbitral del 18 de Febrero de 2013 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá visto dentro del CD obrante a fl. 1459. Lo anterior evidencia una lamentable consecuencia patrimonial en contra de los Departamentos de Boyacá y Santander pues como consecuencia de la vulneración a normas contractuales por parte de las citadas entidades territoriales, al día de hoy estos son deudores de la sociedad AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A. con la cual se suscribió el contrato 1563 de 2008 en cuantía de al menos \$13.950.476.641, más los intereses que de dicha cifra se deriven.

³⁵ Concepto técnico del que se destaca: "De los resultados podemos indicar, que el nivel de inversión, fue incrementado de manera sustancial, lo cual disminuye la incertidumbre respecto del monto de la inversión requerido en el corredor, incentivando de esta manera el atractivo para inversionistas de largo plazo. El incremento de la inversión por kilómetro que pasó de \$419 millones en la primera licitación a \$657 en la segunda del Departamento de Santander a \$1.461 millones por kilómetro en la licitación de Boyacá, estimulando de esta manera a los inversionistas para tomar el riesgo de participar en este proceso, dada la menor incertidumbre en el nivel requerido de inversión". (fl. 1052).

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Por otra parte al hablarse de una contingencia por valor de 199.000.000.000, la administración departamental debió haber dado cumplimiento a las normas relacionadas con el Fondo Nacional de contingencias.

En efecto, de conformidad con la Ley 488 de 1998 (art. 1) : “ (...) las Entidades Territoriales y las Entidades Descentralizadas de cualquier orden deberán incluir en sus presupuestos de servicio de deuda, las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo. (...) Así mismo, el Gobierno reglamentará los eventos en los cuales dichos recursos deban ser transferidos al fondo que se crea de conformidad con el artículo siguiente. Parágrafo. Para efectos de la presente ley se entiende por obligaciones contingentes las obligaciones pecuniarias sometidas a condición”.

El cumplimiento de la citada obligación es ratificada probatoriamente de conformidad con la comunicación de 19 de julio de 2010 dirigida por parte de la Directora General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda al Departamento de Boyacá, en la que se cita que “según la valoración entregada por el Departamento y de acuerdo al análisis realizado del riesgo comercial, se requieren aportes al Fondo de Contingencias para soportar dicho riesgo (se determina que el plan de aportes de la Concesión del asunto, es el siguiente(fl.s. 694-695):

Fecha	Aporte
Feb-11	7.821.453.553,17
Dic-11	16.515.989.231,31
Jun-12	8.700.162.335,58
Dic-12	8.727.074.467,39
Jun-13	3.726.330.926,78
Dic-13	3.767.884.373,82
Jun-14	4.224.578.314,73
Dic-14	4.202.748.352,45
Jun-15	4.598.493.660,22
Dic-15	4.631.305.455,87
Jun-16	5.055.232.892,02
Dic-16	5.056.357.133,67
Jun-17	5.517.327.895,23
Dic-17	5.552.202.330,16
Jun-18	6.010.616.559,23
Dic-18	5.972.741.233,08
Jun-19	6.397.590.510,64
Dic-19	6.391.119.399,19
Jun-20	6.838.888.411,61
Dic-20	6.823.797.173,79
Jun-21	7.295.253.303,93
Dic-21	7.300.529.551,95
Jun-22	7.747.168.847,21
Dic-22	7.745.499.554,82
Jun-23	8.218.364.636,02
Dic-23	8.111.358.713,78
Jun-24	8.477.718.650,75
Dic-24	8.271.700.464,09
Jun-25	300.512.067,52

No obstante, al interior del proceso no se certificó el pago de ninguno de los citados montos al Fondo de Contingencia, advierte el Despacho que el primer aporte debería realizarse en el mes de Febrero del año 2011, en tanto de

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

1627

conformidad con el documento visto a fls. 889-891, el Contrato de Concesión 1563 de 2008 se dio por terminado el 31 de Octubre de 2011 frente a argumentos relacionados con incumplimientos mutuos por las partes. Lo anterior sumado a que de conformidad con el documento visto a fls. 1330-1334, dentro del citado contrato "no se ejecutaron obras", razón que justificó la falta de aportes al Fondo de Contingencias.

