

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN “A”

Bogotá D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 250002341000201800548-00
Demandante: JULIÁN SÁNCHEZ GAITÁN Y OTROS
Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA,
ANI, Y OTROS
**MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E
INTERESES COLECTIVOS**
SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Agotados los trámites procesales inherentes, la Sala profiere sentencia de primera instancia dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, con el fin de resolver sobre la demanda instaurada por los señores Julián Sánchez Gaitán, Ciro Rombacica Parra, Néstor González López, Javier Augusto Rico Ramos, y Leonardo Fabio Zapata Velásquez, contra la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI; el Instituto Nacional de Vías, INVIAS; y Concesiones CCFC S.A.

Los actores populares solicitaron el amparo de los derechos e intereses colectivos: (i) a la moralidad administrativa; ii) a la defensa del patrimonio público; (iii) a la seguridad pública; y iv) a 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.

El Tribunal, mediante auto de 24 de mayo de 2018, admitió la demanda y ordenó su notificación a las demandadas.

1. La demanda

Los actores populares formularon las siguientes pretensiones (Fls. 4 y 5 Cdo. No. 1).

"1. Que se declare que las accionadas: La Concesión CCFC S.A., la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, el Instituto Nacional de Vías, INVIAS; el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, y a las demás autoridades que se hayan vinculado al proceso, son responsables de vulnerar los derechos colectivos consagrados en los literales b) Moralidad administrativa; e) la defensa del patrimonio público; g) la seguridad pública; y m) 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, del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, al haber omitido realizar el desarrollo de las obras de construcción de la doble calzada de la variante del barrio Cartagenita del municipio de Facatativá, las cuales hacen parte integral del proyecto contenido en el contrato de concesión No. 0937 del 30 de junio de 1995, celebrado por el INVIAS y le fue adjudicado a Concesiones CCFC S.A., el proyecto vial Bogotá- Facatativá- Los Alpes.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a las accionadas (...) a que ejecuten las obras respectivas para la construcción de la doble calzada de la variante del barrio Cartagenita del Municipio de Facatativá, para garantizar el acceso en debida (sic) a una infraestructura vial que permita la efectiva movilidad en el sector y se disminuyan los riesgos que se vienen presentando en la vía Fontibon- Facativá- Los Alpes, por el represamiento vehicular.

3. Impartir las demás órdenes que el Despacho estime convenientes para prevenir o contrarrestar la vulneración de los derechos colectivos por parte de las accionadas."

Las pretensiones anteriores tienen fundamento en los siguientes **hechos**.

Mediante el Contrato de Concesión No. 937 del 30 de junio de 1995, el Instituto Nacional de Vías adjudicó a Concesiones CCFC S.A., el proyecto vial Bogotá-Facatativá-Los Alpes, con el fin de realizar la rehabilitación y el mantenimiento de la malla vial que tiene una longitud aproximada de 67 kilómetros.

El objeto del proyecto es *"realizar por el Sistema de Concesión, los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Santa Fe de Bogotá*

(Fontibón)–Facatativá–Los Alpes, del tramo 08 de la ruta 50, en el Departamento de Cundinamarca”.

Para la construcción de la doble calzada, era necesaria la adquisición de los predios que habían sido afectados previamente para la construcción de la obra pública de que se trata; sin embargo, pese a que la Concesionaria CCFC S.A., adquirió la totalidad de los predios para la construcción de la variante del barrio Cartagenita en el municipio de Facatativá, no ha dado iniciado los trabajos respectivos.

El gran número de vehículos que transitan por la vía a cargo de Concesiones CCFC S.A., disfrutan de una buena movilidad en el trayecto Fontibón-Mosquera-Madrid-El Corzo, ya que en dicho tramo se construyó la doble calzada; pero al llegar al barrio Cartagenita, la misma se termina, provocando un fenómeno de represamiento vehicular de hasta cinco (5) kilómetros, perjudicando con ello a los usuarios que se encuentran en el punto denominado El Corzo.

La gran cantidad de usuarios en la vía, que se represa en el sector de la entrada a Cartagenita, hace que constantemente se presenten accidentes por choques simples. Por ello, con el fin de mejorar la movilidad en el sector es imperioso que Concesiones CCFC S.A., realice las obras de construcción correspondientes a la variante del barrio Cartagenita. No obstante, al haberse requerido esto, mediante derecho de petición, se obtuvo como respuesta que las mismas no hacen parte de la Fase II del Contrato de Concesión aludido y que, en tal virtud, no le es posible realizarlas.

2. Contestación de la demanda

Por conducto de apoderado judicial, el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, y Concesiones CCFC S.A., contestaron la demanda oportunamente.

2.1 Instituto Nacional de Vías

Mediante escrito radicado el 8 de junio de 2018, el Instituto Nacional de Vías contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que no existe una prueba idónea que establezca una hipotética responsabilidad del INVIAS con respecto a los hechos endilgados en la acción popular (Fls. 111 a 114).

De igual manera, señala que la vía indicada por los actores populares se adjudicó y entregó mediante el Contrato de Concesión No. 0937 del 30 de junio de 1995 a Concesiones CCFC S.A., pero años más tarde el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), mediante la Resolución No. 003780 de 26 de septiembre de 2003, cedió y subrogó el Contrato No. 0937 del 30 de Junio de 1995 al “**INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**”, hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ANI**.

Dentro de las funciones que le otorga la Ley al Instituto Nacional de Vías, dentro del marco legal de su competencia, no se estipula la de hacer inversión en dicho tramo de vía, puesto que es una vía Concesionada y no está dentro del inventario de vías a cargo del mismo; por tal razón, el INVIAS no puede ni debe hacer inversión en este sentido, so pena de soslayar el espíritu de la Ley por el cual fue creado; en este orden de ideas, no es competencia del Instituto Nacional de Vías realizar la obra que se pretende en la acción popular.

Con base en los argumentos anteriores, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2 Autoridad Nacional de Infraestructura, ANI

Mediante escrito radicado el 24 de agosto de 2018, la ANI allegó respuesta a la demanda de acción popular de la referencia, en el sentido de solicitar

que se negaran las pretensiones de la demanda, por los siguientes motivos (Fls. 145 a 152).

En lo que se refiere a los hechos, señala que el proyecto de concesión vial Bogotá(Fontibón)- Facatativá-Los Alpes, es un tramo de 38,30 Km, que corresponde al Contrato de Concesión No. 937 de 1995, suscrito entre CONCESIONES CCFC S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura; dicho tramo se inicia en el estribo occidental del puente sobre el Río Bogotá y termina en el sector conocido como “*Los Alpes*”, abscisa del proyecto K38 +300, el cual discurre por la ruta 5008A, que conecta las cabeceras municipales de Mosquera y Facatativá.

Precisa que el sector o barrio Cartagenita se encuentra ubicado entre las abscisas PK23 +163 y PK24+300 del corredor vial concesionado y, por tal motivo, el tramo vial señalado pertenece a la infraestructura vial concesionada del proyecto en mención. Señala que según lo acordado en la cláusula décima tercera del mencionado contrato de concesión, el INVIAS asumió la obligación de negociar directamente la adquisición de los predios requeridos para la construcción de la vía concesionada.