Pese a lo anterior, encuentra el Despacho que resultaba ineludible al Departamento de Boyacá el preveer el aporte al fondo de contingencias *al interior de los estudios previos* de la concesión vial Duitama-charala-San Gil, precisamente porque le era imperativo el cumplimiento de la Ley 488 de 1998 y porque al garantizar el Trafico Diario Promedio, estaba generando una contingencia necesaria para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones eventuales a su cargo en caso de reducción de nivel de demanda de la vía.

No se encuentra justificable a la luz del principio de planeación de la gestión contractual estatal como, primero se celebra el contrato y luego se realizan los análisis de riesgo y modelo de valoración de contingencias del proyecto de concesión vial Duitama – Charala - San Gil, que en el caso concreto fueron realizados por la firma CIP para la Gobernación de Boyaca (sin fecha, pero ya dentro de mismo se habla de la celebración del contrato de concesión 1563 de 2008), de donde se extracta que el riesgo comercial corresponde en el caso concreto al concesionario (fls. 729-787).

Lo anterior evidencia al despacho la vulneración al derecho colectivo al patrimonio público, porque son las arcas departamentales las que se verían afectadas por la falta de planeación del Departamento de Boyacá al haber omitido incluir dentro de sus estudios de conveniencia y oportunidad de la concesión vial, la previsión relacionada con los aportes al fondo de contingencias o la forma como se asumiría esa contingencia por parte del presupuesto departamental y no hacerlo –como efectivamente ocurrió- en forma posterior al inicio del proceso contractual, tal como obra en los documentos vistos a fls. 694-698 del plenario.

Como conclusión a lo anterior declarará el Despacho que el Departamento de Boyacá vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público frente a la etapa precontractual y contractual relacionada con el contrato de concesión 1563 de 2008, no obstante el restablecimiento de los derechos colectivos citados dependerá del nivel de avance de la obra contratada, lo que será objeto de análisis en el acápite siguiente.

5.3. De la acción popular frente a contratos terminados y el caso concreto

En el caso concreto obra prueba que indica que a la fecha el contrato de concesión 1563 de 2008 fue terminado por las partes. En efecto, obra copia autentica del Acta de Terminación anticipada del contrato de concesión 1563 de 2008 (fls. 889). De la misma forma obra prueba de que el contrato citado fue liquidado judicialmente por parte del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá, según la copia del laudo allegado al expediente dentro del CD visto a fl. 1459 de las diligencias.

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Si bien pudiere suponerse la carencia de objeto por hecho superado, lo cierto es que en tanto el contrato de concesión 1563 de 2008 estuvo vigente generó efectos, al punto que al día de hoy se mantiene una deuda pendiente a favor de la sociedad concesionaria por valor de \$13.950.476.641 dentro del proceso ejecutivo 2014-516 que conoce el Tribunal Administrativo de Boyacá.

En efecto, si bien pudiere pensarse que el hecho que se haya dado por terminado el contrato de concesión No 1563 de 2008 y se haya liquidado judicialmente por medio del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante laudo arbitral (según se informa a fls. 1339-1340), ello no implica que no haya existido mengua patrimonial porque el contrato tuvo efectos desde su inicio el 26 de Febrero de 2009 (fl. 1331) hasta el 31 de Octubre de 2011 (fls. 889-891).

Si bien se certifica a fl. 1334 que no se construyeron obras en desarrollo de la concesión, no obstante lo anterior, según se observa a fls. 1375-1376 copia del auto de mandamiento de pago del 16 de diciembre de 2014 librado por el Tribunal Administrativo de Boyacá por valor de \$13.950.476.641 dentro del proceso ejecutivo 2014-516 adelantado por la Sociedad Autopista Duitama San Gil S.A. en contra de los Departamentos de Boyacá y Santander cuyo título de recaudo es el laudo arbitral del 18 de Febrero de 2013 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para el efecto por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá. Lo anterior evidencia una lamentable consecuencia patrimonial en contra de los Departamentos de Boyacá y Santander, que como consecuencia de la vulneración a normas contractuales por parte de las citadas entidades territoriales, al día de hoy estos son deudores de la sociedad AUTOPISTA DUITAMA SAN GIL S.A. con la cual se suscribió el contrato 1563 de 2008 en cuantía de al menos \$13.950.476.641, más los intereses que de dicha cifra se deriven.