En el acápite denominado “*inexistencia de amenaza o vulneración a los derechos colectivos a los derechos colectivos por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura*”, se indica que durante la ejecución del proyecto se presentaron inconvenientes con las comunidades aledañas que impidieron el cobro de la tarifa de peaje, circunstancia por la cual la totalidad de las obras del objeto contractual no pudieron ser ejecutadas dentro de los términos establecidos en el contrato.

Por lo tanto, el 28 de septiembre de 2001 se suscribió el contrato modificadorio al Contrato de Concesión No. 937 de 1995, en el que se estipuló que la construcción de las obras contempladas en la Fase II, quedaban sometidas al cumplimiento de dos condiciones i) aceptación del peaje por parte de las comunidades del área de influencia del Proyecto; y

ii) pago por parte de esas comunidades del peaje por un tiempo continuo e ininterrumpido, por un lapso mínimo, de seis (6) meses.

De otro lado, señala que el Concesionario CCFC S.A.S., se encuentra finalizando las obras pactadas mediante el Otrosí No. 9 del 17 de diciembre de 2014 y su modificatorio No. 2 del 5 de agosto de 2016 al Contrato de Concesión No. 0937 de 1995; entre las cuales se encuentran dos (2) kilómetros de la segunda calzada, los dos puentes vehiculares sobre el ferrocarril en el PK 21 + 100 y los dos puentes vehiculares sobre el Rio Botello en el PK 21+300, así como el acceso a la vereda Moyano en el PK21+310 y la glorieta en la intersección de Cartagenita hacia Zipacón.

Así mismo, indica que los habitantes de los municipios aledaños al proyecto, beneficiarios de la tarifa Categoría Especial, únicamente deben cancelar en la actualidad, en las estaciones de peaje, Río Bogotá y Corzo, del Proyecto Bogotá (Fontibón)-Facatativá-Los Alpes, la suma de \$200, que corresponden al Fondo de Seguridad Vial, y no constituye cobro de peaje.

Actualmente, este beneficio lo tienen alrededor de 25.100 beneficiarios, situación que, sin duda, ha generado un desequilibrio económico en la ejecución del proyecto, que ha dado lugar a demoras en la ejecución de las obras. Sin embargo, dicha circunstancia no implica la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos de la comunidad.

Finalmente, el apoderado de la ANI indica que no se aportaron medios de prueba que den cuenta acerca de que la entidad amenace o vulnere los derechos colectivos, pues no pueden desconocerse los inconvenientes que ha sufrido el proyecto como consecuencia del deficiente recaudo de los peajes, circunstancia que es la que, finalmente, permite la financiación de las obras trazadas en el proyecto.

2.3 CONCESIONES CCFC S.A.S.

Mediante escrito radicado el 15 de junio de 2018, se allegó escrito de contestación de la demanda, mediante el cual dicha sociedad se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda (cuaderno aparte con 322 folios).

En primer orden, manifiesta que el Contrato de Concesión No. 937 de 1995, ha sido modificado en varias oportunidades, una de ellas mediante el Contrato Modificador del 28 de septiembre de 2001, en el que las partes establecieron que el pago del valor del contrato, más los costos de operación, se haría mediante la cesión de los peajes correspondientes a las estaciones Río Bogotá y Corzo; en el mismo contrato, se acordó que las obras objeto del mismo se ejecutarían en dos fases, así:

“FASE I: Corresponde a las obras de rehabilitación de las calzadas existentes y a la construcción de la variante de Madrid en calzada sencilla y la correspondientes intersecciones y retorno, tal y como están diseñadas en los planos relacionados en el ANEXO 2, debidamente aprobados por el INTERVENTOR , así como con la especificación y precio unitario del Ítem de fresado aprobado por EL INSTITUTO, por ser un ítem no previsto inicialmente en el Contrato de conformidad con el ANEXO 3, anexos que forman parte del presente documento.

FASE II: Corresponde a las demás obras incluidas en los diseños definitivos, especificaciones técnicas, planos y alcances originalmente pactados por EL INSTITUTO a través del INTERVENTOR, diferentes a las incluidas en el alcance de la FASE I descrito en el literal anterior.”.

Señala que las obras de la FASE I fueron culminadas, entregadas y puestas al servicio de la comunidad según consta en las Actas de Entrega Parcial de Obra de la Fase I, suscritas el día 3 de diciembre de 2004 y 24 de marzo de 2004; en el Acta de Entrega y Puesta a disposición de vehículos, motos, equipos y elementos de la Policía de Carreteras de Cundinamarca, suscrita el 24 de marzo de 2004; el Acta de Cumplimiento de Infraestructura de Operación de 24 de marzo de 2004; y en el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción de fecha 27 de marzo de 2004.

Por su parte, la ejecución de aquellas obras de la FASE II, dentro de las cuales está incluida la *“construcción, mantenimiento y operación de una segunda calzada entre Madrid y Facatativá y la sustitución de la calzada existente entre el K22+400 y el K24+300 (variante de Cartagenita)”*, fueron sometidas al cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal D de la Cláusula Primera del Contrato Modificadorio de 28 de septiembre de 2001, referido previamente, el cual establece.

1. *“Que las comunidades del área de influencia del Proyecto, hayan expresado su consentimiento favorable para permitir el cobro efectivo de peajes a los usuarios relacionados en el ANEXO 1 del presente contrato modificadorio y que con base en ese consentimiento y utilizando la herramienta de la ingeniería financiera, de común acuerdo entre EL CONCESIONARIO y EL INSTITUTO, se defina el alcance de las obras a los precios unitarios establecidos en la propuesta.*
2. *Que en aplicación del consentimiento favorable a que se refiere el numeral 1 anterior, se haya procedido al cobro del peaje respectivo durante un tiempo continuo e ininterrumpido no inferior a seis (6) meses calendario.”*

Sostiene que pese a no haberse cumplido la totalidad de las condiciones antedichas, en especial el pago del peaje por parte de las comunidades de los municipios de Funza, Mosquera, Madrid, Facatativá, Bojacá y Zipacón, se ha logrado realizar algunas de las obras de la FASE II, gracias a los excedentes del máximo aportante del recaudo del peaje a favor de la ANI, que se han generado por el buen comportamiento del tráfico y por el control que el concesionario ha ejercido con respecto al cumplimiento permanente de los requisitos del Anexo 1 del Contrato Modificadorio de 28 de septiembre de 2001 al Contrato de Concesión No. 0937 de 1995, que reglamenta este beneficio para los actuales beneficiarios de la categoría especial y de aquellas personas interesadas en ser beneficiarias de los mismos.

Desde la suscripción del Contrato Modificadorio del 28 de septiembre de 2001 al Contrato de Concesión No. 0937 de 1995, a medida que se ha contado con los recursos disponibles provenientes de los excedentes del peaje (para ejecutar obras adicionales necesarias para el adecuado funcionamiento del corredor vial y dar continuidad a la ejecución de obras

de la Fase II del Proyecto), las partes han suscrito documentos modificatorios y otrosíes al Contrato de Concesión aludido, que han permitido la ejecución de dichas obras, en forma gradual.

Con respecto a la ejecución de la Fase II, se han suscrito los siguientes otrosí:

I) Otrosí del 7 de febrero de 2008 y modificatorio No. 1 del 29 de septiembre de 2010. Tuvo por objeto la rehabilitación de la vía interna de Mosquera, teniendo en cuenta que el alto tráfico de la zona afectó el estado de la misma.

II) Otrosí No. 6 del 30 de diciembre de 2008 y modificatorio No. 1 del 3 de marzo de 2010. A través del mismo, el INCO, hoy ANI, y el Concesionario acordaron ejecutar las siguientes obras, las cuales fueron recibidas a satisfacción.

Construcción de la segunda calzada de la variante Madrid y los diseños estructurales y construcción de los tres puentes vehiculares que la conforman, Ferrocarril I, Ferrocarril II, y Río Subachoque.

Construcción de la segunda calzada, entre el final de la variante de Madrid y la estación de peaje Corzo.

Ajustes a los estudios y a los diseños y a la construcción del enlace que corresponde al inicio de la variante de Madrid.

Ajustes a los estudios y a los diseños y construcción del paso superior de la vía a Subachoque.

Diseño y construcción del retorno, antes de la estación del peaje Corzo.

Diseño y construcción del tramo faltante del puente peatonal San Pedro, en variante de Madrid.

Diseño, traslado, protección y/o reubicación de poliductos y propanoductos.

Diseño y construcción de pasaganados y acceso a fincas. Adicionalmente, Concesiones CCFC S.A.S. aportó la suma de \$2.459.710.017, por concepto de predios.

- III) Otrosí No. 7 del 12 de marzo de 2010. A través del mismo se ejecutaron las siguientes obras de la Fase II.
- Ajustes de diseños y construcción de paso superior de la vía que conduce a Puente Piedra, en la variante de Madrid.
 - Diseño y construcción del puente peatonal Charquito.
 - Diseño y construcción del puente peatonal Ciudadela del niño y de la niña.
- IV) Otrosí No. 8 Obras Fase II. Teniendo en cuenta la solicitud de la comunidad de Funza y Mosquera, la Agencia Nacional de Infraestructura y Concesiones CCFC S.A.S., pactaron la construcción de un puente peatonal, con el espacio público respectivo.
- V) Otrosí No. 9 del 17 de diciembre de 2014 y su modificatorio, sobre el cual ya se hizo referencia en apartes anteriores de la contestación.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera Concesiones CCFC S.A.S., que jamás ha actuado de forma negligente y que, por el contrario, ha cumplido y viene cumpliendo a cabalidad con los términos contenidos en el Contrato de Concesión No. 937 de 1995 y sus otrosíes y modificatorios.

En virtud de lo anterior, propone como “*excepciones*” las siguientes. i) Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Concesiones CCFC S.A.S. ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva. iii) Los derechos colectivos alegados por los actores populares no están siendo vulnerados.

3. Audiencia de pacto de cumplimiento

La audiencia especial de pacto de cumplimiento se llevó a cabo el día 30 de enero de 2019. La misma se declaró fallida, pues no se formuló proyecto de pacto de cumplimiento (Fls. 216 y 217 Cdo. 1).

4. Alegatos de conclusión

Mediante providencia de 19 de marzo de 2019, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (Fl. 249 cuaderno 1).

Revisado el expediente, se observa que solamente el Instituto Nacional de Vías, allegó escrito de alegatos de conclusión (Fls. 262 y 263 del Cuaderno No. 1), reiterando la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta en la contestación de la demanda.

5. Concepto del Ministerio Público

Revisado el expediente, el Ministerio Público no presentó concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Agotados los trámites inherentes a la acción impetrada y sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala procederá a emitir el fallo correspondiente.

Esta Corporación es competente para conocer en primera instancia de las acciones populares presentadas contra entidades del orden nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 152, numeral 16, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para efectos de abordar el estudio del caso, la Sala desarrollará el siguiente orden. (i) Establecerá el problema jurídico por resolver y los alcances del análisis de la Sala, atendiendo al medio de control presentado por el actor. (ii) Resolverá sobre las excepciones propuestas. (iii) Analizará los derechos e intereses colectivos presuntamente vulnerados o amenazados, desde una perspectiva normativa y jurisprudencial.

Finalmente, (iv) examinará el caso concreto, a fin de establecer la existencia o no de amenaza o vulneración de los derechos invocados.

1. El problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la Agencia Nacional de Infraestructura, el Instituto Nacional de Vías y Concesiones CCFC S.A.S., han vulnerado o amenazado los derechos colectivos invocados en la demanda, esto es, la moralidad administrativa; la defensa del patrimonio público; la seguridad pública; y 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; por cuanto no se ha construido la variante del Barrio Cartagenita en el marco del Contrato de Concesión No. 937 de 30 de junio de 1995 celebrado entre el INVIAS y el Concesionario CCFC S.A.S., que tiene por objeto la construcción de la doble calzada de la vía Fontibón-Facatativá-Los Alpes.

2. Decisión sobre las excepciones propuestas por las accionadas

Asunto previo

Al revisar la contestación de la demanda presentada por Concesiones CCFC S.A.S., la accionada propuso como excepciones las siguientes. i) Cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Concesiones CCFC S.A.S. ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva. iii) Los derechos colectivos alegados por los accionantes no están siendo vulnerados.

No obstante, solamente el argumento correspondiente a la falta de legitimación en la causa por pasiva constituye una excepción que, por lo tanto, puede ser analizado en este acápite. Los demás corresponden, en realidad, a argumentos de defensa, que serán objeto de estudio al

momento de abordar el fondo del asunto de que se trata.

Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Concesiones CCFC S.A.S.

Argumenta que en el ejercicio estricto y limitado de funciones públicas no se encuentra legitimada en la causa por pasiva, pues la sociedad concesionaria tiene como obligación principal la de ejecutar unas actividades, contractualmente establecidas, y, esencialmente, la prestación de un servicio público en los términos del contrato de concesión; por tal motivo, es evidente que no puede, bajo ninguna circunstancia, imputársele la vulneración de los derechos colectivos invocados, toda vez que no tiene a su cargo la ejecución de la obra de la variante Cartagenita del municipio de Facatativá.

Instituto Nacional de Vías

Sustenta su excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en el hecho de que la vía indicada por los accionantes, fue adjudicada y entregada mediante el Contrato de Concesión No. 0937 del 30 de junio de 1995 a Concesiones CCFC S.A., pero años más tarde el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), mediante la Resolución No. 003780 de 26 de septiembre de 2003, cedió y subrogó el Contrato de Concesión No. 0937 del 30 de Junio de 1995 al “**INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO**”, hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, ANI**.

Dentro de las funciones que le otorga la Ley al Instituto Nacional de Vías dentro del marco legal de su competencia, no se estipula la de hacer inversión en dicho tramo de vía, puesto que es una vía Concesionada y no está dentro del inventario de vías a cargo del Instituto Nacional de Vías “**INVIAS**”.

Para resolver sobre las excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la Sala advierte que según los artículos 9 y 14 de la Ley 472 de 1998, la acción popular puede dirigirse contra quienes se considera que amenazan, violan o hayan violado el derecho o interés colectivo; basta, para efectos de esta acción, con que se señale la autoridad o el particular, en concreto, que está presuntamente violando o amenazando los derechos e intereses colectivos cuya protección se reclama.