Lo anterior hace concluir al despacho que el Contrato de Concesión 1563 de 2008 si tuvo consecuencia patrimoniales en contra de los intereses públicos, en especial de los del Departamento de Boyacá. No obstante ante la terminación del contrato sin construcción de ninguna obra, no resulta dable dar órdenes relacionadas con el restablecimiento de la legalidad al estado anterior (v.g. la suspensión del contrato o la confección o reconfección de los estudios previos o del contrato mismo). En ese sentido se evidencia que el mecanismo idóneo para pretender la recuperación de los dineros públicos en presencia de detrimento patrimonial, lo es el proceso fiscal de que habla la Ley 610 de 2000, en el que deberá analizarse si existe nexo causal entre la mengua patrimonial generada por el laudo arbitral y las consideraciones de esta providencia. Cualquier orden relacionada con originales de las pretensiones de la demanda (abstenerse de ejecutar el contrato y la modificación del contrato) pierden toda vocación de prosperidad ante las nuevas circunstancias que se encuentran probadas en el proceso.

En tal sentido el Despacho ordenará compulsar copias de la presente providencia con destino a la Contraloría General de la Republica, con el fin de que el funcionario competente se sirva investigar las posibles conductas de los funcionarios de la Gobernación de Boyacá que proyectaron los estudios previos y preliegos de condiciones correspondientes a la Licitación No 20 de 2008.

1628

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
 Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

De la misma forma se ordenará compulsar copias de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación con el fin de que el funcionario competente se sirva investigar las posibles conductas disciplinarias y penales de los funcionarios de la Gobernación de Boyacá que proyectaron los estudios previos y prepliegos de condiciones correspondientes a la Licitación No 20 de 2008.

7. Del incentivo.

El actor popular solicita que a título de condena se le cancele como incentivo, el 15 % del valor de los dineros que se logren recuperar como consecuencia de la acción.

El incentivo contemplado por la Ley 472 de 1998 en sus artículos 39 y 40 fue expresamente derogado por la Ley 1425 de 2010. Si bien existe claridad frente a su aplicación en las acciones populares que se interpongan a partir de su vigencia (29 de Diciembre de 2010), no lo mismo puede predicarse de aquellas que se encuentran en trámite y que fueron iniciadas antes de la vigencia de la última norma antes citada, como sucede en el caso concreto, donde la acción se interpone el 06 de Octubre de 2009.

No obstante, la Ley 153 de 1887 en su art. 3 dispone: *"Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería"*.

Fundado en el argumento normativo antes expuesto y en la condición de "mera expectativa" del incentivo, en un proceso relacionado con una acción popular iniciada antes de la vigencia de la Ley 1425 de 2010, el Consejo de Estado determinó con claridad:

*"Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo, **no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban.** Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que **su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe regir la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio.***

*En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3 dispone: "Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería", de manera que **si perdió vigencia no se puede aplicar.** Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque **siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda,** entonces aplica aquello que ordena que "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene."*

Acción Popular No. 2009-0248.
 Demandantes: Juan Carlos Hernández López
 Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social, Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Ahora, la Sala considera que se trata de disposiciones de naturaleza sustantiva porque esta Corporación tuvo oportunidad de referirse, en forma reiterada, al alcance del concepto de normas sustanciales, con ocasión de la decisión del antiguo recurso de anulación. Se cita, a continuación, uno de sus pronunciamientos, que coincide, en términos generales, con los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia: (...)

Por tanto, los artículos 39 y 40 de la ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular; contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un "derecho", al decir, en ambas disposiciones, que: "El demandante... tendrá derecho a recibir..." el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente qué aplicar, y por eso no concederá el incentivo"³⁶.

En armonía con lo expuesto anteriormente, el Despacho negará el incentivo solicitado y declarará fundada la excepción denominada "IMPROCEDENCIA DEL PAGO DEL INCENTIVO" propuesta por el Departamento de Santander.