La legitimación en la causa por pasiva alude a la aptitud que debe reunir una persona natural o jurídica, contra quien se dirige la demanda, para oponerse jurídicamente a las pretensiones que el demandante esgrime en su contra. En este sentido, no basta con ser objeto de demanda para concurrir legítimamente a un juicio, es imperioso estar debidamente legitimado para ello.

Con respecto al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS**, la Sala encuentra que el Contrato de Concesión No. 937 de 1997 fue suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y CONCESIONES CCFC S.A.S., y tuvo por objeto *“Realizar por el sistema de concesión los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Santafé de Bogotá (Fontibón)- Facatativá- Los Alpes, del tramo 08, de la Ruta 50, en el Departamento de Cundinamarca”* (Fls. 40 a 51 cuaderno 2).

No obstante, también obra dentro del plenario la Resolución No. 003780 del 26 de septiembre de 2003, expedida por la Directora General del Instituto Nacional de Vías (Fl. 122 cuaderno 1), mediante la cual se resolvió ceder y subrogar al Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) el Contrato de Concesión No.0937 de 30 de junio de 1995.

“ARTÍCULO PRIMERO. Ceder y subrogar al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES, a título gratuito, el contrato No. 0937 del 30 de junio de

1995, cuyo objeto es “REALIZAR POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS, LAS OBRAS DE REHABILITACIÓN Y DE CONSTRUCCIÓN, LA OPERACIÓN Y EL MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA SANTAFÉ DE BOGOTÁ (FONTIBÓN)- FACATATIVÁ-LOS ALPES, DEL TRAMO 08, DE LA RUTA 50, EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA”, junto con las siguientes aclaraciones y modificaciones: aclaración de la cláusula cuarta del contrato de concesión, del 15 de Agosto de 1995, modificación del literal a) de la cláusula sexta y cláusula décima tercera del contrato de concesión, del 18 de noviembre de 1997; modificación del párrafo primero de la cláusula décima tercera del contrato de concesión No. 0937 de 1995 y modificación de los numerales tercero y quinto del documento modificatorio del 18 de noviembre de 1997, del 3 de Agosto de 1998; documento de acuerdo de 14 de agosto de 1998; documento de acuerdo del 11 de diciembre de 1998, modificación al documento de acuerdo del 11 de diciembre de 1998, del 5 de enero de 1999, otrosí al contrato de concesión del 26 de marzo de 1999, otrosí al contrato de concesión del 27 de agosto de 1999, contrato modificatorio al contrato de concesión del 28 de septiembre de 2001, adicional al contrato de concesión del 12 de noviembre de 2002, contrato modificatorio al contrato de concesión del 20 de diciembre de 2002 y contrato modificatorio al contrato adicional del contrato de concesión de fecha 12 de noviembre de 2002 del 3 de marzo de 2003, y los demás documentos que se hayan generado en desarrollo del mismo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo”.

En este sentido, si bien la entidad que suscribió el Contrato de Concesión No. 937 de 1995 fue el Instituto Nacional de Vías, lo cierto es que tal contrato, con sus modificaciones y adiciones, fue cedido y subrogado al Instituto Nacional de Concesiones, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, mediante la Resolución No. 3780 del 26 de septiembre de 2003. Por lo tanto, las obligaciones de interventoría del Instituto Nacional de Vías, pactadas en la Cláusula Séptima del contrato de concesión, a partir del momento de la expedición de la citada resolución, quedaron en cabeza de la Agencia Nacional de Infraestructura y, en tal sentido, dicha entidad tiene a su cargo la vigilancia, supervisión y control de la ejecución y cumplimiento del contrato referido.

De otro lado, en lo que tiene que ver con el objeto y las funciones del Instituto Nacional de Vías, el Decreto 2056 de 2003, proferido por el Ministerio de Transporte, estipula en el artículo primero que “*El Instituto Nacional de Vías, Invías, tendrá como objeto la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria,*

férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte.”.

De acuerdo a lo anterior, una vez revisado el contrato de concesión al que se alude, la vía objeto de análisis en el marco de la presente acción popular se encuentra concesionada y, por lo tanto, no se encuentra dentro de aquellas respecto de las cuales el INVIAS tiene competencia.

En conclusión, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el INVIAS, está llamada a prosperar, por dos razones. i) El Contrato de Concesión No. 937 de 1995, suscrito entre el INVIAS y Concesiones CCFC S.A., fue cedido y subrogado al Instituto Nacional de Concesiones, hoy ANI. ii) La vía objeto del Contrato de Concesión No. 937 de 1995, se encuentra concesionada y, por lo tanto, según lo dispuesto en el Decreto 2056 de 2003, proferido por el Ministerio de Transporte, el INVIAS no tiene competencia sobre la misma.

En cuanto hace a **CONCESIONES CCFC S.A.**, la Sala considera que no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por dicha sociedad, toda vez que al haber suscrito el Contrato de Concesión No. 937 de 1995, y en la medida en que se encuentran vigentes las obligaciones respectivas, se dan para ella los presupuestos jurisprudenciales de la legitimación en la causa por pasiva, pues lo anterior implica que Concesiones CCFC S.A., se encuentra vinculada funcionalmente con los hechos que dan origen a la reclamación.

Ahora bien, será al analizar el fondo del asunto, cuando se establezca si Concesiones CCFC S.A., está o no vulnerando los derechos colectivos invocados en la demanda; pero, hasta este momento procesal, se cumple con los presupuestos procesales para que la accionada continúe, en tal calidad, en el marco de esta acción popular.

3. Marco normativo y jurisprudencial de los derechos e intereses colectivos presuntamente vulnerados

Hechas las anteriores precisiones, la Sala procederá al análisis del marco normativo y jurisprudencial que rige los derechos colectivos presuntamente vulnerados, cuyo amparo se pidió en la demanda.

3.1 El derecho o interés colectivo a la Moralidad Administrativa.

Conforme a lo previsto en los artículos 209 de la Constitución Política, 4, literal “b”, de la Ley 472 de 1998 y 3 de la Ley 489 de 1998, la Moralidad Administrativa además de ser un derecho colectivo es un principio que orienta la función administrativa *“según el cual la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el bien común y el interés general”*.¹

Para establecer la amenaza o vulneración del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, se debe acudir al desarrollo legal sobre tal concepto; es decir, el juicio que realice el juez se debe centrar en el análisis y evaluación de la conducta del funcionario bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada en los principios constitucionales y las normas jurídicas.²

En este sentido, no toda infracción a la ley constituye vulneración del derecho colectivo de la Moralidad Administrativa, pues para su configuración **se requiere del elemento subjetivo consistente en perseguir la satisfacción de intereses particulares o personales**. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 12 de octubre de 2006 consideró.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 2003-01293 (AP), C.P. doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 2006, 2004-00118 (AP), C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

[...] La moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, implica automáticamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Con este propósito es importante precisar que **en veces la violación al principio de legalidad**, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, **puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares**, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.

Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y **corresponde al demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión** a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y **no solo de ilegalidad**.

Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación. Se evidencia entonces, que si bien el concepto de moralidad administrativa se subsume en el principio de legalidad, son conceptos diferentes, en tanto aquel concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa.

En síntesis, los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tiene vocación de prosperidad. Ha dicho la Sala que la trasgresión del derecho colectivo en comento tiene lugar igualmente en eventos de DESVIACION DE PODER, esto es, cuando el funcionario público hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos”³ (Negrillas y subrayas de la Sala).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de octubre de 2006, Exp. 2004-00932 (AP), Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

El criterio anterior fue reiterado por la misma Corporación en sentencia del 21 de febrero de 2007.

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

De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, que en palabras de Robert Alexy, en cita de Von Wright, se traduce en la aplicación de conceptos deontológicos y antropológicos. En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa. De tal suerte que el análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, **que la acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo,** necesita haber sido instituido, previamente, como deber en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, **y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general**”⁴ (Negrillas y subrayas de la Sala).

De la línea jurisprudencial transcrita se puede establecer que para determinar si el derecho a la Moralidad Administrativa se encuentra vulnerado o amenazado, el juez debe verificar si los funcionarios de la administración o el particular que ejerce función administrativa han actuado conforme a los deberes que les imponen las normas, y si dicha actuación se ha ceñido al cumplimiento del interés general o se ha desviado para satisfacer fines personales o favorecer los intereses de

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2007, 2005-0355 (AP), C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

terceros, en todo caso de carácter particular, con desconocimiento de los fines y principios de interés público que animan a la administración.

Para concretar el contenido, los límites y alcances del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, la Sala considera que se deben analizar dos perspectivas a saber: **(i)** el ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y **(ii)** que dicho ejercicio busque el cumplimiento del cometido estatal.

Así mismo, se debe tener en cuenta que el mero desconocimiento del orden jurídico no implica la violación del derecho a la Moralidad Administrativa, pues se requiere que dicho alejamiento de la normativa aplicable tenga el propósito de satisfacer intereses distintos de la finalidad que se persigue con el ejercicio de la función pública.

Por lo tanto, se requiere la demostración de que la persona a quien se endilga la conducta haya obrado en forma deliberada, con el propósito de quebrantar la ley, y ello con el fin de procurar para sí o para un tercero un provecho indebido.

En suma, la lesión o puesta en peligro del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa se configura con el acaecimiento de dos circunstancias inescindibles, a saber, **(i) el desconocimiento del orden jurídico** (elemento objetivo) y **(ii) que dicho desconocimiento se lleve a cabo con el fin de satisfacer intereses diversos al cumplimiento de los fines del Estado** (elemento subjetivo).

3.2 Derecho colectivo a la seguridad y salubridad públicas

La jurisprudencia del Consejo de Estado señaló lo siguiente con respecto a este derecho colectivo, en la sentencia de 15 de mayo de 2014, radicado 2010-00609-01(AP), Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala.

“(…)

La importancia del cuidado de la salud de las personas y de una adecuada gestión de su entorno, en tanto que aspectos esenciales para la efectividad del derecho a la vida y de otros postulados cardinales del Estado social de derecho como la dignidad humana o la libertad, se evidencia en lo previsto por el artículo 366 de la Carta, que además de señalar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida como fines sociales del Estado, define como objetivo fundamental de su actividad la solución de necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

Su carácter primordial se plasma también en el artículo 49 Constitucional, que encomienda al Estado la responsabilidad de asegurar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al tiempo que impone a todos el deber de “procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”. Reflejo de esta última previsión es lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 95 de la Ley Fundamental, que erige en deber ciudadano, expresión del principio de solidaridad, responder con acciones humanitarias “ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

1. El ordenamiento nacional ha previsto un régimen de responsabilidad de los productores de bienes y servicios que, entre otras, atenten contra la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios.
2. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los conceptos de seguridad y salubridad pública y del derecho colectivo:

“(…) constituyen **las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos.** Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria.”⁵

En este orden de ideas y dada la amplitud de su radio de acción, los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas “se pueden garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública y de tranquilidad que permitan la vida en comunidad y, por consiguiente, faciliten la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad”⁶. En consecuencia, es claro para la Sala que su vulneración también puede desprenderse tanto de una actitud activa (actuaciones, reglamentos, contratos, etc.), como pasiva (omisión administrativa) de parte de

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 5 de octubre de 2009, Rad. No. 19001-23-31-000-2005-00067-01.C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de noviembre de 2013, Rad. No. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP). C.P.: Enrique Gil Botero.

las autoridades responsables de su guarda y realización efectiva.” (Destaca la Sala).

Conforme a lo expuesto, el propósito de protección del derecho de que se trata tiene un ámbito preciso, a saber, la abstención de determinadas conductas que resulten contrarias de ese interés colectivo, así como el despliegue de conductas que aseguren las condiciones esenciales de salud pública y de tranquilidad que permitan la vida en comunidad y faciliten la convivencia pacífica de la sociedad.

3.3 La realización de 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.

El Consejo de Estado ha explicado que el derecho colectivo previsto en el artículo 4, literal m, de la Ley 472 de 1998 “[...] *comporta la obligación impuesta por el legislador tanto a las autoridades públicas como a los particulares, en general, de observar plenamente la normativa jurídica que rige la materia urbanística, es decir, la forma como progresa materialmente y se desarrolla una determinada población, asentada en una entidad territorial, bien sea en sus zonas urbanas o rurales, con miras a satisfacer plenamente las necesidades de sus habitantes, dando preponderancia al propósito de mejorar su calidad de vida.*”.

Posteriormente, la Alta Corporación indicó cuál es el núcleo esencial del derecho colectivo a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, en los siguientes términos.

“Por urbanismo debe entenderse, según el diccionario de la real academia de la lengua española, lo siguiente: El conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana.

Por consiguiente, el núcleo esencial del derecho colectivo comprende los siguientes aspectos:

Respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad (inciso segundo artículo 58 C.P.).

Protección del espacio público, procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes.

Respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio (art. 95 numeral 1 C.P.).

Atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible (art. 3º ley 388 de 1997).

El acatamiento a la ley orgánica de ordenamiento territorial – aún no expedida por el Congreso de la República - y los planes de ordenamiento territorial que expidan las diferentes entidades territoriales del país (art. 288 C.P.).

Planes de ordenamiento territorial que sirven de guía y mapa para que el desarrollo urbano se haga de manera ordenada y coherente, de tal manera que prevalezca el interés general sobre el particular, y se garantice la aplicación de las disposiciones político – administrativas – de organización física- contenidas en los mismos (art. 5º ley 388 de 1997).

Cumplimiento de los preceptos normativos sobre usos del suelo; alturas máximas de construcción; cupos mínimos de parqueo; especificaciones técnicas y de seguridad; cesiones obligatorias al distrito; necesidad de obtener licencias de urbanismo y construcción; existencia de conexiones para los servicios públicos domiciliarios, entre otros.

De acuerdo con esta interpretación, el derecho colectivo bajo análisis no solamente se refiere al cumplimiento de los preceptos técnicos en materia de construcción, sino que se extiende a los demás aspectos del derecho urbanístico; entre ellos, el acatamiento a las disposiciones sobre los usos del suelo y las obligaciones que en torno a este bien jurídico colectivo tienen los particulares y las autoridades públicas encargadas de su protección.

En este sentido, la Sala considera que la vulneración o amenaza del derecho colectivo establecido por el artículo 4, literal m, de la Ley 472 de 1998 no es exclusiva de los particulares que vulneran las normas sobre construcción, urbanismo o uso del suelo porque, en los términos del artículo 86 del Decreto antes mencionado, corresponde a la administración pública, en cabeza de los alcaldes locales, la obligación de vigilar el cumplimiento de la normativa sobre desarrollo urbano, uso del suelo y reforma urbana en los inmuebles de su comprensión territorial.”.