8. Costas.

Frente al tema relacionado con las costas y las acciones populares, el Consejo de Estado, en sentencia de 24 de julio de 2008, Exp. No. 2004-01577³⁷:

"En materia de acciones populares, el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 relativo a las costas del proceso, establece que el juez debe aplicar las normas de procedimiento civil, por lo que debe acudir al artículo 74 del C.P.C. que establece: ...(...) Así las cosas, la temeridad es producto del ejercicio arbitrario y sin fundamento de la acción popular, la cual surge de la formulación de la pretensión sin respaldo alguno, así como de los hechos y del material probatorio, de los cuales se infiere la absoluta improcedencia de la acción....". (subraya fuera de texto).

En consecuencia el Despacho no condenará en costas de conformidad con la conducta asumida por las partes. Adicionalmente deberá decirse que conforme a lo dispuesto por el art. 188 del CPACA, en los procesos donde se ventile un interés público no hay lugar a condena en costas.

DECISION

En razón y mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre la República y por autoridad de la ley,

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Subsección C. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., enero veinticuatro (24) de dos mil once (2011). Radicación: 25000-23-24-000-2004-00917-01. Actor: Sergio Sánchez . Demandado: Municipio de Topaipí. Referencia: Acción Popular.

³⁷ Consejero ponente, Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

1629

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

FALLA

Primero: Declarase infundadas las excepciones denominadas "*LITIS CONSORCIO NECESARIO – CONCURRENCIA DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER*", "*EXISTENCIA DE OTRA ACCIÓN POPULAR*", "*IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CON RESPECTO A NULIDADES DE CONTRATOS ESTATALES*", "*IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR, RESPECTO DE HECHOS QUE SON OBJETO DE JUZGAMIENTO POR VÍA DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL – FALTA DE JURISDICCIÓN*" propuestas por la Sociedad Autopista Duitama-San Gil S.A., la de "*FALTA DE INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO*", propuesta por el Departamento de Boyaca, la de "*FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER FRENTE A LAS PRETENSIONES Y HECHOS DE LA PRESENTE ACCION POPULAR*", propuesta por el Departamento de Santander, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

Segundo: Declarase fundadas las excepciones denominadas: "*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA EN CONTRA DE INVIAS*" propuesta por el INVIAS, y las de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*" propuestas por el Ministerio de la Protección Social, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y Ministerio de Transporte y la denominada "*IMPROCEDENCIA DEL PAGO DEL INCENTIVO*" propuesta por el Departamento de Santander, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

Tercero: Declarar que el Departamento de Boyacá ha vulnerado los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público como consecuencia de la celebración del contrato de concesión No 1563 de 2008 y el adelantamiento de la Licitación 20 de 2008.

Cuarto: Compulsar copias de la presente providencia con destino a la Contraloría General de la Republica, con el fin de que el funcionario competente se sirva investigar las posibles conductas de los funcionarios de la Gobernación de Boyacá que proyectaron los estudios previos y prepliegos de condiciones correspondientes a la Licitación No 20 de 2008.

Quinto: Compulsar copias de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación con el fin de que el funcionario competente se sirva investigar las posibles conductas disciplinarias y penales de los funcionarios de la Gobernación de Boyacá que proyectaron los estudios previos y prepliegos de condiciones correspondientes a la Licitación No 20 de 2008.

Sexto: Nieganse las demás súplicas de la demanda.

Séptimo: Remítase copia de esta providencia al señor Defensor del Pueblo para los fines del art. 80 de la Ley 472 de 1998.

Acción Popular No. 2009-0248.
Demandantes: Juan Carlos Hernández López
Demandados: Departamento de Boyacá, Departamento de Santander, INVIAS, Ministerios de Protección Social,
Transporte, Ambiente, Agricultura y Sociedad Autopista Duitama San Gil S. A.

Octavo: Sin condena en costas

Noveno: Verificado el cumplimiento de las ordenes impartidas archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial.

COPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CUMPLASE.


FERNANDO ARIAS GARCIA
JUEZ

Sentencia Acción Popular 2009-0248

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO	
TUNJA	
NOTIFICACION POR ESTADO	
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICO POR ESTADO	
No. 20	DE HOY 27-4-2016
SECRETARÍA(A)	