3.4 Defensa del patrimonio público

El derecho colectivo a la Defensa del Patrimonio Público se encuentra previsto en el artículo 4, literal “e” de la Ley 472 de 1998, en los siguientes términos:

“**ARTÍCULO 4.** Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros los relacionados con: [...]

e) La defensa del patrimonio público.” (Destaca la Sala).

Tal como se desprende de los artículos 63, 82, 102 y 332 de la Constitución Política, conforman el patrimonio público aquellos bienes destinados al cumplimiento de funciones públicas del Estado o afectos al uso común.

Sobre el tema, la doctrina ha señalado que el patrimonio público se encuentra integrado por el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales⁷.

En relación con este derecho colectivo, la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, ha considerado:

“El concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio⁸. En tal dirección, se dijo por el Consejo de Estado en un primer

⁷ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Duodécima Edición, páginas 180 a 192.

⁸ La Real Academia de la Lengua define la palabra “patrimonio” en el sentido de la ciencia del Derecho, como el “conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica”; se

momento, que se trataba de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva⁹.

No obstante lo anterior, en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se amplió este contenido involucrando bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. En esta oportunidad se expresó esta Sección de la siguiente forma¹⁰:

“Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el ‘sujeto’ llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.

“Tal es el caso del territorio nacional -del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria-, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un ‘dominio eminente’ por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad.

“Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades.”

En síntesis, este concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales¹¹ que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjuento 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).

puede decir que es una tesis más o menos aceptada en su generalidad, pero criticada en sus elementos específicos, como por ejemplo, ya que se critica el hecho de que sea necesario que pertenezca a una persona, por la existencia de patrimonios autónomos; o si puede contener además de bienes, derechos, etc.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. 1999-9001 (AP-300), actor: Contraloría General de la República, Consejera Ponente: Ligia López Díaz.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rad. AP 2004-00413, actor: José Omar Cortés Quijano, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Artículo 653 del Código Civil. Los bienes consisten en cosas corporales e incorpóras. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa un libro. Incorpóras, las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”

Ahora bien, la consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección¹², lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados: todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad (sic) respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad¹³ (Destaca la Sala).

De la sentencia transcrita, se desprende que la defensa del patrimonio público tiene como propósito, por un lado, **prevenir y combatir el detrimento del patrimonio público**; y, por otro, **su administración eficiente y responsable**.

El criterio anterior, fue reiterado en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante la cual se recordó cuáles son los elementos que componen la defensa del patrimonio público, y consideró que la vulneración o amenaza del derecho colectivo a la Defensa del Patrimonio Público implica, en la mayoría de casos, la vulneración del derecho colectivo de la moralidad administrativa porque, generalmente, la vulneración del primero está precedida de la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas o en el manejo de recursos públicos:

“El derecho colectivo al patrimonio público alude **no solo a “la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado”**. En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien “porque lo hizo en forma **negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público**”

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”**. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha

¹² De allí su consagración expresa en el literal e) y f) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, como derecho a la “defensa del patrimonio público” y “defensa del patrimonio cultural de la Nación”.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de mayo de 2008, Exp. 2005-01423 (AP), C.P. doctor Ramiro Saavedra Becerra.

reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por “bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población”

Asimismo, **el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial.**

A su vez, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones **“que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa”** por cuanto generalmente supone “la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos”.

Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que **el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: “la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados;** todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva”¹⁴ (Destaca la Sala).

De acuerdo con las consideraciones jurisprudenciales anteriores, la Defensa del Patrimonio Público propende por su administración responsable y conforme al orden jurídico, en aras de evitar su detrimento. De este modo, se entienden como hechos lesivos del patrimonio público: (i) su administración en forma negligente o ineficiente, o (ii) que la destinación del Patrimonio Público no haya atendido a lo previsto en la normativa y, en virtud de ello, se haya producido su mengua.

También debe entenderse que este derecho colectivo exige un **sujeto activo cualificado**, esto es, quien tiene a su cargo la guarda y administración de recursos públicos.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de ocho (8) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Según lo expuesto, para considerar acreditada una amenaza o vulneración del derecho colectivo al Patrimonio Público, se debe probar que la persona encargada de su cuidado (sujeto activo cualificado) lo haya administrado en forma negligente o ineficaz; o que la destinación del Patrimonio Público no haya atendido a lo previsto en la normativa y que, en virtud de ello, se produzca su mengua.

Estudio del caso

Conforme a los hechos planteados en la demanda, la vulneración de los derechos colectivos previamente señalados, se presenta debido a que la Agencia Nacional de Infraestructura y Concesiones CCFC S.A.S., no han construido la variante del Barrio Cartagenita en el marco del Contrato de Concesión No. 937 del 30 de junio de 1995, que tiene por objeto la construcción de la doble calzada de la vía Fontibón-Facatativá-Los Alpes. Por su parte, tanto la Agencia Nacional de Infraestructura como Concesiones CCFC S.A.S., solicitaron que se denegaran las pretensiones de la demanda, fundamentándose principalmente para ello, en que no puede imputárseles responsabilidad por la vulneración de los derechos colectivos, toda vez que el Contrato de Concesión No. 937 de 1995 se ha ejecutado en la medida de lo posible. No obstante, las obras de la Fase II del mencionado contrato no se han podido concluir, pues las mismas, de acuerdo con el Contrato Modificatorio del 28 de septiembre de 2001 están sometidas al cumplimiento del pago de los peajes por parte de las comunidades de los municipios cercanos, esto es, que serían financiados con los excedentes del recaudo del peaje a favor de la ANI.

De otro lado, Concesiones CCFC S.A.S, propuso como argumentos de defensa los siguientes: i) cumplimiento de las obligaciones contractuales; y ii) los derechos colectivos alegados por los accionantes, no están siendo vulnerados.

La Sala procederá, en primer orden, a revisar los medios probatorios con los que se cuenta.

Contrato de Concesión No. 937 de 1997 (Fls. 40 a 51 Cuaderno No. 2)

Este contrato fue suscrito inicialmente por el INVIAS y CONCESIONES CCFC S.A.; posteriormente, mediante Resolución No. 3780 del 26 de septiembre de 2003, el contrato fue cedido y subrogado por parte del INVIAS en favor del Instituto Nacional de Concesiones, INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, ANI.

El objeto del contrato mencionado es: *“Realizar por el Sistema de Concesión los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Santafé de Bogotá (Fontibón)- Facatativá- Los Alpes, del tramo 08, de la Ruta 50, en el Departamento de Cundinamarca.”*

En la Cláusula Quinta del contrato, se estipuló que la forma de remuneración del mismo, se iba a realizar mediante el recaudo del peaje correspondiente a la caseta de la Estación Tres Esquinas.

Se acordaron las siguientes obligaciones para el Concesionario *“a) la financiación total del proyecto, incluidos los costos de la interventoría del INV y los costos de la adquisición de predios para la zona de carretera, según los procedimientos descritos en el numeral 1.11 y 1.12 de los pliegos de condiciones; b) El diseño definitivo del proyecto de acuerdo con la información técnica suministrada en los pliegos de condiciones; c) La construcción de las obras, de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por el CONCESIONARIO; d) el suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos, de acuerdo con el diseño para construcción y operación elaborado por el CONCESIONARIO; e) la puesta en funcionamiento del sistema vial; f) el recaudo del peaje de las casetas indicadas en la cláusula quinta del presente contrato; g) Los trabajos de*

conservación, reparación y reconstrucción necesarios para mantener el proyecto en los niveles de servicio establecidos en la Cláusula Vigésima Quinta del presente contrato; h) Todas las actividades necesarias para la construcción, operación y entrega de las obras en buen estado, en un todo.”.

Por su parte, la interventoría del contrato, de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Séptima del contrato, correspondía al INVIAS, hoy ANI, de conformidad con la cesión del contrato.

Acuerdo en relación con el Contrato de Concesión No 937 de 1995, del 14 de agosto de 1998 (FIs.54 a 59 Cuaderno No. 2)

El 14 de agosto de 1998, se suscribió por parte del INVIAS y del Concesionario en mención un Acuerdo al Contrato de Concesión No. 937 de 1995. A través del mismo, el INVIAS cedió a la sociedad concesionaria los derechos de recaudo del peaje correspondientes las casetas que a continuación se enuncian, y a partir de los meses indicados: i) el cobro de la Estación Corzo, a partir del mes 18 del inicio de la etapa de construcción: ii) el cobro de la Estación Río Bogotá, a partir del mes 8 del inicio de la etapa de construcción.

Acta de Acuerdo correspondiente a la Concesión Fontibón-Facatativá- Los Alpes, del 9 de diciembre de 1998 (FIs. 60 a 62)

El 9 de diciembre de 1998, se suscribió por parte del Director General del Instituto de Vías, del Gobernador de Cundinamarca, de los Alcaldes de Funza, Mosquera, Madrid y Facatativá, el Presidente del Concejo de Mosquera, el Presidente del Concejo de Funza, el Subdirector de Concesiones del INVIAS y el Jefe de Concesiones de la Gobernación de Cundinamarca, un Acta de Acuerdo al Contrato de Concesión mencionado, en la que se convino la realización de una serie de obras adicionales, entre ellas, el diseño y construcción de una nueva variante

para el Municipio de Facatativá y la construcción de la Ciclovía Mosquera-Facatativá.

Contrato Modificatorio al Contrato de Concesión No. 937 de 1995, del 28 de septiembre de 2001 (Fls. 110 a 123)

Mediante el mencionado contrato modificatorio, las partes acordaron que las obras se ejecutarían en dos fases.

“FASE I: Corresponde a las obras de rehabilitación de las calzadas existentes y a la construcción de la variante de Madrid en calzada sencilla y la correspondientes intersecciones y retorno, tal y como están diseñadas en los planos relacionados en el ANEXO 2, debidamente aprobados por el INTERVENTOR , así como con la especificación y precio unitario del Ítem de fresado aprobado por EL INSTITUTO, por ser un ítem no previsto inicialmente en el Contrato de conformidad con el ANEXO 3, anexos que forman parte del presente documento.

FASE II: Corresponde a las demás obras incluidas en los diseños definitivos, especificaciones técnicas, planos y alcances originalmente pactados por EL INSTITUTO a través del INTERVENTOR, diferentes a las incluidas en el alcance de la FASE I descrito en el literal anterior.”.

De igual manera, se estableció que la ejecución de las obras establecidas en la Fase II, estarían sujetas al consentimiento favorable de las comunidades del área de influencia del Proyecto, del cobro efectivo de los peajes (Literal D, letra a, numerales 1 y 2). Igualmente, que las obras de la mencionada fase no se consideran como pertenecientes a la Etapa de Construcción y, por lo tanto, durante la ejecución el concesionario estaría plenamente habilitado para cobrar las tarifas de la Etapa de operación, siempre y cuando las obras correspondientes a la Fase I hayan sido terminadas y debidamente entregadas, según lo acordado en dicho contrato.

Igualmente, las partes aclararon que el sitio hasta donde se extienden el proyecto de concesión, en el sector de los Alpes, es la abscisa KM 38+300 de la vía Fontibón-Facatativá- Los Alpes.

Finalmente, en lo que se refiere a las obras de la Fase II, se estableció que el plazo previsto para la etapa de construcción es de dieciocho (18) meses, contados a partir de la firma del Acta de iniciación de la mencionada etapa.

Otrosí No. 9 del 17 de diciembre de 2014

En dicho Otrosí, se prescindió de las condiciones previstas en la Cláusula Primera, literal D, letra a, numerales 1 y 2 del Contrato Modificadorio al Contrato del 28 de septiembre de 2001; y se convino en ampliar el plazo de la etapa de operación del contrato hasta el 19 de septiembre de 2031.

Las partes acordaron ejecutar, entre otras, la construcción de la segunda calzada desde el peaje Corzo hasta la entrada al municipio de Facatativá en los siguientes sectores: C1 Desde el PK 16 +850 al PK 20+900 y C2 Desde el PK 20 +900 al PK22+800

Modificadorio No. 2 al Otrosí No.9 del Contrato de Concesión No. 937 de 1997 (Fls. 269 a 277)

En dicho documento, las partes adicionaron obras, entre la que se encuentran *“los ajustes a los estudios y diseños y la construcción de un enlace a nivel en la intersección de Cartagenita hacia Zipacón en el PK22+980 al PK23+163 incluyendo la construcción de la segunda calzada desde el PK22+800 al PK22+980.”*

Memorando No. 2019-306-002767 del 13 de febrero de 2019 de la ANI (Fl. 238 a 247)

De otro lado, en cumplimiento de lo ordenado en la Audiencia de Pacto de Cumplimiento, se allegó un informe elaborado por la Interventoría y por la Supervisión del Contrato de Concesión No. 937 de 1995.

Informe de interventoría. De folios 244 a 247 obra el informe del Consorcio Intersabana (Interventor del proyecto), en el que se señaló lo siguiente.

i) Las obras de la Fase II, serán remuneradas con los recursos que provengan del recaudo de peaje a los usuarios de la Categoría Especial y de los saldos que resulten del proceso de adquisición predial, o por medio de otras fuentes que las partes acuerden.

ii) Para la ejecución de las obras del Otrosí No. 9, se cuenta con el 86% de los predios requeridos y los faltantes serán adquiridos por el concesionario, costo sufragado por él mismo.

iii) El 18 de septiembre de 2018, se firmó el acta de entrega de las obras correspondientes al Otrosí No.9. Se entregaron y recibieron a satisfacción las partes correspondientes S las obras definidas en la primera etapa, quedando pendiente por ejecutar recursos de la gestión socio-predial y ambiental.

iv) El 25 de octubre de 2018, se realizó una Mesa de Trabajo con participación de la ANI, Concesiones CCFC S.A.S. y el Consorcio Intersabana (interventor del proyecto), para compartir con la comunidad la información relacionada con las obras de construcción de la variante Cartagenita y la Segunda Calzada Carrera 1 Facatativá.

v) Según los impactos prediales, para la ejecución de la variante Cartagenita y la Segunda Calzada Carrera 1 Facatativá, el Concesionario reporta que se requiere de 52 predios, de los cuales 35 se encuentran adquiridos, es decir, se cuenta con el 67% de los predios.

En cuanto a la estimación del tiempo requerido para la culminación de las obras, señaló que según el acta de reducción de plazo No. 5 del 15 de enero de 2019, la fecha de finalización de la etapa de Operación y

Mantenimiento del Proyecto se encuentra proyectada para el 12 de mayo de 2024; por lo tanto, contractualmente esta será la fecha límite para ejecutar las obras de la Etapa Subsiguiente, y las que se adicionen.

Informe de Supervisión. Al revisar el documento, se reiteran los argumentos expuestos por la ANI en la contestación de la demanda, esto es, se reitera que la financiación de las obras de la Fase II, quedó condicionada al reconocimiento y pago de peajes por parte de las comunidades cercanas al proyecto.

De otro lado, señaló que con respecto a las obras definidas en la Primera Etapa del Otrosí No. 9, las mismas finalizaron en el mes de diciembre de 2017 y que se verificó el cumplimiento de los cronogramas previstos.

Finalmente, en relación con la pregunta del tiempo estimado para culminar con la ejecución de las obras del proyecto, en especial las del Tramo II, señaló que la finalización de las mismas dependerá de la existencia de recursos excedentes en el Proyecto.

Análisis de los medios de prueba

A partir de los documentos que obran dentro del expediente, la Sala concluye que no se advierte la vulneración de los derechos colectivos que la parte actora aduce, por las razones que se pasan a exponer.

El Contrato de Concesión No. 937 de 1995, como ha quedado establecido a lo largo de esta providencia, ha sido objeto de varias modificaciones, y las partes han suscrito otrosíes, entre otros fines, con cuestiones relacionadas con la vía objeto de análisis en el marco de la presente acción popular.

Si bien en las contestaciones de la demanda las argumentaron en su defensa el Contrato Modificatorio al Contrato de Concesión, suscrito el 28

de septiembre de 2001, en el que las partes decidieron dividir las obras del proyecto en dos fases; lo cierto es que la variante del Barrio Cartagenita se estableció como una obra subsiguiente en el Modificadorio No. 2 del otrosí No. 9, en el que se pactó como una nueva obra la correspondiente a: *“los ajustes a los estudios y diseños y la construcción de un enlace a nivel en la intersección de Cartagenita hacia Zipacón en el PK22+980 al PK23+163 incluyendo la construcción de la segunda calzada desde el PK22+800 al PK22+980.”*

En este sentido, no es cierto, como lo indicó la parte actora en la demanda y en la Audiencia de Pacto de Cumplimiento, que la obra de la doble calzada que cruza el Barrio Cartagenita de Facatativá, haya sido establecida desde el Contrato de Concesión, en su versión inicial, sino que, se reitera, la misma se introdujo mediante el Modificadorio No. 2 del otrosí No. 9.

Ahora bien, es de gran importancia el contrato modificadorio al Contrato de Concesión del 28 de septiembre de 2001, pues allí se estipula que las obras de la Fase II, corresponden a *“las demás obras incluidas en los diseños definitivos, especificaciones técnicas, planos y alcances originalmente pactados por EL INSTITUTO a través del INTERVENTOR, diferentes a las incluidas en el alcance de la FASE I.”*

Es decir, que en dicho grupo estaría la construcción de la doble calzada de la vía a la altura del Barrio Cartagenita de Facatativá; y que el financiamiento de la misma, estaría sujeta al recaudo de dineros percibidos en los peajes; que fueron entregados por el INVIAS (entidad que había suscrito el contrato inicialmente) a la sociedad concesionaria, mediante el Acuerdo al Contrato de Concesión No. 937 de 1995, del 14 de agosto de 1998.

En cuanto al término de la etapa de operación del contrato, en el Otrosí No.9 del Contrato de Concesión, se estableció que el mismo iría hasta el

19 de septiembre de 2031; y de acuerdo con lo informado por el consorcio que tiene a su cargo la Interventoría del proyecto, el 12 de mayo de 2024 es la fecha límite para la ejecución de las obras de la etapa subsiguiente, relacionadas en el otrosí No. 9 y su modificatorio.

En lo que tiene que ver específicamente con la construcción de la variante del Barrio Cartagenita de Facatativá y la construcción de la segunda calzada-carrera 1 de Facatativá, de acuerdo con lo informado por el Interventor, se encuentra en un avance del 67% en lo que tiene que ver con la adquisición de predios y **además el Consorcio CCFC S.A.S., cuenta con liquidez para atender las obligaciones del proyecto (FI.247).**

Visto lo anterior, a juicio de este Tribunal, la Agencia Nacional de Infraestructura y Concesiones CCFC S.A.S. no han vulnerado ni amenazado los derechos colectivos invocados en la demanda, por cuanto a la fecha no se ha construido la variante del Barrio Cartagenita en el marco del Contrato de Concesión No. 937 de 30 de junio de 1995, celebrado entre el INVIAS y el Concesionario CCFC S.A.S., que tiene por objeto la construcción de la doble calzada de la vía Fontibón-Facatativá-Los Alpes.

Lo anterior, porque de acuerdo con los medios de prueba que obran en el expediente, las obras que se han ido adicionando al Contrato de Concesión No. 937 de 1997, como es la de la construcción de la doble calzada y la variante del Barrio Cartagenita de Facatativá, se han venido realizando según las condiciones convenidas por las partes, muestra de ello es que para la ejecución de la obra mencionada, los trámites de adquisición de predios se han adelantado en un 67%, y se cuenta con la disponibilidad presupuestal para continuar con la ejecución del proyecto.

Se agrega a lo anterior, que de acuerdo con los términos pactados en el Otrosí No. 9, para la operación del contrato, y de según la información

suministrada por el Interventor, las obras se están desarrollando dentro de los plazos previstos, pues se estima que la fecha de finalización de la etapa de operación y mantenimiento sea en el 2024.

Por su parte, la Agencia Nacional de Infraestructura, como Supervisora del contrato, de acuerdo con los medios de prueba que obran en el expediente, ha desplegado un constante seguimiento en relación con la ejecución de las obras proyectadas en el Contrato de Concesión No. 937 de 1995 y sus modificaciones, a partir de la cesión del mismo, desde el año 2003.

Por las razones expuestas, se negarán las pretensiones de la demanda, pues no obra dentro del expediente prueba que permita afirmar con certeza la vulneración de los derechos colectivos aducidos en la demanda, por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura y de Concesiones CCFC S.A.S., con respecto a la construcción de la variante del Barrio Cartagenita de Facatativá, en el marco del Contrato de Concesión No. 937 de 1995.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "A"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- NIÉGASE la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por CONCESIONES CCFC S.A.S.

SEGUNDO.- DECLÁRESE la prosperidad de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Instituto Nacional de

Vías.

TERCERO.- NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CUARTO.- En firme esta providencia, por Secretaría, **ENVÍESE** copia de la misma al Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo, de conformidad con el artículo 80 de la Ley 472 de 1998 y archívese el expediente, previas las constancias y anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

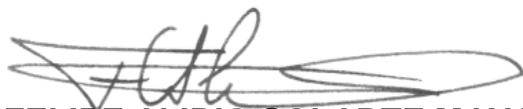
Discutido y aprobado en Sala de la fecha.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado