



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO INTERLOCUTORIO N° 2020-11-446-AG

Bogotá D.C. Once (11) de Noviembre de 2020.

Expediente	: 25-000-2341-000-2016-01951-00
Medio de Control	: REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS IRROGADOS A UN GRUPO
Demandante	: YURANI MONTERO LOZANO Y OTRAS
Demandado	: NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC), UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS
Tema	: Condiciones de Hacinamiento y connatural vulneración a los derechos humanos de las reclusas de la Cárcel Nacional de Mujeres “El Buen Pastor” Bogotá D.C. (Pabellones 1 a 7 / Recluidas desde el 28 de junio de 2013 hasta el 19 de septiembre de 2016)
Asunto	: Acumulación al grupo Actor.
Magistrado Ponente	: Dr. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN.

Vista la constancia secretarial que antecede, procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud del apoderado judicial de la parte actora respecto de la acumulación de procesos 2016-1951 y 2016-639, previas los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

La demanda radicada tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad de la NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC), UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS, por las condiciones de hacinamiento y connatural vulneración a derechos humanos de las reclusas de la Cárcel Nacional de Mujeres “El Buen Pastor” Bogotá (Pabellones 1 a 7 / Recluidas desde el 28 de junio de 2013 hasta el 19 de septiembre de 2016).

Así mismo, pretende el reconocimiento y pago de perjuicios inmateriales en la modalidad de morales y afectación al disfrute de derechos constitucionales, y perjuicios materiales en la tipología de lucro cesante y daño emergente.

A través de auto interlocutorio 2017-03-098 AG se admitió la demanda y se ordenó correr los respectivos traslados, por lo que mediante escrito radicado el

día 9 de junio y 17 de julio de 2017 la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios.

Posteriormente, mediante oficio del 1 de diciembre de 2017 el apoderado del grupo actor radicó ante esta Magistratura solicitud de acumulación dos acciones de grupo identificadas bajo los números 2016-1951 y 2016-639, como quiera que a su juicio las dos estaban fundamentadas en una causa común.

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta los expedientes que cursan en distintos Despachos Judiciales, el peticionario debió cumplir con los requisitos previstos en el inciso 2 del artículo 150 del Código General del Proceso, es decir indicar con precisión el estado en que se encuentren y aportar copia de las demandas con que fueron promovidos, por lo que a través de auto de sustanciación No. 2018-01-004AG se requirió al apoderado judicial del extremo actor para allegara copias de la demanda y escritos de subsanación si los hubiere, que obren en el proceso con radicado N°2016-639-01 y se solicitó al Despacho del Magistrado Dr. Oscar Armando Dimaté Cárdenas, información relacionada con el estado de dicho proceso que cursa bajo el radicado N°2016-639-01 y su fecha de admisión, así como sobre los criterios homogéneos que reúnen los integrantes del grupo actor.

Revisado el expediente se evidencia que a folios 269 a 306, 310 a 311 del cuaderno principal obran las copias solicitadas correspondiente al líbello radicado por Fernando Pardo Gálvez, oficio suscrito por el doctor Oscar Armando Dimaté en donde se certifica el estado del proceso 2016-639-01.

Para resolver, el despacho desarrolla las siguientes

II. CONSIDERACIONES:

2.1 Improcedencia de la acumulación de procesos en los medios de control de la reparación de los perjuicios irrogados a un grupo.

La Ley 472 de 1998, cuerpo normativo que regula las acciones de grupo no contempla la figura de acumulación de procesos, sin embargo, en su artículo 55 establece que quienes hubieren sufrido perjuicios por los mismos hechos que originan la demanda radicada pueden **adherirse** a esta antes de la apertura a pruebas o dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia.

En efecto, la norma en cita preceptúa:

"ARTÍCULO 55. INTEGRACIÓN AL GRUPO. Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo. Quien no concurra al proceso podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior,

pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas.

La integración de nuevos miembros al grupo, con posterioridad a la sentencia, no incrementará el monto de la indemnización contenida en ella.

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo." (se resalta).

Así las cosas, se resalta que el medio de control de indemnización perjuicios irrogados a un grupo se ha entendido como una **acción única**, esto es, las personas que resulten afectadas como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades, pueden acudir ante al juez, para que se indemnice el daño que les ha sido ocasionado, por lo tanto, no debe haber pluralidad de este tipo de acciones derivadas de la misma causa, puesto que ello desnaturaliza su propia naturaleza.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“Los efectos de la decisión del a-quo no tenían el alcance que le fue dado, porque el último inciso del artículo 55 de la Ley 472 de 1998 señala expresamente las consecuencias de la acumulación en las acciones de grupo. Si bien la norma transcrita se refiere a las acciones individuales, es perfectamente aplicable también cuando personas diferentes, pero pertenecientes al mismo grupo, han iniciado en forma separada acciones de clase, con la misma finalidad. Es claro que si es posible acumular acciones indemnizatorias individuales de integrantes del mismo sector de la población que se vio afectado por los hechos que originaron la acción de grupo, con mayor razón es posible acumular las diferentes acciones de grupo que se adelanten en las mismas circunstancias. Adicionalmente, porque aún si no se acumulan, la decisión de la acción de grupo afectará los demás procesos que se adelanten, individuales o de clase, en los que no exista la manifestación expresa de la intención de excluirse, como lo dispone el artículo 66 de la Ley 472 de 1998. Sin embargo, la consecuencia de la acumulación no puede ser la acogida por el Tribunal, sino que debe atenderse a lo previsto en el último inciso del artículo 55 de la ley 472 de 1998 que se transcribió anteriormente, es decir, que los interesados ingresan al grupo, termina la tramitación de la acción que adelantan y se acogen a los resultados del proceso. Como el proceso AG-00-001 se acumuló al AG-002, la consecuencia prevista por el último inciso del artículo 55 de la Ley 472 de 1998, es la terminación de proceso AG-00-001 y la integración al grupo de las personas que se reconocieron como actores en esta acción de clase, quienes se acogerán a los resultados del proceso AG-002 por ser el más antiguo haciéndose parte en el estado en que este se encuentre. Tratándose de este tipo de acciones constitucionales, no son aplicables los incisos 3° y 5° del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, porque la Ley 472 de 1998 contiene

en su artículo 55 una norma que expresamente regula el trámite de la acumulación.¹”

De conformidad con la jurisprudencia trascrita se tiene que ante la pluralidad de acciones de grupo por la misma causa generadora del daño, se debe proceder según los siguientes parámetros:

a) La acción de grupo derivada de una causa única de la reparación de los perjuicios reclamados debe ser tramitada en un solo expediente, ya que la acción de grupo es única.

b) La acción que prevalece frente a las demás y que por lo tanto determina las reglas de la competencia será aquella en la que primero se dio cumplimiento a la publicación ordenada en el artículo 53 de la Ley 472 de 1998 para que los integrantes del grupo puedan concurrir a ella.

c) El despacho de conocimiento adecuará el trámite en punto de determinar que las acciones de grupo o las acciones individuales que se hayan tramitado en proceso separado, deban ser terminadas en los términos del artículo 55 de la Ley 472 de 1998.

d) La conformación del grupo se hará en los términos señalados por el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, esto es, siempre que en la única acción de grupo no se hubiese decretado pruebas.

En ese orden de ideas, queda claro que ante la pluralidad de demandas que tengan el mismo fundamento de responsabilidad y que pretendan la misma indemnización lo procedente no es ordenar su acumulación sino analizar la integración de un grupo a otro, tal y como la ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(…)

La acumulación de procesos es una figura jurídica que obedece a la economía procesal, y tiene como consecuencia el trámite de dos o más procesos mediante uno solo, siempre que sus pretensiones hayan podido acumularse en una sola demanda, que el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, y que los procesos se encuentren en la misma instancia. Conforme al artículo 158 de Código de Procedimiento Civil, el juez que decreta la acumulación es el mismo que tendrá el conocimiento de los procesos acumulados. En el sub lite, el Tribunal del Quindío decretó una acumulación que no se corresponde con la normativa del C. de P. C. Por otro lado, si en gracia de discusión se admitiera que el Tribunal tenía competencia para decretar la acumulación, y que ésta se practicó en debida forma, es de importancia destacar que la mencionada figura procesal no opera en las acciones de grupo, puesto que éstas, por su finalidad, son ajenas a la posibilidad de la existencia de varios procesos que estén fundamentados en daños provenientes de una causa común, como se deduce claramente de los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998. Así pues, la acumulación de procesos no es una institución aplicable

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia de 1 de febrero de 2002, expediente 25000-23-24-000-1999-0528-01 (AG-002), Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz.

en este tipo de acciones, salvo el caso del inciso 3° del artículo 55 de la ley 472 de 1998, que permite - previa solicitud del interesado- la acumulación de una acción individual que se adelante por los mismos hechos a la acción de grupo, caso en el cual concluirá la acción individual y los demandantes en este último proceso se acogerán a los resultados de la acción de grupo. Lo anterior encuentra su razón en la unidad del grupo, ya que, no pueden existir varios sub-grupos que hayan sufrido daños de una causa común, lo contrario desnaturaliza el propósito de la acción misma. Es por ello que no pueden existir dos o más procesos que versen sobre los mismos hechos y causas, ya que la finalidad de la acción de grupo es que exista una sola sentencia, sin desmedro, se reitera, de la acción ejercida de forma individual. Por consiguiente, el Tribunal Administrativo del Quindío, no sólo no tenía competencia para decretar la acumulación de procesos, sino que además lo hizo respecto de una acción que no lo admite. Es menester, además, clarificar la figura del agotamiento de la jurisdicción, como quiera que se trata de una teoría desarrollada por la Sección Tercera de esta Corporación aplicable al trámite de las acciones populares, que opera cuando se presenta una demanda en ejercicio de la acción popular, y al tiempo coexiste otra con el mismo objeto y que ya fue notificada al demandado. En tal virtud, la aplicación a los juicios de acciones populares del instituto del agotamiento de jurisdicción pretende impedir la coexistencia de procesos paralelos en tanto ello entraña una amenaza latente a la igualdad en la aplicación de la ley dado el grave riesgo de decisiones contradictorias. La razón por la que el agotamiento de la jurisdicción opera en acciones populares reside en la naturaleza misma de la acción, dado que encarna la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos. Así pues, cuando un ciudadano ejerce la acción popular lo está haciendo en representación de toda la comunidad. Por otro lado, en la acción de grupo no puede operar este fenómeno, pues ello devendría en una violación del derecho al acceso a la administración de justicia de las personas que han sufrido daños provenientes de una causa común, por tal motivo lo que debe hacer el juez en el evento de existir dos demandas con el mismo objeto, en ejercicio de la acción de grupo, es procurar la integración del grupo, en los términos del artículo 55 de la ley 472 de 1998² (...)” (Negritillas fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, resulta entonces improcedente analizar la solicitud del apoderado del grupo actor en el sentido de ordenar la acumulación de los procesos 2016-1951 y 2016-639, que cursan en los Despachos del suscrito y del Dr. Oscar Armando Dimaté, respectivamente. No obstante, como quiera que dada la naturaleza del medio de control aquí analizado no permite la existencia existir varios sub-grupos que hayan sufrido daños de una causa común y que reclamen su indemnización, se analizará si lo que corresponde es ordenar la integración al grupo de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, de los procesos en mención de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998.

² Consejo de Estado Sección Tercera C.P Enrique Gil Botero, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00560-00(AG), Actor: Adrián Esteban González y Otros, Demandado: Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica y Otros.

2.2 Integración al Grupo Actor

En ese orden de ideas, corresponde determinar si en los términos de que trata el artículo 55 de la Ley 472 de 1998 es procedente o no ordenar la integración del grupo de quienes forman parte del expediente radicado 25000234100020160195100, a el proceso que se tramita en el despacho del Dr. Oscar Armando Dimaté bajo el radicado 11001334204720160063901.

Para lo cual confrontará la información que se tiene respecto de las dos demandas de grupo, es decir, la que actualmente se tramita en este Despacho (radicado: 25000234100020160195100) y la que fue repartida a la del Dr. Oscar Armando Dimaté (radicado: 11001334204720160063901).

ACCIÓN DE GRUPO 11001334204720160063901	Acción de Grupo de 25000234100020160195100
CALIDADES DEL GRUPO ACTOR: <u>Reclusas de la Cárcel del Buen Pastor de la ciudad de Bogotá que han permanecido allí desde septiembre de 2014 a septiembre de 2016.</u>	CALIDADES DEL GRUPO ACTOR: - Mujeres privadas de la libertad, condenadas o sindicadas, que permanecen en la cárcel del Buen Pastor de Bogotá (pabellones 1 a 7) y padecen de hacinamiento desde el 28 de junio de 2013 y hasta la fecha de presentación de la demanda. - Familiares más próximos de las internas privadas de la libertad que actualmente sufren de hacinamiento carcelario en el Establecimiento de Reclusión El Buen Pastor, esto es: padres, madres, esposo, compañero, hijos y hermanos. - Mujeres que al momento de presentar la demanda, y sin superar el término de 2 años, hayan recuperado su libertad por pena cumplida, subrogado penal, sustitución de medida de aseguramiento o habeas corpus, pero que durante el tiempo de su reclusión en la Cárcel del Buen Pastor padecieron de hacinamiento. - Familiares de las mujeres que al momento de presentar la demanda, y sin superar el término de 2 años, hayan recuperado su libertad, pero que durante el tiempo de su reclusión en la Cárcel del Buen Pastor padecieron de hacinamiento, esto es: padres, madres, esposo, compañero, hijos y hermanos. - Mujeres que al momento de presentar la demanda y sin superar el término de 2 años, hayan sido reubicadas en otro establecimiento penitenciario, pero que durante el tiempo de su reclusión en la Cárcel

ENTIDADES DEMANDADAS: NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC), UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD: Declaratoria de responsabilidad y Reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios ocasionados a (...) <i>las víctimas del sistema carcelario colombiano en especial, ciertas cárceles y penitenciarias que se caracterizan por el extremo hacinamiento</i> (...) (fl. 11). Cabe resaltar que, mediante auto del 16 de marzo de 2017, se dejó claro que el medio de control de suscribía a las circunstancias de la Cárcel del Buen Pastor.	del Buen Pastor padecieron de hacinamiento ENTIDADES DEMANDADAS: NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC), UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD: Declaratoria de responsabilidad y Reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios ocasionados por las condiciones de hacinamiento y connatural vulneración a derechos humanos de las reclusas de la Cárcel Nacional de Mujeres “El Buen Pastor” Bogotá (Pabellones 1 a 7 / Recluidas desde el 28 de junio de 2013 hasta el 19 de septiembre de 2016). Lo anterior debido a (...) <u>“la falta de una política criminal de Estado</u> en razón a las constantes modificaciones al Código Penal y ninguna de ellas disminuye penas, por el contrario, se han creado nuevos tipos penales, endurecimiento de penas el cambio del carácter de querellables a conciliables y desistibles, a delitos con pena privativa de la libertad, exclusión de beneficios y subrogados penales y de exclusión de beneficios y subrogados penales, conllevando a un incremento de penas y por consiguiente un aumento de la población carcelaria ante una infraestructura física no acorde con las nuevas realidades incurriendo en el famoso populismo punitivo. De otra parte la <u>falta de control en la ejecución del presupuesto carcelario</u> hace que se complique la vida digna de las internas del penal, dado que como se explica un trabajador colombiano con mucho sacrificio sostiene a su familia con el salario mínimo pagando arriendo y con un núcleo familiar de tres personas del Estado con la destinación de más de un millón de pesos aproximadamente mensual tenga en situación de indignidad a las reclusas; porque lo que calificó la situación a presuntos actos de corrupción que hace que no reciban un alimentación digna y los kits del mínimo vital. A lo que se suma <u>la falta de atención en salud por que la EPS Caprecon</u> no atiende a las pacientes internas dado que la corrupción la puso en estado de liquidación.
---	--

	Respecto a la infraestructura pese a la sobrepoblación carcelaria no ha hecho adecuaciones para garantizar que las internas pueden tener sus cómodas celdas. Al igual que las del pabellón ocho. La falla en el servicio igualmente es ocasionado por <u>la falta de personal de custodia</u> que permita un trabajo de resocialización personalizado y personal administrativo que permita tramitar las peticiones de las internas. Pero la cosa no queda aquí la mentalidad de los jueces carceleros que consideran que la medida intramuros es la única opción para resocializar al infractor de la ley penal. (Subsanación de la demanda allegada en copia al proceso de la referencia).”
PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA: 1) <i>Que se declare que la Nación, a través del ministerio de Justicia y del Derecho, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios y el Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC) <u>son responsables de todos los perjuicios morales causados a los Internos por el extremado hacinamiento carcelario que se registra en gran parte de los establecimientos</u></i> 2) <i>Como consecuencia de lo anterior se condene a los demandados a pagar a cada interno el valor que se determine en pesos colombianos (...)</i>”. (fls. 4 y 5)	PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA: PRIMERA. Declarar la responsabilidad administrativa y patrimonialmente POR EL HACINAMIENTO CARCELARIO y VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS a las internas de la cárcel de MUJERES DE BOGOTÁ EL BUEN PASTOR, A LA NACIÓN COLOMBIANA MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO “INPEC”, UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS; por el trato degradante que dan al grupo de internas actoras y demás internas que constituye una vulneración de los derechos humanos y demás derechos constitucionales, no solamente al grupo de personas privadas de la libertad en establecimiento carcelario, sino de sus familiares cercanos o más próximos como padre, madre hermanos, hijos esposo o compañeros permanentes quienes por las condiciones degradantes en que el Estado Colombiano, tiene a las reclusas padecen sufrimiento moral, aflicción , depresión en la media que a las internas se les está vulnerando los derechos a la VIDA DIGNA, DERECHO A LA INTIMIDAD, INTIMIDAD FAMILIAR, A LA RECREACIÓN Y LIBRE UTILIZACIÓN DEL TIEMPO LIBRE DE TODOS LOS RECLUSOS, DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, AMBIENTE SANO EN CENTRO DE RECLUSION , DERECHO A LA VISITA CONYUGAL. DERECHO A LA NO DISCRIMINACION SEXUAL, LIBERTAD PROCREATIVA, MATERNIDAD Y CONTROL NATAL, PROTECCIÓN A LA DIGNIDAD HUMANA, DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR, DERECHO A QUE SU RACIÓN ALIMENTARIA SEA BALANCEADA Y NO SEA DISMINUIDA,EL DERECH O A NO SER TORTURADO POR AGUANTAR HAMBRE,, PROTECCIÓN A LA MUJER EMBARAZADA Y MADRE DETENIDA EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO, DERECHO AL TRABAJO..DERECHO DE PETICIÓN, DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION,

	ENSEÑANZA, EJERCICIO DE LA CATEDRA,, PROTECCION DEL DEBIDO PROCESO POR LA TARDANZA EN PRESENTACION DE RECURSOS CONTRA SENTENCIAS CONDENATORIAS Y DESICIONES JUDICILAES Y ADMINISTRATIVAS, DERECHO A LA RESOCIALIZACION EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS. DERECHO A LA SEGUIRDAD Y TRANQUILDAD DE LOS SINDICADOS Y CONDENADOS Y CON ELLO LA GENERACIÓN DE INMINENTE RIESGO DEL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS POLITICOS, CULTURALES Y SOCIALES. UTILIZACIÓN DEL TIEMPO LIBRE, RECREACIÓN ETC. SEGUNDA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones condenar a la NACION, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC", UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS A reparar integralmente al grupo de internas demandantes YURANI MONTERO LOZANO, presa por delitos políticos , NIRA ESTER FABREGAS MAZA , PAULA ANDREA GONZALEZ VARGAS, DORA OLIVEROS AVILA, DIANA MARIA PEÑALOZA, DIANA JASMIN NAVARRETE, LUZ MERY PINZON LOPEZ Y A LAS DEMAS MUJRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD DE LA CARCEL DE MUJERES EL BUEN PASTOR y a las personas que se integren al grupo y/o a las personas que se acojan a los efectos de la sentencia, por la afectación....del disfrútele los derechos constitucionales como el derecho a la VIDA , VIDA DIGNA, DERECHO A LA INTIMIDAD, ALA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, AMBIENTE SANO EN CENTRO DE RECLUSION, DERECHO A LA VISITA CONYUGAL. DERECHO A LA NO DISCRIMINACION SEXUAL, LIBERTAD PROCREATIVA, MATERNIDAD Y CONTROL NATAL, PROTECCIÓN A LA DIGNIDAD HUMANA, DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR, DERECHO A QUE SU RACIÓN ALIMENTARIA SEA BALANCEADA Y NO SEA DISMINUIDA, EL DERECHO A NO SER TORTURADO POR AGUANTAR HAMBRE, PROTECCIÓN A LA MUJER EMBARAZADA Y MADRE DETENIDA EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO, DERECHO AL TRABAJO.JDERECHO DE PETICIÓN, DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION, ENSEÑANZA, EJERCICIO DE LA CATEDRA, PROTECCION DEL DEBIDO PROCESO POR LA TARDANZA EN PRESENTACION DE RECURSOS CONTRA SENTENCIAS CONDENATORIAS Y DESICIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS, DERECHO A LA RESOCIALIZACION EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS. DERECHO A LA SEGUIRDAD Y TRANQUILDAD DE LOS SINDICADOS Y CONDENADOS Y CON ELLO LA GENERACIÓN DE INMINENTE RIESGO DEL DERECHO A LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS
--	---

	POLITICOS, CULTURALES Y SOCIALES. UTILIZACIÓN DEL TIEMPO, LIBRE RECREACIÓN ETC, <u>que se tasan en la suma de 20 S.M.M.U por concepto perjuicio moral para cada una de las internas que integran el grupo que han estado privadas de la libertad en condiciones de hacinamiento entre el 28 de junio de 2013 hasta la fecha de presentación de la demanda.</u> TERCERA. Como también se condene a pagar al grupo demandante por la afectación al disfrute de los derechos constitucionales al mínimo vital de las internas, por afectación del medio ambiente sano en el establecimiento carcelario, la vida digna, derecho a la intimidad familiar, buena alimentación y por no recibir el Kit de aseo y dormitorio los cuales taso en la asuma <u>de 20 SMLMV para cada integrante del grupo</u> y de las personas que están privadas de la libertad o que hayan recuperado y se adhieran a la demanda o se acojan a los efectos de la sentencia , para cada una de las internas que integran el grupo que han estado privadas de la libertad en condiciones de hacinamiento entre el 28 de junio de 2013 hasta la fecha de presentación de la demanda. CUARTO. Como consecuencia de las anteriores declaraciones condenar a la NACION, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC", UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS A <u>pagar los perjuicios materiales en la suma de 159.000 consistentes en daño emergente y lucro cesante</u> al grupo de internas demandantes YURANI MONTERO LOZANO, presa por delitos políticos, NIRA ESTER FABREGAS MAZA, PAULA ANDREA GONZALEZ VARGAS, DORA OLIVEROS AVILA, DIANA MARIA PEÑALOZA, DIANA JASMIN NAVARRETE, LUZ MERY PINZON LOPEZ Y A LAS DEMAS MUJRES PRIVADAS DE LA LIBERTAD DE LA CARCEL DE MUJERES EL BUEN PASTOR y a las personas que se integren al grupo y/o a las personas que se acojan a los efectos de la sentencia, porque no reciben el KIT de aseo cada tres meses y el Kit de dormitorio cada año que tiene un costo de \$150.000 según informe del INPEC, USPEC, en la sentencia 2013-2568 por el hacinamiento en la cárcel Modelo y que por tal razón tienen que acudir a que sus familiares les suministren, los cuales son radicados en la guardia y para luego ser entregados a sus destinatarios. Cuando es el INPEC y USPEC quienes deben asumir dicha carga. Frente a esta pretensión comedidamente
--	---

	solicito sirva oficiar a la Cárcel el Buen Pastor para que allegue la relación de implementos de aseo y para dormitorio que a diario radican los familiares de las internas del pabellón 1 a 7 desde el 28 de junio de 2013 hasta la fecha de presentación o admisión de la demanda. Y sobre todo los elementos radicados a favor de LAS INTERNAS YURANI MONTERO LOZANO, presa por delitos políticos, NIRA ESTER FABREGAS MAZA PAULA ANDREA GONZALEZ VARGAS, DORA OLIVEROS AVILA, DIANA MARIA PEÑALOZA, DIANA JASMIN NAVARRETE LUZ MERY PINZON LOPEZ. QUINTO. Igualmente como consecuencia de las anteriores declaraciones condenar a la NACION, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC", UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS <u>A reparar integralmente los perjuicios morales a los familiares más próximos de las INTERNAS</u> YURANI MONTERO LOZANO, presa por delitos políticos, NIRA ESTER FABREGAS MAZA, P^ULA ANDREA GONZALEZ VARGAS, DORA OLIVEROS AVILA, DIANA MARIA PEÑALOZA, DIANA JASMIN NAVARRETE LUZ MERY PINZON LOPEZ, <u>como madre, padre, hijos, esposo o compañero permanente de las internas integrantes del grupo que padecen hacinamiento carcelario o hayan padecido en cuantía de 10 SMMMLV.</u> Desde luego que la cuantía es inferir dado que estos familiares no padecen directamente el hacinamiento carcelario solo lo padecen cunado el día de visita a la cárcel; pero el daño moral se presume por las condiciones inhumanas o degradantes en que se encuentran sus parientes más próximos (fls. 418 a 421).
--	---

Como se advierte del cuadro comparativo, que por efectos metodológicos hemos desarrollado, no existe identidad de sujeto en ambos procesos toda vez que en el radicado **2016-1951** fungen como integrantes del grupo demandante, las mujeres de la Cárcel Nacional de Mujeres “El Buen Pastor” Bogotá (Pabellones 1 a 7 recluidas desde el 28 de junio de 2013 hasta el 19 de septiembre de 2016), aquellas que al momento de presentar la demanda, y sin superar el término de 2 años, hayan recuperado su libertad o hayan sido reubicadas en otro establecimiento penitenciario, así como su núcleo familiar más próximo esto es padres, madres, esposo, compañero, hijos y hermanos. Y en el expediente **206-693** únicamente las reclusas en el mencionado centro carcelario desde septiembre de 2014 a septiembre de 2016.

No obstante, como se explicitó en el cuadro comparativo (*ut supra*), tanto en el expediente **2016-1951** como en el **2016-693** fungen como demandados la NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC), UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS.

Adicionalmente si bien existe identidad de causa, toda vez en ambos procesos el daño se origina por las condiciones de hacinamiento que se presentan en la Cárcel Nacional de Mujeres del Buen Pastor, en el expediente **2016-693** dicho daño se predica exclusivamente de dicha situación mientras que en el proceso **2016-1951** el apoderado del grupo actor intenta explicar tanto los antecedentes que generan la sobre población carcelaria como las consecuencias de la misma que se derivan en violaciones a otros derechos fundamentales, así como otras problemáticas transversales del sistema carcelario, ampliando entonces los argumentos sobre el fundamento de responsabilidad estatal

Por último, se evidencia que no existe identidad de objeto, por cuanto lo que se pretende en el proceso radicado **2016-693** es el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios morales ocasionados por el hacinamiento carcelario de la Cárcel la Modelo a las mujeres allí recluidas durante septiembre de 2014 y septiembre de 2016. En tanto lo que las solicitudes en el expediente radicado **2015-1951** es el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios inmateriales y materiales en la tipología de lucro cesante y daño emergente generados por el hacinamiento carcelario y la violación de los derechos humanos en los patios 1 a 7 de la Cárcel la Modelo tanto a las mujeres que están recluidas o que estuvieron allí recluidas ese lapso, como a su núcleo familiar compuesto por padres, madres, esposo, compañero, hijos y hermanos. Se trata de procesos que aunque guardan similitud con el problema carcelario de hacinamiento, las circunstancias fácticas, las pretensiones, los integrantes y los tiempos de reclamación son diferentes.

Así las cosas, al no existir identidad de causa, objeto y sujeto entre los procesos radicados 25000234100020160195100 y 11001334204720160063901; no es procedente realizar la integración del grupo que presentó la demanda 2016-1951, al grupo que ha sido reconocido en el proceso 2016-693.

En mérito de lo expuesto,

III. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la solicitud de acumulación de procesos presentada por el apoderado del grupo actor, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DENEGAR la integración del grupo actor de la presente acción a aquella que se tramita en el Despacho del Dr. Oscar Armando Dimaté bajo el radicado 110013342047201600639-01

TERCERO: En forme esta providencia, regrese el expediente al Despacho para continuar con el trámite procesal correspondiente, resolver excepciones previas y fijar fecha de audiencia de conciliación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO INTERLOCUTORIO N° 2020-10-437 AP

Bogotá D.C. Seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE:	25-000-2341-000-2019-00588-00
MEDIO DE CONTROL:	ACCIÓN POPULAR
DEMANDANTE:	JOSÉ GREGORIO ZAPATA MIRANDA Y JUAN DAVID JIMÉNEZ MULFORD.
DEMANDADO:	AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y YUMA CONCESIONARA S.A
VINCULADOS:	MINISTERIO DE TRANSPORTE y JOSÉ ROBERTO PRIETO URIBE
TEMA:	Vulneración de los derechos a la moralidad administrativa, patrimonio público y acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna - <i>Ruta Del Sol Sector III</i>
ASUNTO:	RESUELVE MEDIDA CAUTELAR
MAGISTRADO PONENTE:	MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN.

Vista la constancia secretarial obrante a folio 123 del cuaderno de medida cautelar, procede el Despacho a efectuar pronunciamiento de fondo en torno a la solicitud de medida cautelar radicada por el extremo actor, previos los siguientes,

I. ANTECEDENTES:

El 3 de julio de 2019, los señores José Gregorio Zapata Miranda y Juan David Jiménez Mulford, en nombre propio, interponen acción popular por considerar vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna, tras estimar que los mismos han sido menoscabados por la Agencia Nacional de Infraestructura y por YUMA Concesionaria S.A., *“por la suscripción del contrato de concesión N°007 de 2010”*, cuyo objeto es *“el otorgamiento al concesionario de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y*

mejoramiento, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras en el sector comprendido entre San Roque-Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar - Valledupar, denominado sector 3 del proyecto vial Ruta del Sol.

Lo anterior, por cuanto a su juicio, dicho acuerdo de voluntades fue modificado por diversos otrosíes, entre ellos, el relacionado con la calzada del Puente de Plato, variación en la que tuvo incidencia José Roberto Prieto, quien es actualmente investigado por la Fiscalía General de la Nación por los delitos de tráfico de influencias, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito de particulares y falsedad en documento privado.

De otro lado, indican los actores populares que en la contraprestación fijada a través del contrato de concesión mencionado se incluyeron los ingresos de los peajes cobrados, no obstante, a pesar de los incumplimientos y paralizaciones generados por YUMA Concesionaria S.A., ésta continúa apropiándose de dichas sumas que finalmente son recursos públicos.
Como pretensiones de la demanda, solicita:

“PRIMERO.- Decrétese la suspensión provisional solicitada en el respectivo acápite.

SEGUNDO.- AMPARAR, los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, DECLARESE la suspensión definitiva del contrato de concesión N°007 de 2010.

CUARTO.- Se ordene por parte de este Tribunal las medidas necesarias para evitar la comisión de hechos tendientes a cercenar los derechos invocados en la presente acción popular”

Ahora bien, como quiera que con el escrito de demanda se elevó solicitud de medida cautelar, se torna pertinente adicionalmente, traer a colación el petitorio cautelar principal:

“PRIMERO: Que se suspenda provisionalmente los efectos del CONTRATO DE CONCESIÓN 007 DE 2010 suscrito entre INCO (hoy ANI) y YUMA CONCESIONARIA S.A.

SEGUNDO: Que se suspenda provisionalmente el cobro en todas las casetas de los peajes concesionados a YUMA CONCESIONARIA S.A.

TERCERO: Se ORDENE a la Agencia Nacional de Infraestructura tomar medidas que propendan por la continuidad y mejora del servicio público de transporte en las vías concesionadas”

De otra parte, de manera subsidiaria solicitó se disponga: i) la suspensión provisional de los efectos del contrato de concesión N°007 de 2010 suscrito entre INCO (hoy ANI) y YUMA CONCESIONARIA S.A; ii) se suspenda provisionalmente el cobro en la caseta del peaje Valencia y el cobro en la caseta del peaje de Plato y iii) a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA tomar medidas que propendan por la continuidad y mejora del servicio público de transporte en las vías concesionadas.

La demanda fue admitida el 18 de julio de 2019 (Fls. 70 a 74 C1) y de la solicitud de medida cautelar radicada por el extremo actor se corrió traslado a la parte demandada, mediante providencia de la misma fecha (Fls. 6 y 7 C2).

Dentro del término previsto en el inciso 2 del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo YUMA CONCESIONARIA S.A y el MINISTERIO DE TRANSPORTE se pronunciaron sobre la medida cautelar, solicitando sea negada.

II. CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia.

La Jurisdicción contencioso administrativa se encuentra investida constitucional (artículo 238) y legalmente (Ley 472 de 1998, Ley 1437 de 2011, Ley 270 de 1996 y Ley 1564 de 2012) para adoptar medidas cautelares. Ahora bien, se tiene que el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, establece que la decisión de adoptar medidas cautelares debe ser emitida por el Magistrado Ponente, así:

“ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

*El Juez o **Magistrado Ponente** al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.*

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

*El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o **Magistrado Ponente** deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.*

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia (...)”.

No obstante, debe decirse que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado no ha sido pacífica en sus interpretaciones del alcance del referido artículo 233 y de los artículos 125 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que incluso al interior de una misma Sección del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, coexisten dos interpretaciones: 1) que es el Magistrado Ponente el competente para proveer sobre la solicitud de medida cautelar que se formule en cualquier etapa del proceso, y; 2) que es la Sala de decisión de la Corporación la competente para resolver esas solicitudes cuando el proceso es de primera instancia. Veamos:

a) Referencia a algunas providencias en las que el Consejo de Estado ha recocado que corresponde al Magistrado o Consejero Ponente, la decisión de las medidas cautelares radicadas en los procesos declarativos, incluso aquellas en las que se accede al decreto de la medida:

- Consejo de Estado, Sección Segunda, CP. Dr. César Palomino Cortés, Auto del 9 de noviembre de 2016, expediente N° 11001-03-25-000-2013-00563-00.

“De conformidad con los artículos 229, 230, 233 y 234 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, la competencia para tramitar la solicitud de medida cautelar es del Juez o Magistrado Ponente que conoce de la demanda principal, en consecuencia, este despacho es el competente”.

- Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, Auto del 22 de agosto de 2016, expediente N° 11001-03-26-000-2015-00028-00.

“De conformidad con las disposiciones del artículo 238 constitucional, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial. Y disponen los artículos 229 y 230 del C.P.A.C.A. que en cualquier estado del proceso declarativo el magistrado ponente podrá decretar, a petición de parte debidamente sustentada y en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, entre ellas la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, sin que esa decisión implique prejuzgamiento”.

- Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. William Hernández Gómez, expediente N° 11001-03-25-000-2012-00680-00(2361-12), Auto del 29 de marzo de 2016.

“El competente para decidir la solicitud de la medida cautelar es el Magistrado Ponente, quien determinará la procedencia de la misma, con el fin de proteger y garantizar de manera provisional, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”.

b) Referencia a algunas providencias en las que el Consejo de Estado, ha manifestado que las medidas cautelares que se formulen en el marco de procesos declarativos que se tramiten en primera instancia, deberán proferirse por la Sala de decisión y no por el Ponente:

- Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdez, radicado N° 05001-23-33-000-2015-01797-01, Auto del 27 de noviembre de 2017.

“Pudiera pensarse, válidamente, que según los artículos 229, 230, 232 y 233 del CPACA, el auto que decreta las medidas cautelares, para el caso de los jueces colegiados, debe ser expedido, por regla general, por el Magistrado Ponente, sin embargo, una lectura armónica y sistemática de las disposiciones legales precitadas, en concordancia con los artículos 125 y 243 ibidem, permiten evidenciar que no existe tal contradicción. Es así como debe considerarse que los artículos 229, 230, 232 y 233 del CPACA, cuando se refieren a la posibilidad de que el Magistrado Ponente profiera una decisión en la cual se decreta una medida cautelar, hacen alusión a la excepción establecida en el artículo 125 del CPACA, es decir a la relativa a que en los procesos de única instancia que se tramiten ante jueces colegiados, esto es, ante Tribunales Administrativos y ante el Consejo de Estado, es de competencia del Magistrado Ponente proferir las decisiones a que se refieren los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 243 del CPACA. Dicha hermenéutica, cabe resaltarla, mantiene la regla general establecida en los artículos 125 y 243 del CPACA, según la cual las decisiones precitadas, y dentro de ellas el auto que decreta una medida cautelar, deben ser proferidas por las salas de decisión de los jueces colegiados, en procesos que aquellos conozcan en primera instancia. [...]”

Con análogo sentido, en la misma fecha y con ponencia del mismo Consejero Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, fue proferido Auto en el expediente 05001-23-33-000-2015-00130-01.

- Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Dr. Milton Chávez García, radicado N° 11001-03-27-000-2015-00081-00(22198), Auto del 9 de febrero de 2018.

“Este Despacho sustanciador es competente para decidir la solicitud de suspensión provisional formulada por el demandante, conforme con lo previsto en el artículo 125 del CPACA, puesto que se trata de una decisión interlocutoria dictada en un proceso de única instancia (...) El CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241”.

- Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Dr. Hubert Segundo Ramírez Pineda, radicado N° 47001-23-33-000-2012-00096-02, Auto del 16 de noviembre de 2017.

“(…) de conformidad con el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia”.

E incluso, ha de reconocerse la existencia de una tercera tesis interpretativa en el Honorable Consejo de Estado, según la cual, se deciden en Sala todas las medidas cautelares que se propongan en los procesos de nulidad electoral, excepto las de urgencia, que podrán ser resueltas por el Magistrado Ponente: *“(…) si bien la Sección Quinta ha optado siempre por resolver sobre la medida cautelar de suspensión provisional del acto con la concurrencia de todos o la mayoría de los integrantes de la Sala, no ha descartado que en eventos en que la inminencia sea tal que no sea posible la sesión corporativa, lo haga el Consejero Ponente”*¹; posición jurisprudencial que ha sido aceptada, aún cuando el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, dispone expresamente que *“en el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección”* (Subrayado fuera del texto).

En este punto, adquiere pertinencia traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado, relacionado con la competencia que el legislador ha asignado expresamente a la Sala para proveer sobre medidas cautelares en asuntos electorales:

“Esta norma -especial para los asuntos electorales- establece que la solicitud de suspensión provisional, se deberá resolver en el auto admisorio de la demanda por la Sala. Entonces, es claro que la competencia para resolver sobre la admisión de la demanda acompañada de una solicitud de suspensión provisional le corresponde a la Sala, por ser el juez asignado por el legislador para este caso, lo cual busca que sea toda la Sala la que estudie si la demanda debe ser admitida y en esa misma providencia resolver sobre la medida cautelar de suspensión provisional”. (Subrayado y negrilla fuera del texto)²

Así las cosas, y hasta tanto no se unifique la jurisprudencia en la temática, este Despacho ha venido acogiendo la primera tesis (que este tipo de decisiones son

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez, expediente N° 11001-03-28-000-2016-00081-00, Auto del 19 de diciembre de 2016.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente N° 11001-03-28-000-2016-00081-00, Auto del 3 de agosto de 2017.

de competencia del ponente y no de la Sala), por encontrarla acorde al principio de especialidad de la Ley³, toda vez que en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es el artículo 233, el que regula el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, disponiendo en todos sus apartes que es el magistrado ponente el competente para proferir los Autos que ordenan correr traslado de la medida cautelar, para decidir sobre las solicitudes de medidas cautelares formuladas con la demanda, y fijar la respectiva caución. Así como para proveer sobre las solicitudes que de esta naturaleza se presenten en el curso de audiencias; disposición que por demás es concordante con el N°9 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, que reitera la competencia que ostenta el ponente en la adopción de estas decisiones cautelares.

Y en lo que concierne a la segunda tesis, respetuosamente considera, que presenta dificultades que desde la interpretación sistémica de la norma no han podido hasta ahora superarse, por cuanto:

i) Incorpora al artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, una distinción entre los procesos de única y primera instancia que no fue introducida por el legislador al regular el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares; distinción que por demás no es congruente con el artículo 229 *ibidem*, según el cual: “en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo”. Es decir, que en virtud de lo reglado en el acápite especial de medidas cautelares, la regla de competencia para proveer sobre las mismas (que se atribuye al Juez o Magistrado Ponente) se hace extensiva a todos los procesos declarativos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, sin diferenciar para ello, entre los de primera y única instancia.

Dicho sea de paso, que si el legislador hubiese querido asignar esta competencia de resolución de medidas cautelares en los procesos declarativos a la Sala, lo habría así dispuesto, tal y como en efecto lo hizo en las disposiciones especiales para el trámite de medidas cautelares en la nulidad electoral (artículo 277 CPACA).

³ Consejo de Estado. Sección Tercera, CP. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, expediente N° 05001-23-33-000-2012-00216-01, Auto del 28 de mayo de 2015.

“(…) es criterio unificado de esta corporación que los conflictos de normas incluidas en un mismo estatuto se solventan a favor del criterio de especialidad”.

ii) Implicaría que en un proceso declarativo de primera instancia, en la audiencia inicial debería estar integrada la Sala para proveer sobre las medidas cautelares que en la misma pudiesen llegarse a presentar, en contraposición a lo dispuesto en el aparte introductorio y el N° 9 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, según el cual: *“vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...) 9. **Medidas cautelares.** En esta audiencia el Juez o Magistrado se pronunciará sobre la petición de medidas cautelares en el caso de que esta no hubiere sido decidida”*.

iii) Sugeriría que en un proceso declarativo de primera instancia, la Sala deba también integrarse para proveer sobre las medidas cautelares urgentes, muy a pesar de que su procedimiento se encuentre expresamente establecido en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, y en virtud de este se haya asignado la competencia para su decisión, al Juez o Magistrado Ponente, veamos: *“desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar”*.

Considérese, además, que en el procedimiento interamericano, cuando la Corte no se encuentra reunida, puede la presidencia proveer sobre las medidas provisionales que se soliciten en circunstancia de extrema gravedad y urgencia (artículo 27 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009).

iv) Aun en el evento de no tenerse en cuenta ninguna de las dificultades referidas *supra* y adoptarse la segunda tesis interpretativa que sugiere el Honorable Consejo de Estado, para concluir que es la Sala y no el Magistrado Ponente, el competente para decidir las medidas cautelares que se formulen en los procesos declarativos de primera instancia, que se tramiten en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, desde la presentación de la demanda, o en cualquier etapa del proceso, e incluso en la audiencia inicial, a lo sumo implicaría considerar que en virtud del artículo 125 y 243 de la Ley 1437 de 2011, la Sala sería competente para emitir las providencias que decreten medidas cautelares, más no, frente a aquellas en las que se niegue lo solicitado cautelarmente, por cuanto la decisión susceptible de recurso de apelación, de que trata el numeral 2 del artículo 243 *ibidem*, y que conforme al artículo 125 del CPACA se predica de Sala, involucra exclusivamente aquellas en las que *“se decreta una medida cautelar”*, más no las providencias en que la medida se deniega.

En suma, aunque no se desconoce la existencia de defectos axiológicos en el sistema procesal administrativo, latentes por ejemplo, en la ambigüedad de la redacción del artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, lo cierto es que este Despacho no puede acoger la tesis según la cual, sería la Sala y no el Magistrado Ponente, el competente para decidir las medidas cautelares, porque como se expuso *in extenso supra*, dicha tesis sería contraria al principio de especialidad de las normas y no es congruente con distintas disposiciones del CPACA, *veri gratia*, el artículo 180 y todo el articulado del capítulo XI del título V *ibidem*. Lo anterior aunado a que incluso en el evento de acogerse la segunda tesis del Consejo de Estado a que hemos venido haciendo referencia, se vería el intérprete conminado a hacer distinciones que el legislador no ha hecho entre el procedimiento de decisión de las medidas cautelares de primera y única instancia, y aun así, sólo podría llegarse a la conclusión que la competencia de la Sala se restringiría sobre el particular a los Autos en que se decreten las medidas, más no a aquellos en los que se denieguen.

En ese marco, y atendiendo a lo previsto en los artículos 180,229,230, 232,233,235y 239, la decisión se adoptará por ponente.

2.2 Medida Cautelar Solicitada

Como medidas cautelares principales, los accionantes solicitan que se ordene: i) la suspensión provisional de los efectos del contrato de concesión N° 007 de 2010 suscrito entre INCO (hoy ANI) y YUMA CONCESIONARIA S.A; ii) se suspenda provisionalmente el cobro en todas las casetas de los peajes concesionados a YUMA CONCESIONARIA S.A y iii) a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA tomar medidas que propendan por la continuidad y mejora del servicio público de transporte en las vías concesionadas.

De manera subsidiaria solicitó se disponga: i) la suspensión provisional de los efectos del contrato de concesión N° 007 de 2010 suscrito entre INCO (hoy ANI) y YUMA CONCESIONARIA S.A; ii) se suspenda provisionalmente el cobro en la caseta del peaje Valencia y el cobro en la caseta del peaje de Plato y iii) a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA tomar medidas que propendan por la continuidad y mejora del servicio público de transporte en las vías concesionadas.

Indica la parte demandante que su solicitud de medida cautelar se sustenta en lo referido en el acápite de hechos, planteamiento del problema jurídico, derechos colectivos vulnerados y fundamentos de derecho descritos en la demanda.

En esa medida como se enunció en la descripción de antecedentes, el objeto de la *litis* se circunscribe a la suscripción del contrato de concesión N° 007 de 2010,

cuyo objeto es la obtención, modificación de licencias ambientales, financiación, operación y mantenimiento de las obras en el sector comprendido entre San Roque-Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar-Valledupar, denominado Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol.

Ello, por cuanto a juicio de los demandantes, dicho acuerdo de voluntades fue modificado por diversos otrosíes, siendo el N° 5 relacionado con la calzada del Puente de Plato, y adoptado con incidencia del señor José Roberto Prieto, quien es actualmente investigado por la Fiscalía General de la Nación por los delitos de tráfico de influencias, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito de particulares y falsedad en documento privado.

De otro lado, los actores populares exponen que en la contraprestación fijada a través del contrato de concesión mencionado, se incluyen los ingresos de los peajes cobrados, no obstante, a pesar de los incumplimientos y paralizaciones generados por Yuma Concesionaria S.A., esta continúa apropiándose de dichas sumas que finalmente son recursos públicos.

Lo anterior, haciendo alusión a respuesta brindada por la Agencia Nacional de Infraestructura donde expuso que desde el mes de junio de 2017 se evidenció presunto incumplimiento grave de las obligaciones de YUMA CONCESIONARIA S.A, que amenaza la parálisis total y definitiva del contrato, razón por la cual se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la sociedad contratista, sin embargo, éste se encuentra suspendido en el marco de unas medidas cautelares ordenadas por un Tribunal Internacional convocado por la concesionaria.

Seguidamente, denotan que la Contraloría General de la República advirtió el incumplimiento de la concesionaria y la ineficiente administración de recursos públicos conforme lo expuesto en el informe de auditoría financiera de la vigencia 2016 realizado a la Agencia Nacional de Infraestructura cuya página 26, según expresan los demandantes, refiere:

“Se observa retraso en la construcción del proyecto el cual va en el 27% en promedio, lo anterior está representado, tanto en el avance de la obra de mejoramiento el cual va en el 27,2%, como en el avance de doble calzada que va en el 26,8%. Si se tiene en cuenta que el proyecto inició el 17 de agosto de 2012 y la terminación de la obra está programada para el 31 de diciembre de 2019, el proyecto debería reflejar un avance del 57% y presenta un avance del 27% a dos años de terminar su ejecución”

De otra parte, señalan que en el informe de auditoría financiera de la vigencia 2017 realizado a la Agencia Nacional de Infraestructura, se levantó el siguiente hallazgo:

“Hallazgo 6. Administrativo con presunta incidencia disciplinaria. Aportes Vigencias Futuras Ruta del Sol Sector 3. Administración eficiente de recursos públicos.

Del 1 de junio de 2011 al 31 de diciembre de 2017, la ANI ha trasladado recursos, al Patrimonio Autónomo del Proyecto Ruta del Sol III, por concepto de vigencias Futuras, en cuantía de \$1.781.162 millones. De la anterior suma, al concesionario solo se le han efectuado pagos equivalentes al 10%, es decir \$174.507.2 millones, evidenciándose con ello, que la ejecución financiera del proyecto ha sido muy baja durante los últimos 6 años, con lo cual, a 31 de diciembre de 2017, aún existe un saldo en el Patrimonio Autónomo por \$1.664.910.8 millones.

El traslado de dichos recursos a la Fiduciaria, continúan engrosando los saldos del patrimonio autónomo sin ser ejecutados en la oportunidad, términos y condiciones inicialmente pactadas, debido al incumplimiento que presenta el Proyecto, lo que puede conllevar a que, al momento de contratar nuevamente la obra, y ante la pérdida del valor adquisitivo de los recursos, estos no sean suficientes para su ejecución toda vez que el proyecto va a costar más de lo presupuestado hace 7 años.

Así mismo, la situación expuesta se presenta debido a posibles deficiencias en el proceso de estructuración realizado por la entidad, al no tener en cuenta el estudio minucioso de los proponentes, así como las condiciones económicas del concesionario que justificaron la proyección de las inversiones que finalmente impacta en el costo del capital en el proyecto de concesión. Lo anterior, por cuanto el plan de inversiones inicialmente estimado dista en extremo a la realidad en su ejecución.

Ahora bien, en el Plan Nacional de Desarrollo -PND- 2010-2014 expedido mediante la Ley 1450 de 2011, en su parágrafo 2° del artículo 261 ordenó a los administradores de los patrimonios autónomos el reintegro al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de los saldos disponibles en dichos patrimonios que no estuvieran amparando obligaciones y cuyo giro se hubiera realizado con más de dos años de anterioridad, es decir el reintegro de recursos inmovilizados.

De acuerdo con lo anterior, se presenta un presunto incumplimiento de lo establecido en el Parágrafo 2 del artículo 261 de la Ley 1450 de 2011, durante los años 2011 a 2015 mientras estuvo vigente el artículo de dicha Ley y del artículo 148 de la Ley 1753 de 2015 ya que la inversión no generó resultados, técnica presupuestal que promueve el uso eficiente y transparente de los recursos de inversión, por lo tanto, no hizo posible establecer una relación directa entre el gasto y los bienes y servicios entregados a la ciudadanía. Así como a lo establecido en los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002.”

Adicionalmente, argumentan que se cumplen los requisitos para el decreto de medidas cautelares previstos en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo, en los siguientes términos:

“i) Que la demanda esté razonadamente fundada en derecho. Se fundamenta la acción popular en la vulneración de entre otros derechos colectivos, los previstos

en los literales b), e) y j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, esto es, lo relacionado con la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

Respecto del derecho a la moralidad administrativa, su vulneración, según se desprende de lo planteado en la presente acción, consiste en el desconocimiento del principio de planeación y las conductas típicas, antijurídicas y culpables que acepto ante un Juez penal el señor Roberto Prieto para lograr a favor de YUMA S.A la adición del contrato de concesión.

ii) Que el demandante haya demostrado, así fuera sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. *Tratándose la presente demanda de la protección de derechos colectivos, de acuerdo a lo previsto en el numeral primero del artículo 12 de la ley 472 de 1998, dentro de los legitimados para el ejercicio de las acciones populares se encuentra “(...) 1. Toda persona natural o jurídica.”, y de conformidad con el artículo 13 siguiente, “Los legitimados para ejercer acciones populares pueden hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre” de manera que este requisito también se tiene por cumplido.*

iii) Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. *H. Magistrados, con los informes de la Contraloría General de la República, las respuestas a las solicitudes a los suscritos y al Congreso respectivamente, se decanta la flagrante vulneración de los derechos invocados, además de ello los usuarios de las vías concesionadas sufrimos por mal estado de ellas debido al incumplimiento de la Concesionaria y además de ello debemos sufragar el valor correspondiente al peaje pero ese dinero no se está invirtiendo en la carretera.*

Respecto al derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y su prestación sea eficiente y oportuna, queremos hacer alusión en la vulneración de este derecho colectivo con el cobro de las tarifas en los peajes concesionados. De acuerdo a la ley 105 de 1993, los peajes se crearon como contraprestación de los usuarios que utilizan la infraestructura vial del país. En el caso en concreto, los peajes relacionados en el hecho N° 19 del respectivo acápite fueron concesionados a Yuma S.A sin embargo como se ha insistido en la presente acción, la concesionaria ha incumplido y los únicos que han cumplido sus obligaciones son los usuarios de la infraestructura a través del pago en las casetas de los peajes. Evidencia es el mal estado de las vías y constantes accidentes de tránsito.

En este derecho colectivo el vulnerador es la concesionaria y en ciertos matices la ANI y los sujetos pasivos son los usuarios de la infraestructura vial. Estos últimos no pueden seguir sufragando una contribución (tarifa de peaje) por un servicio que no están recibiendo eficiente.

Evidencia de lo anterior, es la preocupante respuesta de la Agencia Nacional de Infraestructura a nuestra solicitud, en donde argumenta que a pesar de la “vigencia,

fase o estado del proyecto” el rubro de recaudos de peajes estará a cargo de la concesionaria y su destino estará supeditado a la aquiescencia de la misma (...)

iv) Que adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Este requisito se cumple igualmente, toda vez que al no otorgarse la medida se causa un perjuicio irremediable, pues (i) El perjuicio es grave porque atenta contra los derechos colectivos invocados y además, porque (ii) requiere de medidas urgentes que de no tomarse generarían perjuicios mayores.”

Ahora bien, adquiere pertinencia destacar que la solicitud de la medida se efectuó en el mismo escrito de la demanda por lo que no fueron allegadas pruebas documentales diferentes a las obrantes en el libelo demandatorio: a) CD que contiene apartes auditorias financieras 2016 y 2017 realizadas por la Contraloría General de la República, copia del contrato N° 007 de 2010 y sus 9 otrosíes (Fl. 25 C1); b) copia del Formulario de Registro Único Empresarial RUES de la empresa YUMA CONCESIONARIA S.A (Fls. 26 y 27 C1); c) copia Oficio N° 2019-500-016885-1 del 30 de mayo de 2019 a través del cual la Agencia Nacional de Infraestructura brinda respuesta a una solicitud presentada por los demandantes (Fls. 28 a 58 C1); d) copia informe ejecutivo de la ANI respecto del proyecto ruta del sol sector 3 (Fls. 59 a 61) y; e) Copia de extractos de los informes de auditoría financiera realizados por la Contraloría General de la República vigencias 2016 y 2017 (Fls. 62 a 67).

2.3. Pronunciamientos en la etapa de traslado de la medida cautelar:

2.3.1. YUMA concesionaria S.A

La sociedad Yuma Concesionaria S.A en el término de traslado de la medida cautelar, efectuó pronunciamiento indicando que tanto la demanda como la solicitud de medida cautelar se formularon de manera inconclusa y ambigua, circunstancia que dificulta extraer el querer de los actores y la razón determinante de sus peticiones.

Denota que aun con las dificultades interpretativas del escrito, se pueden describir los argumentos de demanda así:

“(…)

- i) En “*las conductas típicas, antijurídicas y culpables que aceptó ante un Juez Penal el Sr Roberto Prieto para lograr a favor de Yuma S.A la adición del contrato de concesión*”, adición que se materializó en la suscripción del Otrosí N° 5 al Contrato de Concesión N° 007 de 2010, mediante el cual se contrató la elaboración de los estudios y diseños de un segundo puente en Plato - Magdalena

(hechos 9 a 17 de la demanda). En palabras de los propios accionantes, *“Del otrosí N°5 se desprende gran parte de la vulneración de los derechos reclamados en la presente. Este hecho está supeditado a un nombre: José Roberto Piero Uribe”* (hecho 10)

Agregan los accionantes, sobre este mismo aspecto, que supuestamente se habría configurado una vulneración del principio de planeación contractual, comoquiera que, *“A las partes ‘se les olvido’ que el puente de Plato sobre el Magdalena es de una sola calzada y la vía a construir es de dos, por lo que era menester construir otro que por supuesto no se encontraba dentro de los términos del contrato, por lo que hubo un replanteamiento para incluirlo”* (hecho 9), *“adición que dio origen a la construcción del puente de Plato-Magdalena” que le permitiera al concesionario ejecutar el puente”* (páginas 16 y 17)

- ii) De otro lado, los accionantes fundamentan la solicitud de medidas cautelares aduciendo que se presenta un supuesto *“incumplimiento de la Concesionaria”*, toda vez que, *“es hecho notorio que el tramo tercero de la ruta del sol ha estado en parálisis por cuenta del incumplimiento de YUMA CONCESIONARIA S.A. confirmado por la ANI y la Contraloría General de la República”* y *“la ANI se ha visto obligada a iniciar 70 procesos sancionatorios en contra de la concesionaria”*. Asimismo señalaron que los usuarios de la vía *“debemos sufragar el valor correspondiente al peaje pero ese dinero no se está invirtiendo en la carretera”* presentándose *“mal estado de la vía y constantes accidentes de tránsito”* *“debido al incumplimiento de la Concesionaria”*, siendo que de acuerdo con la ley *“los peajes se crearon como contraprestación de los usuarios que utilizan la infraestructura vial del país”*, por lo que *“Estos últimos no pueden seguir sufragando una contribución (tarifa de peaje) por un servicio que no están recibiendo eficiente”*, *“Por ende, NO se estaría cumpliendo los fines del Estado y la Contratación Estatal al permitir que esta Concesionaria (sic) siga apoderándose de recursos públicos”* *“siga teniendo libertad para la disposición de los recursos recaudados en los seis peajes concesionados”* (hechos 19 a 36 y páginas 9 y 20 a 33)

Afirman, además, sobre este tópico, que la *“Cuenta Aportes Concesionario ha cumplido su finalidad contractual - financiera (a pesar de los incumplimientos de la Concesionaria y todos esos dineros consignados en ella son en un 100% lo recaudado en los peajes) y por ende los recursos que siempre estarán en constante ingreso a la mencionada cuenta será la recaudada en las casetas de los peajes”* y que *“Partiendo de la premisa de que la susodicha ha cumplido su finalidad y que el principal fondeo de la misma es el dinero recaudado en las casetas de peajes, se llega a la conclusión de que el dinero de los peajes es de libre disposición de YUMA CONCESIONARIA S.A.”*. Agregan, además, que *“de acuerdo a la sección 7.04 del contrato de concesión, el concesionario debería financiar totalmente la adquisición de predios por una cifra de \$51.988.628.736, esta cuenta está en cero pesos, es decir, YUMA S.A. una vez más incumplió una de sus obligaciones”*

Al respecto, pusieron de presente que el presunto perjuicio irremediable consiste en la afectación de los usuarios por el mal estado de la vía a causa de supuestos incumplimientos por parte de la concesionaria, así como por el cobro de los peajes, dado que -en su decir- los usuarios no reciben un servicio público de manera eficiente.

En esa medida, considera el apoderado de la sociedad demandada que no se encuentran acreditados los requisitos del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues de los argumentos expuestos en la demanda y las pruebas aportadas no se desprende su procedencia como quiera que: i) la demanda adolece de razonamientos fundados en derecho y no se acreditó que con la solicitud de suspensión provisional del contrato y del cobro del peaje se evite un presunto perjuicio irremediable para los usuarios de la vía, perjuicio cuya causación tampoco es probable y no se avizora como evidente o palmario; ii) decretar la medida resultaría más gravoso para el interés público que negarla; iii) otorgar la medida causaría un perjuicio irremediable; iv) no está demostrado o acreditado que de no decretarse la solicitud de cautela, sería imposible dar cumplimiento al fallo cuanto éste sea proferido.

En ese sentido manifiesta que la demanda adolece de razonamientos fundados en derecho toda vez que se basan sus planteamientos en meras opiniones de la parte actora, pues carece de sustento fáctico y adolece igualmente del requisito de apariencia de buen derecho (*fumus boni viri*), entendida como la “probabilidad razonable de que prospere la causa”

Así las cosas, estima que los accionantes soportan su petición de medidas cautelares principalmente en dos enunciados, a saber: i) las circunstancias relacionadas con el señor Roberto Prieto y la suscripción del Otrosí N° 5 de Puente Plato, así como ii) en la supuesta apropiación por parte del concesionario de los recursos del recaudo de peajes, afirmándose infundadamente que no se presta a cambio el servicio y se tienen paralizadas las obras.

En esa medida, señala que las circunstancias penales relacionadas con el señor Roberto Prieto, no le constan a Yuma Concesionaria S.A y los demandantes no aportan prueba alguna de sus afirmaciones y de ser ciertas, no guardan ninguna relación con la medida cautelar que está solicitando de suspensión de los efectos del contrato de concesión N° 007 de 2010 y el cobro de los peajes.

Explica, que el Otrosí N° 5 es, un contrato adicional al contrato de Concesión N° 007 de 2010, por lo que, dada dicha naturaleza, es independiente de las actividades, labores, obras y demás obligaciones y prestaciones contratadas bajo dicho contrato principal, esto es, la elaboración de los diseños, la obtención de las licencias ambientales y demás permisos, la adquisición de

predios, la rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación y mantenimiento del tramo vial que comprende el sector 3 del proyecto vial Ruta del Sol, actividades que comprenden el contrato de Concesión N° 007 de 2010 originalmente suscrito y que dan lugar al cobro de los seis (6) peajes entregados en virtud de dicho contrato. Denota entonces, que los seis (6) peajes cuya suspensión solicitan los accionantes, no remuneran la actividad adicional que se contrató mediante el Otrosí N° 5.

Argumenta, que contrario a lo que pretenden hacer creer los accionantes, el peaje Puente Plato no tiene nada que ver con el Otrosí N° 5, pues se encuentra previsto originalmente desde el contrato inicial sección 13.05 literal b y remunera junto con los otros cinco (5) peajes, todas las actividades, labores y obras contratadas originalmente.

Expone que el otrosí N° 5 no tiene por objeto la construcción del puente de Plato-Magdalena ni le permite al concesionario ejecutar el puente, su propósito es la elaboración de unos estudios y diseños, más no la construcción de ninguna obra, destacando adicionalmente, que estos estudios no se remuneran propiamente con recursos de peaje, si no con recursos de la Subcuenta de Soporte Contractual, de disposición y uso exclusivo de la ANI para atender actividades a cargo de dicha entidad -en los cuales no tiene injerencia la concesionaria- y fondeados, a su vez, con recursos de la Subcuenta de Supervisión aérea, esto es, no provienen de una adición del presupuesto nacional sino de recursos generados por el mismo proyecto tal como consta en el párrafo tercero de la cláusula segunda del otrosí N° 5 y la cláusula quinta del otrosí N° 2.

Así pues, apunta el apoderado de la sociedad que las medidas cautelares que se solicitan no tienen asidero en los hechos que traen a colación los accionantes como fundamento de las mismas y no están encaminadas a la protección de los derechos colectivos que invocan.

En lo que atañe a los hechos de índole penal que mencionan los accionantes en relación con el señor Roberto Prieto, expresa que se trata de discutida responsabilidad personal de éste respecto de sus relaciones con la empresa Consultores Unidos S.A del empresario Eduardo Zambrano, a los pagos que supuestamente éste habría recibido de aquel empresario por medio de la empresa Megaland S.A.S.; en esa medida, manifiesta que en los acuerdos a los que el señor Roberto Prieto hubiere llegado con la Fiscalía y los jueces penales competentes, no participó de ninguna manera Yuma Concesionaria S.A.

En concordancia, enuncia que a ningún funcionario de Yuma Concesionaria S.A se le ha imputado a la fecha la comisión de ningún delito en relación con los hechos que involucran al señor Roberto Prieto, ni se ha proferido medida de

aseguramiento en su contra y menos aún, se ha dictado sentencia condenatoria que pudiera ser contraria a los intereses de la sociedad Yuma Concesionaria S.A, sus integrantes y funcionarios.

De igual forma, arguye que ninguna autoridad ha declarado la nulidad por objeto o causa ilícita del Otrosí N° 5 ni ha decretado su terminación conforme lo dispuesto en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

Considera que las afirmaciones efectuadas por los accionantes respecto del señor Roberto Prieto tienen el propósito de valerse del escándalo mediático que se ha suscitado en torno del mismo, para tratar de configurar una supuesta afectación o vulneración de los derechos colectivos de moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y acceso eficiente a los servicios públicos, desconociendo que su ocurrencia no repite, ni tiene nada que ver con el contrato de concesión N° 007 de 2010, sus recursos, peajes, ni con la validez del otrosí N° 005.

Seguidamente, refuta que en la suscripción del otrosí N° 5 se evidencie un desconocimiento del principio de planeación al momento de licitar, pues uno de los aspectos propios de los contratos multipropósito, es evidenciar y determinar durante el desarrollo de las actividades propias de consultoría las necesidades que supone el proyecto para su correcta ejecución y operación, generándose con ello una debida estructuración de dichas actividades que resulten prioritarias para el cabal desarrollo del contrato.

Indica que los accionantes omiten informar que desde el principio de la licitación, conforme consta en el numeral 3.3 del Apéndice Técnico Parte A de las especificaciones técnicas de los pliegos de condiciones, se previó la construcción de una doble calzada en el tramo donde se encuentra ubicado el puente el Plato, particularmente en los segmentos anteriores y posteriores a dicho puente, siendo opcional para los licitantes.

De igual forma, la sociedad demandada asegura que no es cierto se esté apoderando de recursos públicos, pues los dineros recibidos tanto de recaudo de peajes como de aportes del INCO (hoy ANI), constituyen conforme lo consignado en las secciones 13.01, 13.03 y 13.05 del contrato de concesión N° 007 de 2010, su contraprestación por el cumplimiento de las obligaciones contractuales y han estado supervisados en cuanto a su ejecución por la interventoría y la entidad pública concedente.

Sostiene que los accionantes omiten informar que ya se cumplió y ejecutó la fase de pre-construcción, esto es, que el concesionario ya obtuvo las licencias ambientales del proyecto, elaboró y entregó los estudios de trazado y diseño geométrico del proyecto, entre otras obligaciones que implican cuantiosos

costos y sobrecostos. Así mismo, se ha ejecutado el 40% de las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento del sector 3 aun con las vicisitudes que se han presentado ajenas a su control y responsabilidad; de esta manera afirma que no es cierto que el concesionario este recibiendo los recursos sin haber ejecutado contraprestación alguna.

Del mismo modo, asevera que no es cierto que la sociedad concesionaria tenga libertad para la disposición de los recursos recaudados en los seis peajes concesionados, pues la sección 302, literal d, ordinal i, del contrato de concesión N° 007 de 20110 dispone que: “los recursos disponibles en esta Cuenta Aportes Concesionario se destinarán única y exclusivamente a la atención de (i) todos los pagos, costos y gastos a cargo del Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del presente Contrato, incluyendo pero sin limitarse al fondeo de la Subcuenta de Predios, en los montos señalados en la Sección 7.04 del presente Contrato, la Subcuenta de Interventoría, en los montos señalados en la Sección 10.05 del presente Contrato, la Subcuenta de Supervisión Aérea, en los montos señalados en la Sección 3.02(d)(iv) del presente Contrato, la Subcuenta Divulgación en los montos señalados en la Sección 7.07 (b) del presente Contrato, y si fuere el caso (ii) el pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de la Fiduciaria. Para fines de claridad únicamente, como consecuencia de los esquemas de financiación con los Prestamistas y de organización, el Concesionario podrá crear Subcuentas adicionales, sin embargo, el fondeo de las Subcuentas señaladas en la presente Sección, tendrá prioridad sobre las demás Subcuentas que cree el Concesionario. Los recursos remanentes de esta Cuenta Aportes Concesionario, una vez cumplida la finalidad de esta Cuenta serán de libre disposición del Concesionario”.

Relata que el contrato de concesión y el contrato de fiducia, prevén que los recursos del proyecto se manejan exclusivamente a través de la fiducia constituida por obligación contractual, cuya única destinación es la ejecución del objeto contractual.

Además, refiere que no es cierto que los recursos que se recaudan por peajes no se estén invirtiendo en la carretera, pues los recursos disponibles en la cuenta Aportes Concesionario se destinan exclusivamente a la atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de concesión N° 007 de 2010 y como prueba de ello adjunta certificado expedido por Fiducolombia.

En lo que atañe a la manifestación efectuada por los accionantes respecto del mal estado de la vía, expresa la sociedad concesionaria que la interventoría del contrato ha certificado periódicamente el cumplimiento de los indicadores y

estándares de operación y mantenimiento de la vía, contractualmente exigidos, de manera que afirma que los usuarios han recibido un servicio eficiente y continúan beneficiándose de una vía en buen estado, pues la concesionaria ha realizado inversiones en la ejecución del proyecto tanto en la fase de pre-construcción, como en la fase de obras de construcción de vía nueva y de rehabilitación de vía existente, así como las labores de operación y mantenimiento.

Además, sostiene que no es cierto que todos los dineros consignados en la Cuenta Aportes Concesionario son en un 100% lo recaudado en los peajes, toda vez que la sección 3.02 literal d, ordinal i del contrato de concesión, dispone: ***“Esta Cuenta Aportes Concesionario se creará con la suscripción del contrato de Fiducia Mercantil, y se fondea con los aportes de acuerdo con lo señalado en la Sección 6.02(a) del presente Contrato, así como con los recursos provenientes del recaudo de los peajes, de la financiación obtenida de los Prestamistas y de la Cuenta Aportes INCO”***. De suerte que, a la fecha la Cuenta de Aportes Concesionario ha ingresado \$216.000.000.000 por concepto de aportes de capital del concesionario, incluidos préstamos de accionistas, y por concepto de recursos provenientes de la financiación obtenida de los prestamistas \$469.919.000.000, tal como asevera se prueba en certificación.

Adicionalmente, alude que no es cierto que la cuenta de aportes concesionario ha cumplido su finalidad contractual-financiera, pues al encontrarse el contrato de concesión en ejecución y como quiera que no ha terminado la fase de construcción la cuenta de ningún modo ha cumplido su finalidad contractual y por ende la afirmación de la demandante de que el dinero recaudado en los peajes es de libre disposición de Yuma Concesionaria S.A., no es cierto, pues de conformidad con lo establecido en la sección 3.02, literal d, ordinal i del contrato de concesión, la finalidad de la cuenta se entenderá cumplida una vez sean atendidos todos los pagos, costos y gastos a cargo del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato.

Destaca que no es cierto que Yuma Concesionaria S.A haya desatendido su deber de financiar la adquisición de los predios necesarios para la ejecución del proyecto, toda vez que en certificación que adjunta se evidencia que el concesionario aportó la totalidad de los recursos de acuerdo a la sección 7.04 del contrato, monto que ascendió a la suma de \$70.264.006.660.

Posteriormente, alude que no es veraz que el proyecto haya presentado parálisis que sean atribuibles a incumplimientos de Yuma Concesionaria S.A, pues ni la ANI ni la Contraloría General de la República han confirmado tales aseveraciones. Advierte, que la ANI al momento de brindar respuesta a los accionantes, les indica que no hay incumplimientos declarados o establecidos del concesionario. Así mismo, enuncia que carece de sustento la afirmación de

los demandantes que indican que existen 70 procesos sancionatorios en contra de la concesionaria, calificando dicha enunciación como una falacia infundada.

Específica que si bien se han adelantado procesos a la concesionaria por parte de la ANI, no son 70 y además se encuentran suspendidos por orden del Tribunal de Arbitraje Internacional que impartió medida cautelar hasta tanto se resuelva la demanda instaurada por Yuma Concesionaria S.A.

Indica que nada de lo dicho por los accionantes es cierto, estando instaurada la demanda y la solicitud de medida cautelar sobre tergiversaciones, aseveraciones mendaces e injuriosas, habiéndose referido los medios probatorios suficientes y pertinentes que lo confirman. Asevera, que contrario a lo indicado por los demandantes el concesionario ha tenido que sortear una serie de dificultades que le son ajenas, tratando siempre de cumplir con el objeto contractual.

Al respecto, precisa que apenas suscrito el Contrato de Concesión N° 007 de 2010 y pese a que en el pliego de condiciones se afirma que no había ninguna comunidad indígena, ni de raza negra en el área de influencia del mismo, que implicara la necesidad de realizar consultas previas, aparecieron 13 comunidades en relación, debiendo el concesionario sin que fuere su obligación realizar los procesos de consulta previa, como prerequisite para la obtención de licencias ambientales. Como consecuencia de esta sobreviviente circunstancia, asevera que 242 km de los 465 km que tiene la ruta del sol - sector 3, quedaron afectados por las aludidas consultas, es decir, más del 50 % del proyecto.

Además, señala que el ANLA tuvo demoras en la realización de los trámites a su cargo, se presentaron inconvenientes relacionados con la adquisición de precios, redes de servicios públicos, hallazgos arqueológicos que según el contrato constituían claros eventos eximentes de responsabilidad del concesionario.

Concluye refiriendo que dadas todas las eventualidades que se han presentado en la ejecución del contrato, mal se haría al atribuírsele al concesionario la responsabilidad en los posibles retardos, pues las dificultades que se han presentado no han sido por su causa.

De otra parte, indica el apoderado de Yuma Concesionaria S.A. que **decretar la medida resultaría más gravoso para el interés público que negarla** como quiera que se causarían perjuicios al patrimonio público ante la gravedad de las obligaciones que tendría que asumir la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI tras la suspensión del contrato N° 007 de 2010 y/o del cobro de los peajes de la vía, teniendo en cuenta que la obra no se encuentra paralizada y los retardos

que se han presentado en la ejecución contractual no obedecen a causas imputables al contratista.

En relación, efectúa un juicio de ponderación para el decreto de la medida, así:

“(...) Respecto de i) la idoneidad, la medida petitionada no sería la adecuada para hacer frente a la supuesta vulneración de los derechos colectivos alegados puesto que, se itera, podría generar mayores perjuicios al patrimonio público;

En relación con ii) la necesidad de la cautela, de adoptarse la medida esta sería más lesiva para el interés público e invadiría las competencias propias de la administración respecto al control del contrato estatal, habida cuenta que no se permitiría ejercer las potestades propias con que se cuenta en materia contractual, de conformidad con la Ley 80 y la Ley 1150, y que la misma parte actora reconoce, ha venido ejerciendo;

En lo que refiere a iii) la ponderación en sentido estricto, un razonamiento exclusivamente jurídico permite concluir que no existe desconocimiento del ordenamiento jurídico ni vulneración de los derechos colectivos alegados.

Por el contrario, sería nefasto para las obras concluidas y recibidas por la ANI bajo el Contrato, que por falta de mantenimiento éstas quedaran en estado de abandono, lo que conduciría a su inexorable deterioro. Lo sería igualmente para las obras que se encuentran en ejecución, porque por falta de terminación, quedarían en un estado que llevaría a su inutilidad y deterioro. Y para las obras que están por ejecutar -cuya construcción es viabilizada por los acuerdos transaccionales y conciliatorios a los que acaban de llegar ANI y Concesionario-, porque, de suspenderse, su reiniciación posterior no sería factible con los recursos habilitados por el incremento en precios de predios, materiales, mano de obra y la mayor permanencia que acarrearía la parálisis del contratista de obra.

Es decir, la suspensión del proyecto por los sobrecostos que implica, daría completamente al traste con el proyecto, siendo el más afectado el interés general que se busca satisfacer con el proyecto Ruta del Sol III. De manera que, sin duda, hecha la ponderación de intereses que la ley ordena efectuar, resulta completamente gravoso para el interés público decretar la medida cautelar deprecada por el accionante. (...)”

Seguidamente, enuncia que **otorgar la medida causaría un perjuicio irremediable** pues el proyecto no se encuentra paralizado, no lo ha estado nunca y menos ahora cuando las partes tienen soluciones logradas a través de mesas de trabajo que han dado como resultado la pronta y continua realización de las obras.

En esa medida, alude que de concederse la medida causaría un perjuicio irremediable al interés general, pues se paralizaría un proyecto indispensable para la satisfacción del interés general e implicaría dejarlo a medio camino de

ejecución, máxime cuando a su juicio no existe ninguna relación entre los hechos que involucran al señor Prieto con el proyecto, tampoco del recaudo de peajes con el tema del puente Plato y menos con actos de malos manejos, pues asevera que la administración, inversión y gasto del dinero proveniente del recaudo de peajes no es discrecional sino absolutamente reglado y riguroso, tal como lo corrobora la entidad fiduciaria que administra los fondos, pues ningún recurso público o proveniente de peajes se ha extraviado.

Finalmente, expone que **tampoco existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida solicitada los efectos de la sentencia serían nugatorios**, pues de la simple lectura de las pretensiones de la acción y las medidas cautelares se evidencia que la sentencia pretendida sería similar a lo planteado en la medida cautelar y los actores no refieren en que la decisión anticipada prevendría efectos nugatorios de la sentencia.

En consecuencia, la sociedad demandada se opone a la solicitud de declaratoria de medidas cautelares efectuada por los accionantes, considerando que las consideraciones de la demanda se traducen en alegatos y aseveraciones huérfanas de prueba y soporte. Además, asegura que no existe ningún perjuicio irremediable por evitar, ni peligro latente de afectar los derechos o intereses colectivos en que se fundamenta la reclamación de los actores populares.

Como sustento de sus argumentos, el apoderado de Yuma Concesionara S.A aporta en CD obrante a folio 42 la siguiente documentación: 1) Copia del contrato de concesión N° 007 de 2010; 2) Otrosí N° 5; 3) Otrosí N° 2; 4) Copia del Apéndice Técnico Parte A de las especificaciones técnicas de los pliegos de condiciones; 5) acta de terminación de la fase de pre-construcción e inicio de la fase de construcción; 6) certificado del DANE sobre el avance de ejecución del proyecto Ruta del Sol Sector 3; 7) certificaciones de la interventoría sobre el cumplimiento por parte del concesionario de los indicadores de operación y mantenimiento de la vida contractualmente exigidos; 8) Certificaciones emitidas por Fiduciaria Bancolombia respecto de (i) aportes de capital y deuda de socios, (ii) fondeo subcuenta predios, (iii) gastos del proyecto, (iv) pagos a terceros destinación conforme al contrato de concesión; 9) certificaciones (4) sobre recursos invertidos por Constructora Ariguaní, créditos intercompañías; 10) órdenes sobre medidas cautelares N° 1 y 2 del 29 de mayo y 2 de julio de 2019, respectivamente, emitidas por el Tribunal de Arbitraje que cursa ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional -CCI; 11) comunicaciones YC-CRT-67906 del 27 de abril de 2018, YC-CRT-68739 del 25 de mayo de 2018 y YC-CRT-75738 del 14 de diciembre de 2018; 12) contrato de fiducia celebrado por obligación contractual para el manejo de la totalidad de recursos del proyecto; 13) previsión de los estudios previos del pliego de condiciones sobre ausencia de comunidades étnicas; 14) comunicación del Ministerio de Interior OFI11-19671-GCP-0201 del 16 de mayo de 2011; 15) actas

de protocolización de las consultas previas con las comunidades étnicas del área de influencia del proyecto; **16)** documento CONPES 3794 del 18 de diciembre de 2013; **17)** Otrosí N° 7 al contrato de concesión N° 007 de 2010 y; **18)** cronotramite ambiental.

2.3.2 Ministerio de Transporte

El Ministerio de Transporte dentro del término de traslado presentó escrito en donde efectúa alusión a la normatividad aplicable en materia de medidas cautelares de conformidad con lo previsto en la Ley 472 de 1998 mediante el cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con las acciones populares y de grupo y la Ley 1437 de 2011.

Seguidamente señala que la acción incoada determina como derecho colectivo vulnerado por la administración el de la moralidad administrativa, para lo cual considera pertinente traer a colación nota de relatoría del Honorable Consejo de Estado, así:

“(…) MORALIDAD ADMINISTRATIVA- Principio. Derecho / DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Alcance. Supuestos en que se amenaza o vulnera.

Resulta importante señalar que a la luz de la Constitución Política, la moralidad administrativa ostenta naturaleza dual. En efecto, funge como principio de la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y ley 489 de 1998, artículo 3) y como derecho colectivo. En el primer caso, esto es como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido esta corporación en fallos anteriores. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos. En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación”. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del “fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”.En

segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. (...) Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con “el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero”, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder. NOTA DE RELATORIA: Sobre la moralidad administrativa, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2007, Rad. 2005-0549, Rad. AP- 166 de 2001, M.P. Alier Hernández, sentencia de 26 de enero de 2005, Rad. AP- 031113, sentencia de 4 de noviembre de 2004, Rad. AP- 2305, M.P. Ricardo Hoyos Duque y de 6 de octubre de 2005, Rad. AP-2214, M.P. Ruth Stella Correa; Corte constitucional, sentencia C-046 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez (...)”

De otra parte, alude a la Ley 105 de 1993 cuyo artículo 21 establece las tasas, tarifas y peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la nación.

Plantea que carece que legitimación en la causa por pasiva, como quiera que el propósito principal del Ministerio de Transporte es la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y la regulación económica en materia de tránsito e infraestructura de los modos de transporte y tránsito de los modos carretero, marítimo fluvial y ferro.

Argumenta que no existen en el asunto, pruebas que logren demostrar la relación del Ministerio de Transporte con los hechos denunciados por los actores populares, pues no es de su competencia llevar a cabo el recaudo de dinero con ocasión de los peajes como tampoco el destino de los mismos.

2.4 Examen de los requisitos para el decreto o denegación de la medida

De conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y que sean de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, podrán ser decretadas de oficio o a solicitud de parte, medidas cautelares de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, siempre y cuando: i) tales medidas tengan relación directa con las pretensiones de la demanda y sean necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; ii) se cumpla con los requisitos de que trata el artículo 231 *ibídem* para su adopción; y iii) se observe el procedimiento descrito en el artículo 233 de la misma normatividad, salvo cuando se evidencia que por su urgencia no es posible agotar tal trámite (artículo 234 de la Ley 1437 de 2011).

En ese sentido se torna pertinente traer a colación apartes de la Sentencia C-284 de 2014, a través de la cual, la Honorable Corte Constitucional declaró

exequible el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 (en lo que tiene que ver con las acciones populares):

“Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva.

(...) Tras examinar el contenido de la regulación prevista en los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Corte concluye que el legislador no violó los artículos 13, 88, 89, 228 y 229 de la Constitución al ordenar la aplicación del mismo a los procesos iniciados con la finalidad de proteger derechos e intereses colectivos. En síntesis, las razones que desarrollará la Sala a continuación son las siguientes: primero, la norma acusada no infringe ninguno de los atributos constitucionales que los artículos 88, 89, 228 y 229 Superiores les confieren a las acciones para la defensa de derechos colectivos; segundo, la Corte Constitucional juzga razonable, según la actual distribución de competencias judiciales en esta materia, prever un régimen de medidas cautelares especial para las acciones fundadas en derechos e intereses colectivos cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, y que no se extienda a las acciones del mismo orden cuando las conozca un juez vinculado a una jurisdicción distinta. A continuación se expondrán estas razones con mayor detalle.

*(...) En definitiva, a juicio de la Sala, el párrafo del artículo 229, Ley 1437 de 2011, no viola los artículos 13, 86, 88, 89, 228 y 229 de la Carta, **al extender la regulación de medidas cautelares previsto en capítulo XI, Título V, del CPACA, a los procesos que busquen la protección de derechos e intereses colectivos que sean de conocimiento de la justicia administrativa, por las siguientes razones:** i. no reduce las medidas que puede decretar el juez, sino que las complementa; ii. el juez puede, en virtud suya, adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; iii. Sin necesidad de prestar caución, por parte de quien las solicita; iv. si bien en general se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar, dispuesto para darle traslado a la otra parte y para que esta pueda oponerse, se admite también la posibilidad medidas de urgencia que pretermitan esa oportunidad; v. la decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso, pero de concederse sería en el efecto devolutivo; v. estas medidas se aplicarían en tales procesos, pero cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, lo cual en esta materia responde a un principio de razón suficiente”⁴.(Subrayado fuera del texto).*

Así las cosas, el Máximo Tribunal Constitucional encontró no sólo exequible el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en lo que concierne a la

⁴ Corte constitucional, expediente D-9917, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2014, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

procedencia de medidas cautelares en procesos que tengan por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, sino que también destacó la pertinencia de ampliación del catálogo de medidas cautelares que se adoptan en la jurisdicción contencioso administrativa y la posibilidad del decreto de medidas cautelares de urgencia, en los eventos que así se requieran, dada la inminencia y urgencia que imposibilita el trámite ordinario de traslado a la entidad demandada.

Ahora bien, como quiera que la naturaleza del medio de control que aquí se analiza no se contrajo a la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos ni al restablecimiento del derecho del demandante, de conformidad con lo previsto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, se debe analizar la concurrencia de los siguientes requisitos, a fin de determinar si la medida cautelar solicitada debe ser decretada o denegada:

“En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1) Que la demanda esté razonablemente fundada;*
- 2) Que el demandante haya demostrado “así fuere sumariamente”, la titularidad de los derechos invocados;*
- 3) Que el demandante haya presentado “los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones” que permitan concluir mediante un juicio de ponderación de intereses que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla;*
- 4) Que adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.*

Adicionalmente es necesario tener en cuenta que el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de las medidas cautelares en acciones populares y ha precisado:

“Es importante señalar que acorde con la finalidad protectora de los derechos e intereses colectivos de la Ley 472 de 1998, las medidas previas buscan hacer efectiva dicha protección, cuando de esperarse a la culminación del proceso, las medidas que se adopten en el fallo podrían resultar ineficaces, es decir, buscan conjurar de manera previa al fallo, un peligro o vulneración que se está presentando o que se percibe como de inminente ocurrencia y que no da tiempo a esperar por un fallo definitivo.

(...) En el caso concreto, el actor solicita que como medida previa “se disponga que el impuesto de alumbrado público se cobre con las tarifas estipuladas en el Acuerdo 022 de 2.004”, ello con miras a evitar un daño contingente.

Al respecto, considera esta Sala de decisión que para establecer si es viable decretar la medida previa solicitada por el actor, es necesario indagar si el daño contingente señalado por la parte actora se evidencia de forma manifiesta, si los fundamentos fácticos tienen un principio de prueba sobre su ocurrencia y, si la medida solicitada tiene el efecto útil de “prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado”, como lo exige el artículo 25 de la ley 472 de 1998. Lo anterior por cuanto la procedencia de la medida cautelar pende de la demostración o de la inminencia a un daño, para prevenirlo, o de la causación actual de un daño, para hacerlo cesar.

Al respecto, considera la Sala que en este momento, en el cual aún no se ha trabado la relación jurídico procesal, con la notificación de la demanda a los demandados, no es posible concluir con base en los hechos planteados en la demanda y con fundamento en las pruebas aportadas con ésta, las cuales en su mayoría no se encuentran en estado de valoración, que exista un daño contingente que se pueda conjurar con que la medida previa pedida en la demanda.”⁵ (Negrita y subrayado fuera de texto)

Considerado lo anterior, el Despacho estudiará cada uno de esos presupuestos con el fin de verificar si hay lugar o no al decreto de las medidas cautelares solicitadas en el siguiente orden:

2.4.1. Que la solicitud de medida cautelar se presente en cualquier estado del proceso y que tenga por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos (Art. 229 del CPACA)

Este aspecto se cumplió a cabalidad, como quiera que se formuló y sustentó la solicitud de medida cautelar en el mismo escrito de la demanda y en concordancia con los derechos colectivos invocados en la misma, esto es, principalmente haciendo referencia a la moralidad administrativa.

2.4.2. La medida guarde relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (Art. 230 del CPACA)

Tal como se infirió de la problemática planteada con la solicitud de medida cautelar y las respectivas pretensiones de la demanda, las medidas invocadas guardan relación directa con dichas súplicas, como quiera que buscan (i) la suspensión de los efectos del Contrato de Concesión N° 007 de 2010 y, (ii) de otro lado, la suspensión del cobro de los peajes concesionados a Yuma Concesionaria en virtud del Contrato de Concesión N° 007 de 2010, como forma de hacer efectiva - según indica - la protección a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Expediente: 08001-23-31-000-2005-03595-01. Providencia del 18 de julio de 2007.

2.4.3. De fondo: Presupuestos del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

2.4.3.1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho (*Fumus boni iuris*).

En el presente caso el accionante presentó en debida forma los argumentos y fundamentos de hecho y derecho que exponen de forma clara y precisa las presuntas afectaciones a los derechos colectivos e intereses colectivos que se han invocado a través del presente medio de control y en esa medida, está fundada razonablemente en la afectación de unos bienes jurídicos protegidos de naturaleza colectiva como lo son la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, los cuales están preestablecidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 como derechos e intereses colectivos.

En ese sentido, se advierte de un lado que el deber de “*fundar razonablemente una demanda en derecho*”, se traduce en una carga procesal que la Ley 1437 de 2011 le impone al demandante a fin de esclarecer y precisar el objeto del litigio, garantizar la materialización de los derechos de contradicción y defensa de su contraparte, y facilitar el ejercicio de las facultades oficiosas de interpretación de la *causa petendi* y adecuación a las vías procesales adecuadas, en los eventos de indebida elección del medio de control.

En el sub lite, el *Fumus Boni Iuris* se aprecia en la relación de coherencia, necesidad y relevancia entre los hechos y los derechos colectivos presuntamente vulnerados, como quiera que señala sus argumentos y allega las pruebas que pretende hacer valer para el proceso.

2.4.3.2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

Al tratarse del medio de control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, no se exige calidad especial alguna para acceder a la administración de justicia y dado que el accionante se encuentra actuando en representación de la colectividad y por ende no se predica la titularidad de los derechos en cabeza de una sola persona sino que son colectivos o difusos, se debe concluir que se encuentra legitimada en la causa por activa y facultada para formular petitorio de medida cautelar, pero no se aprecia un análisis que permita colegir *prima facie* una palpable afectación de los derechos colectivos que llevara al convencimiento preliminar de la prosperidad de las solicitudes cautelares sin mayores elementos de juicio como se desarrollará en el numeral 2.4.3.3.

2.4.3.3. Que se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios; o c) Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

Al respecto, ésta magistratura ha efectuado dos análisis, uno desde el punto de vista formal y otro desde la óptica material, no encontrándose acreditados en uno y otro los presupuestos mínimos de concesión.

Desde el punto de vista formal, debe tenerse en cuenta que la causa generadora del riesgo de afectación de los derechos colectivos a la moralidad, la defensa al patrimonio público y el acceso a los servicios públicos, tal y como se identificó en la demanda es la suscripción del contrato 007 del año 2010. Sin embargo en la medida cautelar indicaron los actores populares que la moralidad pública se encuentra en riesgo porque en la suscripción del otrosí N° 05 tuvo incidencia el señor Roberto Prieto que aceptó responsabilidad ante la jurisdicción ordinaria por unos delitos relacionados con tráfico de influencias e interés indebido en la celebración de contratos.

Luego entonces, no se explica por qué en las pretensiones de la demanda, se identifica como la causa que podría llegar a afectar los derechos colectivos, la suscripción del contrato N° 007 de 2010 y en la medida cautelar, se precisa que la moralidad como derecho colectivo estaría en riesgo porque hay un sujeto que al aceptar su responsabilidad penal al parecer manifestó, haber influido en la suscripción del otrosí N°05.

Así las cosas, si lo que pretenden los actores es que con la medida cautelar se evite un perjuicio irremediable sobre derechos colectivos o la agravación de sus efectos, no se entiende el por qué el objeto de una y otra son diferentes, lo anterior además de poner en evidencia una inobservancia del principio de congruencia, insta a este Tribunal a cuestionarse respecto a si al ser la conducta de suscripción de un contrato que data del 2010 o de un otrosí que es de julio de 2015, tal riesgo de afectación de derechos colectivos al que se refieren los demandantes es inmediato e inminente, al punto de justificar su estudio en sede cautelar, o si por el contrario ha de ser objeto de un pronunciamiento en la fase de fondo del asunto, una vez se agoten las etapas procesales respectivas, se recauden los medios de convicción suficientes y se garanticen los derechos de defensa y contradicción.

Co todo, en el marco de la interpretación de la causa *petendi*, de que trata el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, y teniendo en cuenta que el medio de

control de protección de los derechos colectivos, tiene origen constitucional (artículo 88), este Despacho valora que en los hechos descritos en la demanda se explícita que las causas que podrían llegar a afectar los derechos colectivos a la moralidad, la defensa al patrimonio público y el acceso a los servicios públicos, son la suscripción del otrosí N° 05 y la ejecución del contrato N° 007, y en ese contexto efectuará el análisis de la medida cautelar

Ahora, desde la perspectiva material, ha de tenerse en cuenta que las pruebas que esgrime la parte demandante son dos informes de la Contraloría que datan de los años 2016 y 2017 en los que se describen **probables** hallazgos con incidencia fiscal en el manejo de los dineros del contrato N° 007, así como la respuesta a un derecho de petición en la que también se hace mención a un probable incumplimiento del contrato, que podría llegar a generar paralizaciones en su ejecución, aunque también da cuenta de la existencia de una decisión de un Tribunal Arbitral que ordenó suspender todos los procesos sancionatorios adelantados a Yuma Concesionaria por tal razón y continuar con la ejecución contractual.

Así las cosas, en sede cautelar y en el marco de una acción popular, el propósito no es declarar el cumplimiento o incumplimiento del contrato N° 007 de 2010, sino analizar si en el marco de la ejecución del mismo se podrían estar poniendo en riesgo o vulnerando efectivamente derechos colectivos dadas las paralizaciones e irregularidades que según expone el demandante se han generado en el caso concreto.

Así mismo, dentro del proceso habrá de establecerse si las pruebas que aporta el demandante son suficientes para declarar la existencia de un riesgo de afectación de tales derechos colectivos, partiendo de la base que: i) tal riesgo a la moralidad administrativa se funda en el supuesto de que un sujeto que aceptó su responsabilidad penal individual tuvo incidencia en la suscripción del otrosí N° 005, sin que al respecto se aporte elemento material probatorio alguno, y; ii) que en lo que concierne a la probabilidad de afectación de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y de acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna, los accionantes indican de manera genérica y categórica que las causa generadoras son las irregularidades y paralizaciones que se han presentado en la ejecución de las obras con desmedro del patrimonio público y de los derechos del conglomerado social, en tanto se continúa efectuando el cobro de peajes a los usuarios sin que en compensación se les brinde el servicio vial requerido.

En suma, el argumento de probable afectación de la moralidad administrativa se sustenta en una referencia a un proceso penal con el que no se cuenta, es decir, no hay prueba de dicho argumento. Por el contrario en el término de traslado de la medida cautelar, la entidad demandada Yuma Concesionaria

efectúa un ejercicio argumentativo y probatorio, en el que esgrime que más allá de no afectarse dicha moralidad, se está cumpliendo con la planeación del contrato, tan es así que en los documentos técnicos de la licitación estaba previsto el segundo puente de la Vía Plato Magdalena, y adicionalmente refiere que los accionantes le están asignando un alcance indebido al objeto del otrosí N° 005, como quiera que refieren que en aquel se determinó la construcción de una calzada del puente de Plato sobre el Magdalena, circunstancia que no corresponde con la realidad, en tanto las especificaciones técnicas del Contrato de Concesión N° 007 de 2010, apéndice técnico parte A describe que *“en el evento en que, de acuerdo con su oferta técnica, el Concesionario deba construir la segunda calzada en los segmentos anterior y posterior al Puente de Plato, el Concesionario no será responsable de construir un segundo puente en Plato para la segunda calzada, obligación que será de INVIAS y/o INCO”* y en concordancia con ello, el otrosí N° 5 trata de la elaboración de los estudios y diseños de la fase III para la construcción del segundo puente sobre el río Magdalena, sin que a través de esta adición se incluyera dentro del Contrato N° 007 de 2010 la construcción del segundo puente.

Frente a la imputación de riesgo de afectación del patrimonio público y su origen en las probables paralizaciones de las obras, el extremo actor se refiere a los informes de la Contraloría de los años 2016 y 2017, los cuales indicaron:

- Informe final de auditoría Agencia Nacional de Infraestructura - ANI vigencia 2016.

“Se observa retraso en la construcción del proyecto el cual va en el 27% en promedio, lo anterior está representado, tanto en el avance de la obra de mejoramiento el cual va en el 27,2% en promedio, lo anterior está representado, tanto en el avance de la obra de mejoramiento el cual va en el 27,2% como en el avance de doble calzada que va en el 26,8%. Si se tiene en cuenta que el proyecto inició el 17 de agosto de 2012 y la terminación de la obra está programada para el 31 de diciembre de 2019, el proyecto debería reflejar un avance del 57% y presenta un avance del 27% a dos años de terminar su ejecución. (...)”⁶

- Informe final de auditoría Agencia Nacional de Infraestructura - ANI vigencia 2017.

“Hallazgo 6. Administrativo con presunta incidencia disciplinaria. Aportes Vigencias Futuras Ruta del Sol Sector 3. Administración eficiente de recursos públicos.

Del 1 de junio de 2011 al 31 de diciembre de 2017, la ANI ha trasladado recursos al Patrimonio Autónomo del Proyecto Ruta del Sol III, por concepto de vigencias Futuras, en cuantía de \$1.781.162 millones. De la anterior suma, al concesionario

⁶ Informe final de auditoría Agencia Nacional de Infraestructura - ANI vigencia 2016. Página 26. CD folio 25.

solo se le han efectuado pagos equivalentes al 10%, es decir \$174.507.2 millones, evidenciando con ello, que la ejecución financiera del proyecto ha sido muy baja durante los últimos 6 años, con lo cual, a 31 de diciembre de 2017, aún existe un saldo en el Patrimonio Autónomo por \$1.664.910.8 millones

Si bien en la Entidad cursa un proceso administrativo sancionatorio en contra del concesionario; la interventoría mediante comunicaciones C.991/R57242/77/5.3 y C.991/R57292/77/15.3 de octubre 5 y 12 de 2017, respectivamente, de manera motivada solicita la declaratoria de incumplimiento y, en consecuencia, la caducidad del contrato de concesión, ante la presencia de incumplimientos graves y directos por parte de Yuma Concesionara S.A, respecto de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, que pueden conducir a su paralización. No obstante, la ANI continúa realizando los traslados de los aportes de vigencias futuras, entre ellos la vigencia futura del año 2017 por valor de \$3.4.221,1 millones al patrimonio autónomo.

El traslado de dichos recursos a la Fiduciaria, continúan engrosando los saldos del patrimonio autónomo sin ser ejecutados en la oportunidad, términos y condiciones inicialmente pactadas debido al incumplimiento que presenta el Proyecto, lo que puede conllevar a que al momento de contratar nuevamente la obra ante la pérdida del valor adquisitivo de los recursos estos no sean suficientes para su ejecución toda vez que el proyecto va a costar más de lo presupuestado hace 7 años.

Así mismo, la situación expuesta se presenta debido a posibles deficiencias en el proceso de estructuración realizado por la entidad, al no tener en cuenta el estudio minucioso de los proponentes, así como las condiciones económicas del concesionario que justificaron la proyección de las inversiones que finalmente impacta en el costo de capital en el proyecto de concesión. Lo anterior, por cuanto el plan de inversiones inicialmente estimado dista en extremo a la realidad en su ejecución.

(...)

De los giros de las vigencias futuras de los últimos 5 años, el 90% permanecen inmovilizados, lo cual indica que los recursos públicos en la entidad fiduciaria se encuentran durante largos periodos de tiempo sin ser utilizados, de manera que no se está dando cumplimiento a la finalidad contractual, para la cual se constituyeron y, en consecuencia, no se están destinando oportunamente a la adquisición de los bienes y servicios para los cuales fueron aprobados.

Como se puede observar, el promedio anual de recursos públicos inmovilizados en la Fiduciaria para el periodo 2012-2017 es de \$237.844.3 millones, que representan el 15% del total del presupuesto anual de la Agencia Nacional de Infraestructura del año 2017, los cuales están siendo considerados como ejecutados dentro del presupuesto de la Entidad, sin estarlo.

Ahora bien, en el Plan Nacional de Desarrollo –PND- 2010-2014 expedido mediante la Ley 1450 de 2011, en su Parágrafo 2º del artículo 261 ordenó a los administradores de los patrimonios autónomos el reintegro al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de los saldos disponibles en dichos patrimonios que no estuvieran

amparando obligaciones y cuyo giro se hubiera realizado con más de dos años de anterioridad, es decir el reintegro de recursos inmovilizados.

(...)

Lo anterior, trae como consecuencia que el Ministerio de Hacienda no gire nuevos recursos mientras se hayan ejecutado los disponibles “para evitar los riesgos derivados de mantener recursos públicos ociosos en entidades fiduciarias (...) garantizando que los saldos en fiducias mantengan los niveles acordes con la gestión de pagos de la Unidad Ejecutora. Así mismo, que no se haya permitido la alineación de los objetivos y prioridades definidos en el Plan Nacional de Desarrollo con el Plan Plurianual de Inversiones como lo establece el artículo 148 Orientación de la inversión a resultados...

De acuerdo con lo anterior, se presenta un presunto incumplimiento de lo establecido en el Parágrafo 2^o del artículo 261 de la Ley 1450 de 2011, durante los años 2011 a 2015 mientras estuvo vigente el artículo de dicha Ley y del artículo 148 de la Ley 1753 de 2015 ya que la inversión no generó resultados, técnica presupuestal que promueve el uso eficiente y transparente de los recursos de inversión, por lo tanto, no hizo posible establecer una relación directa entre el gasto y los bienes y servicios entregados a la ciudadanía. Así como a lo establecido en los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002 (...)”⁷

Por su parte, la respuesta con radicado N°2019-500-016885-1 brindada a derecho de petición interpuesto ante la ANI, señala:

“(...) Responda SI o NO, y argumente SI YUMA CONCESIONARIA S.A. ha incumplido con sus obligaciones.

A la fecha no existe en contra de Yuma Concesionaria SA, declaratoria de incumplimiento en firme respecto de la ejecución del Contrato de Concesión No. 007 de 2010.

Sin embargo, es del caso informar que desde el mes de junio de 2017 la Agencia evidenció un presunto incumplimiento grave de las obligaciones de YUMA CONCESIONARIA S.A. que amenazan la parálisis total y definitiva del Contrato razón por la cual, en cumplimiento de nuestras facultades legales y contractuales, se dio inicio al respectivo proceso administrativo sancionatorio en su contra de la Sociedad YUMA CONCESIONARIA S.A., procedimiento que podría conllevar la declaratoria de caducidad. Este proceso actualmente se encuentra suspendido como parte de las medidas cautelares ordenadas en el marco de un Tribunal Internacional convocado por YUMA CONCESIONARIA S.A.

Adicionalmente, y pese a encontrarse amparados por la mencionada medida cautelar, se ha requerido el inicio de los siguientes procesos administrativos sancionatorios:

Nº	Procesos Incumplimiento	Descripción
----	-------------------------	-------------

⁷ Informe final de auditoría Agencia Nacional de Infraestructura - ANI vigencia 2017. Páginas 38 a 41. CD folio 25.

1	Estudios y diseños de 2 puente entre Plato - Zambrano.	Radicado 20175001010138033 del 3 de octubre de 2017.
---	--	--

2. Responda SI o NO, y argumente si contra YUMA CONCESIONARIA S.A. se está llevando a cabo un proceso de caducidad del contrato.

Como se expuso en el numeral anterior, el 26 de diciembre de 2017 la Vicepresidencia Ejecutiva solicitó al GIT de Sancionatorios de la Vicepresidencia Jurídica de la Entidad, dar inicio a un Proceso Administrativo Sancionatorio en contra de Yuma Concesionaria S.A. que puede llevar a la Caducidad del Contrato de Concesión No. 007 de 2010, de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y a lo pactado en el Capítulo XV Terminación del Contrato y Cláusulas Excepcionales al Derecho Común, en sus Secciones 15.01. Terminación del Contrato – Literal (a) y la Sección 15.02. Caducidad, del Contrato de Concesión N° 007 de 2010, actualmente suspendido como parte de la medida provisional emitida por el Tribunal Internacional que instauró la Concesionaria.

3. Como es hecho notorio que todo lo anterior es cierto, DR LOUIS FRANCOIS KLEYN LÓPEZ emita acto administrativo mediante el cual se suspenda el cobro de los peajes dados en concesión a YUMA CONCESIONARIA S.A.

Respecto a esta petición, comedidamente aclaramos que la ejecución de los recursos públicos en contratos de concesión amerita las siguientes consideraciones:

Dada la gran diferencia entre los contratos de concesión y los contratos de obra pública, los recursos públicos que a ellos se destinen se ejecutan en distinta forma.

En primer lugar, los recursos en los contratos de obra pública se entienden ejecutados con la recepción de bienes y servicios, mientras en los contratos de concesión, con el cumplimiento de los requisitos que hacen exigible su pago establecido en el Contrato de Concesión.

En los contratos de obra pública, la entidad pública contratante pagadora en este caso la Agencia Nacional de Infraestructura, recibe determinadas cantidades de obra (bienes y servicios) es decir, independientemente de la forma de pago del contrato (a precio fijo, a precios unitarios, 'por administración delegada etc.), (os recursos públicos se ejecutan cuando la entidad recibe a satisfacción bienes y servicios.

El objeto del Contrato No. 007 de 2010 es el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector. Por consiguiente, la contraprestación del Concesionario consistirá en el VPIT¹ que se obtendrá con (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la Sección 13.03 del Contrato y (ii) los ingresos provenientes del recaudo del Peaje, en los términos señalados en la Sección 13.05 del Contrato en comento.

Dado lo anterior, se entiende que la retribución al concesionario proviene de una bolsa de recursos consistentes en Vigencias Futuras y Recaudo de peajes que, sin perjuicio de la Vigencia, Fase o estado del proyecto, cubrirá las todas las obligaciones del Concesionario contempladas en la sección 2.05 del Contrato de Concesión, tales como Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, gestiones Ambientales y Prediales, Garantías, Diseños, Financiación, etc.

Por las razones expuestas en los párrafos precedentes, no es viable acceder a su petición debido a que es una obligación que debe mantenerse vigente sin importar el estado del Proyecto, adicionalmente desde el punto de vista financiero, se debe mantener el equilibrio económico del Contrato de Concesión N° 007 de 2010 y no alterar el VIPT (Valor Presente de los Ingresos Totales).” (fls. 28 a 35 cuaderno principal).

Como se evidencia, los documentos aportados por los actores populares si bien hacen mención a unos probables hallazgos con incidencia fiscal y a circunstancias que si bien podrían ser características de paralización de las obras del Contrato de Concesión N° 007 de 2010, dichas circunstancias están siendo investigadas en procesos sancionatorios, que además están suspendidos por orden de un Tribunal Arbitral que conoce de litigio entre la Agencia Nacional de Infraestructura y YUMA Concesionaria, de manera que no resultan estas pruebas contundentes para sustentar la afectación a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, máxime cuando ésta se sustenta en la suscripción del otro sí N° 5 que pactó entre las partes la elaboración de los estudios y diseños de la fase III para la construcción del segundo puente sobre el río Magdalena, es decir, no adicionó la ejecución de obras a cargo de la empresa concesionaria.

Además, tales pruebas además de no ser concluyentes, son controvertidas con una prueba aportada por los mismos demandantes, esto es el informe ejecutivo de la ANI del 31 de diciembre de 2017 que da cuenta de que se había cumplido con la fase de los pre-estudios y que se surte la fase de la ejecución de las obras en 31,39% porcentaje, lo que se complementa con las pruebas allegadas por la entidad demandada, principalmente los informes de interventoría que dan cuenta de la ejecución de las obras y del cumplimiento de los presupuestos técnicos en la ejecución de las obras (fl. 149 CD - Anexo 7 cartas interventoría. Cuaderno Principal), así:

- Oficio N° C.991/RS8706/18/7.3.7 suscrito por la interventoría el 27 de diciembre de 2018:

“En inspección realizada por la interventoría sobre el estado de las calzadas en las diferentes vías del sector 3 de la Ruta del Sol, para medir las actividades del umbral puntual establecido en la ficha técnica del indicador E6 “Baches, Asentamientos y Fisuras” en el concepto de medición 2 de dicho indicador, se pudo verificar que el

Concesionario subsanó todos los incumplimientos del umbral puntual notificados (...)

- Oficio N° C.991/RS8729/19/7.3.7 suscrito por la interventoría el 18 de enero de 2019:

“Una vez que el Concesionario terminó las actividades de limpieza y mantenimiento de las obras de drenaje, de acuerdo con lo indicado en el oficio C.991/RS8511/18/7.3.7 del 25 de octubre de 2018, atendiendo lo reglado en el contrato de concesión respecto al cumplimiento del indicador E10 (Drenajes Superficiales, longitudinal y transversal) localizadas en las vías del proyecto de la referencia; esta Interventoría procedió a verificar mediante inspección visual el estado de estos drenajes, confirmando que estas alcantarillas quedaron con mínimo de 85% de la sección libre, cumpliendo con el umbral puntual de Indicar E10 en su concepto de medición 1 una vez cumplido su periodo de curado (1 mes) en los sitios donde anteriormente habían sido notificados incumplimientos debidamente reportados.

(...)

Por consiguiente, se da por subsanado el incumplimiento del indicador E10 en su concepto de medición 1- Etapa Preoperativa, para la medición del año 2018”

- Oficio N° C.991/RS9016/19/7.3.7 suscrito por la interventoría el 19 de mayo de 2019:

“En atención a los oficios en referencia, donde el Concesionario informa de la actividades realizadas por su Contratista EPC relacionadas con el mantenimiento rutinario adelantado en las rutas del proyecto, nos permitimos manifestar:

En recorrido de inspección realizada por esta Interventoría a los sitios señalados en los oficios de la referencia, evidenciamos que efectivamente se han ejecutado las actividades de parcheo, tratamiento de desconches, ahuellamientos, colocación de señales verticales, demarcación horizontal, tratamiento de fisuras y pieles de cocodrilo, instalación de tachas, actividades propias del mantenimiento rutinario.

Por lo anterior, nos permitimos señalar que el concesionario ha cumplido con el mantenimiento rutinario en las rutas y tramos indicados en los oficios de la referencia.”

- Oficio N° C.991/RS9016/19/7.3.7 suscrito por la interventoría el 19 de mayo de 2019:

“En atención a los oficios en referencia, donde el Concesionario informa de la actividades realizadas por su Contratista EPC relacionadas con el mantenimiento rutinario adelantado en las rutas del proyecto, nos permitimos manifestar:

En recorrido de inspección realizada por esta Interventoría a los sitios señalados en los oficios de la referencia, evidenciamos que efectivamente se han ejecutado las actividades de parcheo, tratamiento de desconches, ahuellamientos, colocación de

señales verticales, demarcación horizontal, tratamiento de fisuras y pieles de cocodrilo, instalación de tachas, actividades propias del mantenimiento rutinario.

Por lo anterior, nos permitimos señalar que el concesionario ha cumplido con el mantenimiento rutinario en las rutas y tramos indicados en los oficios de la referencia.”

- Oficio N° C.991/RS9118/19/7.3.7 suscrito por la interventoría el 17 de junio de 2019:

“En inspección realizada por la interventoría sobre el estado de las calzadas en las diferentes vías del sector 3 de la Ruta del Sol, para medir las actividades del umbral puntual establecido en la ficha técnica del indicador E6 “Baches, Asentamientos y Fisuras” en el concepto de medición 2 de dicho indicador, se pudo verificar que el Concesionario subsanó todos los incumplimientos del umbral puntual que le fueron advertidos mediante el oficio C.991/RS9063/19/7.3.7 del 5 de junio de 2019(…)”

- Oficio N° C.991/RS9174/19/7.3.3 suscrito por la interventoría el 08 de julio de 2019:

“(…) La interventoría, en visita realizada a los sitios señalados en los oficios del concesionario, evidenció que efectivamente se habían realizado las actividades de bacheos y demarcación vía, rocería, limpieza de cunetas, limpieza de drenajes y reparación de transversales, defensas metálicas, señalización vertical de instalación de tachas, actividades propias del mantenimiento rutinario.

Por lo anterior, nos permitimos señalar que el Concesionario ha cumplido con el mantenimiento rutinario en las rutas y tramos indicados en los oficios objeto de esta comunicación.”

- Oficio N° C.991/RS9247/19/7.3.3 suscrito por la interventoría el 29 de julio de 2019:

“Acusamos recibido del oficio de la referencia, donde el Concesionario informa de las actividades realizadas por su subcontratista EPC relacionadas con el mantenimiento rutinario adelantado en los puentes PIP.

En recorrido de la inspección realizada por esta Interventoría a los sitios señalados en el oficio de la referencia, evidenciamos que efectivamente se han ejecutado actividades de pintura de barandas, parcheo de la carpeta asfáltica, pintura de bordillos, reparación de pieles de cocodrilo, reposición de captafaros y demarcación horizontal de la vía.

Por lo anterior, nos permitimos señalar que el concesionario ha cumplido con el mantenimiento de la infraestructura indicada en el oficio de la referencia.”

De otra parte, frente al uso de los recursos recaudados en los seis (06) peajes de la concesión, se encuentra probado que éste es administrado por la Fiduciaria Bancolombia, la cual certificó el 01 de agosto de 2019, lo siguiente:

“(...) Fiduciaria Bancolombia S.A. además de las obligaciones contraídas en el contrato fiduciario y las previstas en el artículo 1234 del código de comercio, realizó a corte 30 de junio de 2019, entre otras, las siguientes actividades:

- *Recibió los bienes fideicomitidos señalados en la cláusula cuarta y los administró de conformidad con lo establecido en el contrato de fiducia mercantil, en el contrato de concesión y en sus apéndices y anexos.*
- *Dio a los recursos administrados por el fideicomiso la destinación que a los mismos correspondió y efectuó los pagos a que hubo lugar con cargo a cada una de las subcuentas, de conformidad con lo establecido en el contrato de concesión y en sus apéndices y anexos y veló porque tal destinación se cumpliera, en el orden de prelación establecido.”* (fl. 145 CD Anexo 8. Cuaderno principal)

Lo anterior, fue igualmente expuesto por la Agencia Nacional de Infraestructura en su contestación de la demanda, donde indica que las sumas recaudadas en las casetas de peajes son invertidas en el proyecto vial bajo la administración de la fiduciaria (fl. 180 cuaderno principal).

En otras palabras, las pruebas obrantes en el plenario hasta esta etapa procesal no sustentan la necesidad de la medida solicitada por los demandantes de suspender el cobro de peajes concesionados en torno al Contrato N° 007 de 2010, pues no se encuentra acreditado (al menos en este análisis preliminar) las argumentaciones de riesgo de afectación del patrimonio público.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la adopción de medidas cautelares es procedente, considerando la *necesariedad* que deriva de la calidad de forzosa que tiene la medida solicitada referida al caso específico, es decir, que en la circunstancia concreta su aplicación es inevitable; y la *urgencia* que se manifiesta en que su pronta ejecución obliga al juez a aplicarla, en complementación de los fines perseguidos con la demanda presentada.

Presupuestos que como se dijo no fueron sustentados por el demandante para que sea procedente la medida solicitada, teniendo como carga procesal el deber de exponer no sólo sus argumentos para considerar que se vulneraron los derechos colectivos invocadas, sino también la necesidad y urgencia de la adopción de la medida cautelar y el perjuicio irremediable que considera se puede materializar.

De este modo, con las pruebas obrantes en el expediente no es posible concluir que deba decretarse la medida cautelar invocada con el fin de salvaguardar los derechos colectivos, pues resultan insuficientes en esta etapa procesal, y en esa medida no

permiten hacer el juicio de ponderación respecto del menor riesgo de afectación del interés público.

Al respecto debe tenerse en cuenta que:

“...la medida cautelar puede decretarse en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, siempre que se pruebe: a) la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo y b) que en esa vulneración esté comprometida, por acción u omisión, la entidad demandada. Como el legislador estableció precisas causales con fundamento en las cuales el interesado puede oponerse a las medidas previas, que se refieren a los efectos que ha de producir la misma respecto de los derechos colectivos que se pretenden proteger, del interés público y de la situación del demandado, resulta importante tener en cuenta estas circunstancias con el objeto de que se profiera una medida que, además de ser necesaria para la garantía del derecho colectivo vulnerado o puesto en peligro, no resulte lesiva al propio derecho, al interés público o al demandado. Una vez cumplidos los supuestos que hacen procedente la medida cautelar, el juez puede adoptar la que resulte necesaria para contrarrestar la vulneración o amenaza del derecho colectivo, que debe ser la adecuada a las necesidades de cada circunstancia particular.”⁸ (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, lo que se ha acreditado es que i) el demandante no presenta ningún perjuicio irremediable; ii) no requiere de medidas urgentes para ser aplacado; iii) no se ha acreditado una gravedad inminente y finalmente iv) no sólo puede ser evitado a partir de acciones impostergables, como la solicitada en la medida cautelar.

En consonancia con lo advertido, el perjuicio irremediable que refieren los accionantes no se encuentra acreditado y por el contrario la entidad demandada ha explicitado que si bien en la ejecución de las obras se presentaron algunas demoras, estas se originaron en circunstancias externas, tales como el trámite de consultas previas con comunidades indígenas, tal como se acreditó con las actas de protocolización de consultas previas, aportadas por Yuma Concesionaria en el CD obrante a folio 145 del cuaderno principal Anexo 17.

En ese orden de ideas y sin desconocer la valoración íntegra probatoria que se efectúe en la resolución de fondo el asunto, lo que se tiene en esta fase cautelar es que la presunta afectación al patrimonio público y las dificultades de acceso a los servicios públicos y su prestación, que refieren los demandantes existir, no se encuentra acreditada, y por el contrario, la entidad demandada ha demostrado unos informes de interventoría que dan cuenta de la ejecución de las obras y del cumplimiento de los presupuestos técnicos en la ejecución de las

⁸Consejo de Estado, Sección Tercera. C.P. Camilo Arciniegas Andrade Expediente: 13001-23-31-000-2005-01023-01

obras, además del conocimiento que tiene un Tribunal de Arbitramento sobre los presuntos incumplimientos del contrato, en el marco del cual ordenó suspender los procesos sancionatorios; proceso arbitral sobre el cual, este Despacho de estimarlo procedente, buscará en la fase probatoria de este medio de control, esclarecer información.

Ahora, en cuanto al argumento de que el servicio es deficiente y que el dinero recaudado en los peajes no se está invirtiendo en la ejecución de las obras, el demandante no allega soporte probatorio alguno, mientras que tal como se desprende de las pruebas aportadas por la entidad demandada, como los informes de interventoría, ésta ha desplegado gestiones para el mantenimiento técnico a las obras y ha habilitado parte del tramo contratado.

En suma, los argumentos esgrimidos por los demandantes según los cuales existía un riesgo de afectación de derechos colectivos no se encuentra acreditado, menos aún el hecho de que resulte menos gravoso para el interés público adoptar la medida cautelar que no hacerlo. Sobre este último punto ha de recordarse que la medida solicitada gira en torno a la ejecución de un contrato, respecto de lo cual la Ley 1437 de 2011, esa es la medida de última ratio (Nº2 del artículo 230)⁹.

En ese sentido, a la fecha no existe en el plenario prueba de la afectación de la moralidad administrativa derivada de la suscripción del otrosí Nº05 contrato Nº007 en tanto la prueba referida por los accionantes, relacionada con la aceptación de responsabilidad en sede penal, del señor Roberto Prieto, no obra en el expediente. Y de otra parte, frente a la alegada inobservancia del principio de planeación en dicho otrosí, los accionantes se limitan a efectuar una afirmación indefinida sobre el particular, considerando que al no haberse contratado con Yuma Concesionaria la construcción del segundo puente de Plato sobre el Río Magdalena en el Contrato Nº 007 de 2010, mientras que la entidad demandada aclara el objeto del otrosí Nº 5 y allega los estudios técnicos del proceso licitatorio donde puntualmente el apéndice técnico parte A describe que *“en el evento en que, de acuerdo con su oferta técnica, el Concesionario deba construir la segunda calzada en los segmentos anterior y posterior al Puente de Plato, el Concesionario no será responsable de construir un segundo puente en Plato para la segunda calzada, obligación que será de INVIAS y/o INCO”*.

Lo anterior aunado a que el argumento del demandantes se funda en el hecho de que al estar paralizadas las obras, el dinero recaudado no se estaría

⁹ “(...) 2 (...) el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción (...)”

invirtiendo en las mismas, sin embargo, tal y como se indicó *supra*, tal paralización de las obras no está acreditada en el plenario hasta ahora, lo que sí está demostrado es que en los años 2016 y 2017 se reportaron unos hallazgos con probable incidencia fiscal, respecto de los cuales adelantó la Contraloría investigación, y que con ocasión del presunto incumplimiento del contrato cursa un proceso arbitral en el que se ordenó la suspensión de los procesos administrativos sancionatorios internos; sin embargo, al menos conforme a los informes de interventoría, la obra estaría en ejecución, así mismo que existe un CONPES en el que se relacionan algunas de las moras que se afrontaron en la ejecución del contrato, tales como la identificación de unos resguardos indígenas que tenían incidencia en la zona del proyecto y frente a los cuales se debían efectuar las consultas previas respectivas.

En lo concerniente al argumento relacionado con que el servicio público sea ineficiente e inoportuno, y sin perjuicio de la valoración integral de las pruebas que en su oportunidad haga esta Magistratura de las pruebas aportadas por las partes y las que decreta de oficio, lo que se tiene hasta ahora es que frente a la afirmación que hacen los demandantes de notoriedad de hechos, hay informes de interventoría de la ANI que dan cuenta que se están cumpliendo con los presupuestos de mantenimiento de las vías en la fase contractual en la que está.

Lo anterior aunado a la falta de sustento del perjuicio irremediable que hiciere el actor, quien de manera absolutamente indefinida refirió que el mismo se encuentra demostrado por sí solo, ya que todo lo que tiene que ver con los derechos colectivos es grave y amerita de la adopción de medidas urgentes (fl. 3 cuaderno medida cautelar), permiten concluir que los mismo no se encuentran demostrados en el caso concreto y que en consecuencia se negará la medida cautelar solicitada.

Adicionalmente, en caso de que se demuestre la trasgresión o amenaza de los bienes jurídicos colectivos que motivaron la interposición de la demanda, la Subsección deberá adoptar las medidas pertinentes para conjurar tal menoscabo, por lo que tampoco se puede considerar que los efectos de la sentencia serían nugatorios.

En conclusión, al no cumplirse con los presupuestos legales establecidos en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, para que se decreta la medida cautelar solicitada y se advierte que las medidas cautelares pueden solicitarse durante todas las etapas procesales y que en virtud del inciso segundo del artículo 229 *ibidem*, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la solicitud de medida cautelar presentada por los señores José Gregorio Zapata Miranda y Juan David Jiménez Mulford de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO INTERLOCUTORIO N° 2020-10-439 NE

Bogotá D.C., Cuatro (04) de noviembre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE:	250002341000 2019 01050 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	CAMILO ANDRÉS CASTRO ROBAYO
DEMANDADO	NIDIA CRUZ ORTEGA
TEMA	VIOLENCIA SOBRE LOS ELECTORES
ASUNTO:	RECHAZA ADICIÓN DE DEMANDA

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede el Despacho a realizar el estudio de admisibilidad de la adición de demanda presentada, con base en los siguientes:

I ANTECEDENTES

El señor Carlos Andrés Rojas Castro, presentó demanda dentro del medio de control de nulidad electoral solicitando la nulidad del acto de elección contenido en los Formularios de Resultado de Escrutinio E - 26 ALC y E- 27 emitidas el 30 de octubre de 2019, proferidas por la Comisión Escrutadora Municipal de Quipile, mediante la cual se declaró como alcaldesa electa a la señora Nidia Cruz Ortega, por considerar que se incurrió en la prohibición prevista en el numeral 2 del artículo 27 de la Ley 1475 de 2011, al utilizar fuentes de financiación de la campaña política para costear fines antidemocráticos o atentatorios del orden público, y por incurrir en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, esto es, haber ejercido hechos de violencia contra los electores.

Mediante Auto No. 2020-01-010 del 21 de enero de 2020 la demanda fue inadmitida con el fin de que el demandante precisara la dirección de notificaciones de la demandada y además allegara las decisiones correspondientes a las quejas presentadas ante el Consejo Nacional Electoral con el fin de tenerse como actos demandados, tal y como lo dispone el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011.

Mediante escrito de subsanación presentado el 22 de enero de 2020 (Fl. 42), el demandante procedió a informar la dirección de notificaciones de la demandada y se admitió la demanda a través del Auto No. 2020-01-026 del 3 de febrero de 2020.

II CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 278 de la Ley 1437 de 2011, la reforma de la demanda procede por única vez en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 278. REFORMA DE LA DEMANDA. La demanda podrá reformarse por una sola vez dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda al demandante y se resolverá dentro de los tres (3) días siguientes. Podrán adicionarse cargos contra el acto cuya nulidad se pretende siempre que no haya operado la caducidad, en caso contrario se rechazará la reforma en relación con estos cargos. Contra el auto que resuelva sobre la admisión de la reforma de la demanda no procederá recurso.” (Subrayado fuera de texto)

De este modo, se observa que el Auto No. 2020-01-026 del 3 de febrero de 2020, mediante el cual se admitió la demanda fue notificado por estado al demandante el 10 de febrero de 2020 (Fl. 51 Anv., y 52 CP1), por lo que el término para presentar reforma o adición a la demanda transcurrió entre los días 21, 24 y 25 de febrero del mismo año.

No obstante, el demandante presentó su escrito de adición de demanda el 6 de marzo de 2020 (Fls. 64 y 65 CP1), es decir, por fuera del término legalmente concedido, tal y como lo dispone el artículo 278 *ibidem*.

En consecuencia, la solicitud de adición de demanda será rechazada, como quiera que fue presentada por fuera de los tres (3) días subsiguientes a la notificación de la admisión de la misma, y por tanto, fue presentada de forma extemporánea.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO.- RECHAZAR por extemporánea la adición de demanda presentada por el demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, devolver el expediente al Despacho para continuar con el trámite respectivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO SUSTANCIACIÓN N° 2020-11- 143 E

Bogotá, D.C., Noviembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE:	250002341000 2019 01060 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO - ASEMDEP
DEMANDADO:	YUBERSON BRAVO DAZA
TEMA	NOMBRAMIENTO PROVISIONAL PROFESIONAL ESPECIALIZADO
ASUNTO:	FIJA FECHA PARA AUDIENCIA INICIAL

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

El señor Mario Andrés Sandoval Rojas, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, solicita se declare la nulidad de la Resolución No. 1424 del 18 de octubre de 2019, mediante la cual se nombra provisionalmente a Yuberson Bravo Daza en el cargo de Profesional Especializado, código 2010, Grado 18, perteneciente al nivel profesional, adscrito al grupo de Sistemas de la Secretaría General, la cual fue admitida mediante Auto No. 2020-01-014 del 28 de enero de 2020, y notificada a las partes el 10 de febrero y 4 de marzo de 2020 (Fls. 22 y 61 CP).

En esa medida, atendiendo lo dispuesto por el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, se fija como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial el día 24 de noviembre de 2020, a las 10:00 a.m., a través de la plataforma Microsoft Teams, para lo cual, se remite el siguiente link:

https://teams.microsoft.com/l/meetup-join/19%3ameeting_YTA1NjAxNDgtZWZMi00MmQ2LWJkOGQtNTA5N2I5ODdmZGE4%40thread.v2/0?context=%7b%22Tid%22%3a%22622cba98-80f8-41f3-8df5-8eb99901598b%22%2c%22Oid%22%3a%22a7a0a236-1d45-4320-ade2-05b135d17554%22%7d

En mérito de lo expuesto,

DISPONE

PRIMERO.- SEÑALAR como fecha fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial el día el día 24 de noviembre de 2020, a las 10:00 a.m., a través

de la plataforma Microsoft Teams, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría **NOTIFICAR** a las partes de la presente decisión, remitiendo el link de la plataforma Teams para la celebración de la Audiencia Inicial a las direcciones electrónicas dispuestas por las partes, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISES RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO SUSTANCIACIÓN N° 2020-11- 152 E

Bogotá, D.C., Noviembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE:	250002341000 2019 01112 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	HEBER CIBEL VILLAMIL VELÁSQUEZ
DEMANDADO	JONNATHAN ANDRÉS VELA RODRÍGUEZ
TEMA	NULIDAD DE ACTO DE ELECCIÓN DE CONCEJAL DE SOACHA, CUNDINAMARCA - INHABILIDAD DEL ELEGIDO POR INCURRIR EN DOBLE MILITANCIA POLÍTICA
ASUNTO:	FIJA FECHA PARA AUDIENCIA INICIAL

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

El señor Heber Cibel Villamil Velásquez, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, solicita se declare la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26 CON del 2 de noviembre de 2019 emitido por la Comisión Escrutadora del municipio de Soacha para el periodo 2020-2023, mediante el cual se declaró como concejal electo de dicho municipio al señor Jonnathan Andrés Vela Rodríguez, al considerar que incurre en doble militancia, la cual fue admitida mediante Auto No. 2020-01-003 del 14 de enero de 2020.

En esa medida, atendiendo lo dispuesto por el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, se fija como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial el día 24 de noviembre de 2020, a las 11.30 a.m., a través de la plataforma Microsoft Teams, para lo cual, se remite el siguiente link:

https://teams.microsoft.com/l/meetup-join/19%3ameeting_MDJkM2E4YzUtMTgzMy00ZDcxLTljOTctZGM0MTcyNGYzNTMx%40thread.v2/0?context=%7b%22Tid%22%3a%22622cba98-80f8-41f3-8df5-8eb99901598b%22%2c%22Oid%22%3a%22a7a0a236-1d45-4320-ade2-05b135d17554%22%7d

En mérito de lo expuesto,

DISPONE

PRIMERO.- SEÑALAR como fecha fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial el día el día 24 de noviembre de 2020, a las 11:30 a.m., a través

de la plataforma Microsoft Teams, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría **NOTIFICAR** a las partes de la presente decisión, remitiendo el link de la plataforma Teams para la celebración de la Audiencia Inicial a las direcciones electrónicas dispuestas por las partes, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO SUSTANCIACIÓN N° 2020-11-151 E

Bogotá D.C., Diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE:	250002341000 2019 01121 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	FERNANDO VARGAS MENDOZA
DEMANDADO	CLARA LUZ GUTIÉRREZ AGUDELO
TEMA	NULIDAD DE ACTO DE ELECCIÓN DE EDIL DE CIUDAD BOLIVAR - INHABILIDAD DE LA ELEGIDA POR CELEBRACIÓN DE CONTRATO
ASUNTO:	ORDENA CORRER TRASLADO PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN - SENTENCIA ANTICIPADA

El señor Fernando Vargas Mendoza, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, solicita se declare la nulidad del acto de elección contenido en el formulario E-26 JAL del 3 de noviembre de 2019 emitido por la Comisión Escrutadora de la localidad de Ciudad Bolívar para el periodo 2020-2023, mediante el cual se declaró como edil electa de dicha localidad a la señora Clara Luz Gutiérrez Agudelo, al considerar que incurre en inhabilidad por celebración de contrato con el distrito en los últimos tres meses que antecedieron su inscripción como candidata, demanda que fue admitida mediante Auto No. 2020-01-005 del 14 de enero de 2020.

A través de Auto No. 2020-09-347 del 24 de septiembre de 2020 se resolvieron las excepciones previas y mixtas presentadas por la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020.

Conforme lo anterior, y en atención a lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto

Legislativo 806 de 2020, se concluye que se reúnen los elementos para dictar sentencia anticipada, esto es, antes de la realización de la audiencia inicial, como quiera que no hay lugar a realizar práctica de pruebas, razón por la que se procederá a correr traslado a las partes en los términos de que trata el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que se dispondrá el término común de diez (10) días a las partes para presentar sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que si a bien lo tiene rinda concepto.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO.- ESTIMAR que se reúnen los elementos para dictar sentencia anticipada de que trata el artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 por no haber lugar a realizar práctica de pruebas.

SEGUNDO: CORRER traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que presente su concepto, por el término común de diez (10) días, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020 y el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISES RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO INTERLOCUTORIO N°2020-10-455 E

Bogotá D.C., Nueve (09) de noviembre de dos mil veinte (2020)

EXP. RADICACIÓN:	250002341000 2020 00474 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES - PROCURAR
DEMANDADO:	ELÍAS HOYOS SALAZAR - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TEMAS:	NOMBRAMIENTO PROCURADOR 26 JUDICIAL II PARA ASUNTOS PENALES
ASUNTO:	RESUELVE EXCEPCIONES PREVIAS - DECRETO 806 DE 2020

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala unitaria a pronunciarse sobre las excepciones previas propuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, con base en los siguientes:

I ANTECEDENTES

La apoderada del Sindicato de Procuradores Judiciales - Procurar, promovió medio de control electoral solicitando la nulidad del artículo 116 del Decreto 431 del 19 de marzo de 2020, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación prorrogó el nombramiento en provisionalidad del señor ELIAS HOYOS SALAZAR como Procurador 26 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Bogotá, Código 3PJ, grado EC, considerando que se ha vulnerado el Régimen de Carrera Administrativa, y se ha faltado al deber motivar los actos administrativos que disponen sobre nombramientos provisionales o en encargo en empleos de carrera, demanda que fue admitida mediante Auto No. 2020-08-249 del 14 de agosto de 2020.

En el término de traslado de la demanda y de forma oportuna, el demandado ELIAS HOYOS SALAZAR, presentó escrito de contestación de demanda el 8 de septiembre de 2020, en la cual se presentaron excepciones previas.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación presentó contestación de demanda dentro del término oportuno el 9 de septiembre de 2020, sin embargo, no invocó excepciones de previas o mixtas que deban ser resueltas en esta oportunidad.

II CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Conforme las disposiciones especiales que regulan los procesos electorales, se determinó en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 dispone que la audiencia inicial se contraerá al saneamiento del proceso, la fijación del litigio y el decreto de pruebas, no obstante, en atención a la remisión procesal establecida en el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011, la Sala y especialmente la Sección Quinta del Consejo de Estado, han considerado que, de conformidad con lo previsto en el artículo 180 *ibidem*, debe efectuarse un pronunciamiento sobre las excepciones previas o mixtas que pudieran configurarse en dicha etapa procesal.

Además, debe tenerse en cuenta el que el pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud - OMS-, calificó el brote de COVID-19 (Coronavirus) como una pandemia, por lo que el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, declaró «la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020». En la mencionada Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social ordenó a los jefes y representantes legales de entidades públicas y privadas, adoptar las medidas de prevención y control para evitar la propagación del COVID19 (Coronavirus).

Mediante los Decretos Nacionales No. 417 del 17 de marzo y 637 del 6 de mayo de 2020, el presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, término dentro del cual se expedieron decretos legislativos con medidas especiales para cada sector.

Para las actuaciones judiciales se emitió el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, que dispuso en el artículo 12, entre otras cosas, sobre la resolución de las excepciones previas en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo siguiente:

“Artículo 12. Resolución de excepciones en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De las excepciones presentadas se correrá traslado por el término de tres (3) días en la forma regulada en el artículo 110 del Código General del Proceso, o el que lo sustituya. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre ellas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en las excepciones previas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juzgador las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de

legitimación en la causa y prescripción extintiva. se tramitarán y decidirán en los términos señalados anteriormente.

La providencia que resuelva las excepciones mencionadas deberá ser adoptada en primera instancia por el juez, subsección, sección o sala de conocimiento. Contra esta decisión procederá el recurso apelación, el cual será resuelto por la subsección, sección o sala del tribunal o Consejo de Estado. Cuando esta decisión se profiera en única instancia por los tribunales y Consejo de Estado se decidirá por el magistrado ponente y será suplicable.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

A su turno el Código General del Proceso dispone en los artículos 100, 101 y 102 establecen frente a las excepciones previas, su trámite y oportunidad:

“ARTÍCULO 100. EXCEPCIONES PREVIAS. *Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:*

- 1. Falta de jurisdicción o de competencia.*
- 2. Compromiso o cláusula compromisoria.*
- 3. Inexistencia del demandante o del demandado.*
- 4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.*
- 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.*
- 6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.*
- 7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.*
- 8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.*
- 9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.*
- 10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar.*
- 11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.*

ARTÍCULO 101. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS. *Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.*

El juez se abstendrá de decretar pruebas de otra clase, salvo cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde ocurrieron hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, casos en los cuales se podrán practicar hasta dos testimonios.

Las excepciones previas se tramitarán y decidirán de la siguiente manera:

- 1. Del escrito que las contenga se correrá traslado al demandante por el término de tres (3) días conforme al artículo 110, para que se pronuncie sobre ellas y, si fuere el caso, subsane los defectos anotados.*
- 2. El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente,*

declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante. Cuando se requiera la práctica de pruebas, el juez citará a la audiencia inicial y en ella las practicará y resolverá las excepciones. (...)

ARTÍCULO 102. INOPONIBILIDAD POSTERIOR DE LOS MISMOS HECHOS. *Los hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De este modo, en los procesos de *primera instancia* que se tramite por la corporación, corresponde a la Sala de la Subsección B pronunciarse sobre las excepciones, y en los procesos de *única instancia*, al magistrado ponente, pero en ambos casos, bajo los presupuestos establecidos en el CPACA, Código General del Proceso y Decreto Legislativo 806 de 2020, considerando las particularidades procesales que fueron dispuestas en las normas citadas, integrando tales disposiciones y de este modo poder continuar con las etapas procesales previstas y aplicables para el medio de control de nulidad electoral, precisando que aquellas de fondo que fueron invocadas serán objeto de pronunciamiento en la sentencia que se profiera.

2.2. Resolución de excepciones previas

En primer lugar, advierte al Sala unitaria que a la luz de otras excepciones previas señaladas en el artículo 100 del Código General del Proceso diferentes a la planteada por el demandado, ninguna de ellas se ha configurado en el presente caso, así como tampoco se ha presentado caducidad (excepción mixta), tal como fue analizado para la admisión de la demanda en el examen de oportunidad efectuado, tampoco las exceptivas mixtas de prescripción, transacción, conciliación o cosa juzgada, toda vez que no se configuran los elementos necesarios para decretarlas.

Ahora bien, de las excepciones presentadas por el demandado se corrió traslado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto legislativo 806 de 2020, frente a las cuales el demandante presentó pronunciamiento oportuno el 9 de septiembre de 2020.

En ese orden de ideas, la excepción propuesta por el demandado como previa, denominada ***inepta demanda*** por falta de requisitos formales o indebida acumulación de pretensiones, la presenta con fundamento en que la demanda adolece de la determinación del acto demandado como complejo, ya que se pretende la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de prórroga de un nombramiento en provisionalidad” desconociendo el acto administrativo principal del cual se desprende, esto es, el acto administrativo por el cual el señor Procurador General de la Nación dio cumplimiento inicial a un fallo de tutela.

Por tanto, considera que concurren dos autoridades en la expedición del acto, siendo estas el Consejo de Estado revestido de su competencia de juez constitucional, y el Procurador General de la Nación como autoridad nominadora

obligada a cumplir el fallo de tutela. En esa medida, señala que el demandante “... *que de conformidad con el fallo de tutela, el acto administrativo por el cual se da cumplimiento al mismo, y las consecuentes prórrogas derivadas de aquel, configuran sin asomo de duda, un ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO al tenor de la posición del honorable Consejo de Estado. (...) no vincula el acto administrativo del cual se deriva la prórroga (Decreto 898 del 1° de Marzo del año 2017), y ello per se, constituye, además, una indebida individualización de las pretensiones al tenor de la prescripción del artículo 163 del CPCA, al exigirse por expresa consagración del artículo 162 numeral 2 ibidem, aducir “...2. Lo que se pretenda expresado con precisión y claridad...”*, sin perjuicio además, que del libelo genitor, se avizora sin esfuerzo, el interés de la declaratoria de nulidad del singular acto demandado, en contraposición de la previsión contemplada en el inciso tercero numeral primero (1°) del artículo 137 ibidem”.

Por su parte, el demandante manifestó que no hay lugar a configurarse esta excepción previa, por cuanto no se trata de un acto administrativo complejo ya que el acto que prórroga un nombramiento es susceptible de ser controlado en sede judicial como decisión autónoma, pues modifica una situación jurídica particular y concreta bajo supuestos fácticos y/o jurídicos que no son los mismos de la decisión de nombramiento primigenia, y de lo contrario este último habría mantenido su vigencia y no habría sido necesario decidir sobre su prórroga. Además, refiere que desde el punto de vista del nombramiento o nombramientos anteriores y la realidad de la relación laboral, es claro que se trata de una nueva provisión del cargo, por lo que el mero hecho de que el nombramiento primigenio no continúe en el tiempo y la administración se haya visto obligada a definir si se prorrogaba o no, hace que indiscutiblemente toda prórroga sea una nueva provisión.

Finalmente, procede a señalar jurisprudencia proferida al respecto, en la que se ha considerado que los actos por medio de los cuales se prorroga un nombramiento son susceptibles de ser demandados como actos autónomos en ejercicio del medio de control de nulidad electoral.

Para resolver sobre la excepción relacionada con la ***ineptitud de la demanda***, se hace necesario precisar, en primer lugar, si los actos administrativos de nombramiento y prórroga de nombramientos son susceptibles de ser controlados en ejercicio del medio de nulidad electoral, para lo cual se torna pertinente, de un lado, traer a colación lo prescrito en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, y de otra parte, recabar sobre lo referido por el Consejo de Estado frente a dicho presupuesto normativo:

En efecto, el artículo 139 del C.P.A.C.A. regula cuáles son los actos susceptibles de ser controlados en ejercicio de la nulidad electoral al disponer lo siguiente:

“ARTÍCULO 139. NULIDAD ELECTORAL. *Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes*

en las corporaciones públicas. (...)” (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en referencia al artículo 139 *ibidem* dispuso que:

“En atención a lo ordenado en este artículo, solamente los actos de elección, de nombramiento y de llamamiento, pueden ser susceptibles de ser enjuiciados a través del medio de control de nulidad electoral, lo que impide que puedan ser controvertidos por esta vía procesal los actos de trámite y preparatorios.

*Sin embargo, de manera pacífica, esta Sección ha aceptado que los vicios en los actos preparatorios o de trámite que dan origen a la designación, pueden ser estudiados por el juez electoral al ejercer el control de legalidad sobre el acto definitivo”.*¹

Es decir, se trata de la posibilidad real de controlar la actividad de cualquiera autoridad cuando provee un cargo, cuando designa a quien va ejercer una función pública, o se traduzca la voluntad popular en esa provisión, por lo que se discute en este medio de control, son los **actos de elección**: sean estos por voto popular o por cuerpos electorales, revistan la forma y contenido de un acto de nombramiento que expidan las autoridades públicas o de un acto de llamamiento para proveer vacantes en Corporaciones Públicas.

Como ha reconocido la Corte Constitucional, es una acción pública especial de legalidad y de impugnación de un acto de elección o de nombramiento a la que puede acudir cualquier ciudadano dentro de los términos establecidos en la ley con el fin de discutir la legalidad del acto de elección, la protección del sufragio y el respeto a la voluntad del elector².

De manera que aquí se observa que el Procurador General de la Nación hizo la provisión de un empleo público, del cargo de Procurador Judicial 26 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Bogotá, Código 3PJ, grado EC, de manera provisional y mediante un escueto acto de designación, decidió que el señor Elías Hoyos Salazar ejerciera las funciones públicas, por tanto se trata de un típico acto de contenido electoral, en tanto contó con la discreción de proveerlo de diferentes maneras y de *elegir* en quien recaería tal designación.

Ahora bien, como denominó tal acto como *prórroga*, es necesario observar si es un acto autónomo, depende de otro o incluso si se trata de un acto complejo como lo supone el demandado.

Para ello, hay que volver al artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, que señala como objeto del medio de control de nulidad electoral, los actos de nombramientos que expiden las entidades y autoridades públicas de todo orden, y que aunque no se refiere exegéticamente a aquellos actos en los que dichos nombramientos se prorrogan, tampoco pueden asumirse a la luz del método interpretativo exegético

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Auto del 2 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-33-000-2016-00801-01.

² Corte Constitucional, sentencia SU-050 de 2018.

como actos excluidos por cuanto lo cierto es que versan sobre el estudio de legalidad de un acto de nombramiento en la modalidad de prórroga porque el nombramiento inicial se había efectuado por un tiempo preciso y determinado. Por eso es necesario recordar que el Consejo de Estado ha indicado que a través del medio de control de nulidad electoral se ejerce el control de legalidad de los actos definitivos de *designación*, pudiéndose incluso estudiar en dicho análisis del acto definitivo, los vicios en los actos preparatorios o de trámite que le dieron origen.

En la práctica administrativa observada por la Procuraduría General de la Nación, el acto administrativo de prórroga de nombramiento, no solo se da como favorecimiento del empleado (para no afectarle con solución de continuidad de la relación laboral) sino que al mantener la permanencia del funcionario público en el cargo en provisionalidad permite definir una situación jurídica de la vinculación del funcionario a la entidad, pero hay que observar que el anterior nombramiento fue condicionado, esto es, se realizó por un término fijo hasta de seis meses en aplicación de las normas especiales que proscriben efectuar un nombramiento provisional mayor a ese plazo, de manera que en realidad, el acto de nombramiento estuvo produciendo efectos jurídicos hasta el cumplimiento de esa condición (acto condición) por lo que técnicamente no hubo una prórroga ya que tal acto llegó a su fin y lo que se realizó fue una nueva provisión en cabeza del demandado, pero igualmente por seis meses, razón por la que al culminar el nombramiento inicial y en aras de continuar con la prestación del servicio, se realiza una nueva provisión y por ende, este se torna como acto definitivo susceptible de demanda electoral, sin necesidad de conformar un acto complejo respecto del acto primigenio de nombramiento, porque cada uno tiene su propia vida jurídica y constituye un acto autónomo de elección, de designación.

De lo contrario se abriría una compuerta para eludir el control de los actos de contenido electoral por vía de su mera denominación, y en este caso, mal podría alegarse que un acto de prórroga de nombramiento por décima vez, no pudiera demandarse por encontrarse caducado el medio de control para el acto inicial o que fue el primero en nombrar a determinada persona, cuando tales actos anteriores sólo podían producir efectos hasta el término máximo permitido, de manera que si se entiende prorrogado contravendría lo dispuesto por el artículo 188 del Decreto Ley 262 de 2000³.

De este modo, cada caso debe ser analizado a la luz de las decisiones y nombramientos adoptados, así como la finalidad del acto mismo, por lo que no le asiste razón al demandado, al pretender retirar de los asuntos susceptibles de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa el acto administrativo demandado en este asunto por haberlo denominado una prórroga.

Ahora bien, como quiera que se hace referencia a que se trata de un acto expedido en el marco del cumplimiento de una orden de tutela, debe tenerse en cuenta que si bien se ordenó en su momento, reintegrar al señor Elías Hoyos Salazar hasta que

³ Decreto ley 262 de 2000. "Artículo 188. Duración del encargo y del nombramiento provisional. El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses..."

fuera incluido en la nómina de pensionados, sin perjuicio de los derechos de carrera que en su momento le asistían a otra persona, ello no es óbice para desconocer las competencias del juez natural de los actos de nombramiento ni los planteamientos que ha realizado la Corte Constitucional al respecto, precisando que no se le concede un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera sin haber llegado a ella por mérito, toda vez que prevalecen los derechos de quienes aprueban el concurso público de méritos.

Precisamente, la Corte Constitucional al abordar cuestiones tan cruciales como la permanencia o no en el empleo de una persona con una enfermedad terminal por el ingreso de otra persona por haber aprobado el concurso de mérito, establece que aún en esa circunstancia trágica prevalecían los derechos de quien llegó por mérito, expuso:

“En efecto, al resolver acerca de la discrecionalidad del Fiscal General de la Nación para definir los cargos específicos de esa entidad que serían provistos con el registro de elegibles y la protección especial de los servidores en situación de debilidad manifiesta, en el mencionado fallo la Sala Plena sostuvo que:

*“[...] Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) **las personas que estaban próximas a pensionarse**, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 -fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008- les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.*

*En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando”.*

5.10. En otros pronunciamientos⁴, tratándose de sujetos en situación de debilidad manifiesta derivada de una grave afectación de salud, además de las anteriores acciones afirmativas, la Corte ha previsto que, en los eventos en que la persona deba dejar su cargo ocupado en provisionalidad y no sea posible su vinculación en un empleo similar por inexistencia de vacantes, le corresponde al empleador mantener su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, de tal suerte que se garantice la continuidad de los servicios médicos necesarios para el tratamiento de su enfermedad, hasta que los mismos finalicen o un nuevo empleador asuma tal obligación.

5.11. En síntesis, a los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no les asiste el derecho a la estabilidad propio de quien accede a la función pública por medio de un concurso de méritos. Sin embargo, sí gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, conforme a la cual, su retiro solo procederá

⁴ Consultar, entre otras, las sentencias T-462 de 2011, T-605 de 2013 y T-373 de 2017.

por razones objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer la vacante que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente las etapas de un proceso de selección e integre el registro de elegibles, dada la prevalencia del mérito como presupuesto ineludible para el acceso y permanencia en la carrera administrativa.

En el caso de sujetos de especial protección constitucional, como lo son quienes se encuentran en condición de discapacidad o padecen grave enfermedad, cuando surja la obligación de nombrar en sus cargos a los elegibles de un concurso de méritos, la entidad nominadora deberá, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 2º y 13 de la Constitución Política y a los procedentes constitucionales, prodigarles un trato preferencial, en el sentido de adoptar las medidas necesarias para que sean los últimos en ser desvinculados del servicio público y, en el evento en que existan vacantes disponibles en cargos iguales o equivalentes a los que venían ocupando, nombrarlos en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso. De no ser posible esta última solución, siempre que la situación de debilidad manifiesta se derive de una grave afectación de salud, habrá de mantenerse su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que finalicen los tratamientos médicos necesarios para su recuperación o dicha obligación sea asumida por otro empleador”⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En ese sentido, no es de recibo el argumento expuesto por el apoderado del demandado, como quiera que no se puede perpetuar en el tiempo un nombramiento con ocasión de un fallo de tutela, como si hubiese quedado asignado un cargo a perpetuidad de la persona favorecida con el fallo, dado que los actos de contenido electoral son susceptibles de control, con mayor razón si involucra también derechos de carrera, razón por la que el artículo 116 del Decreto 431 de marzo de 2020 es un acto susceptible de control judicial, que en este caso se da a través del medio de control de nulidad electoral.

Así por ejemplo, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha determinado que el *juez natural* puede efectuar un control de legalidad de todos los actos proferidos en sede de tutela como lo es en materia de pensiones o actos administrativos de carácter laboral.

En ese orden de ideas, en pronunciamiento del 14 de febrero del 2013⁶ el Consejo de Estado explicó que inclusive a pesar de que el acto administrativo sea de ejecución al ser expedido para dar cumplimiento a una sentencia, es eventualmente acusable, porque el mecanismo de tutela que en su origen, es de naturaleza diferente a la jurisdicción ordinaria o contenciosa, y por lo tanto, si es posible presentar demandas a través de los medios de control correspondientes⁷.

Concretamente ha señalado:

⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 096 del 20 de marzo de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Fecha 14 de febrero de 2013, Radicación 250002325000-2011-00245-01 (2634-11)

⁷ Consejo de Estado; C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E); Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil quince (2015). Radicación No. 41001-23-33-000-2012- 00137-01(4594-13)

“En este orden, los actos administrativos que no crean, ni modifican la situación jurídica de una persona son considerados como actos de ejecución, los cuales están destinados a dar cumplimiento a un fallo proferido por un juez constitucional. En este sentido la Corporación ha dicho¹⁰ :

“Los actos de ejecución de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos de dicho control, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues solo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones”.

No obstante lo anterior, en pronunciamiento del 14 de febrero del 2013¹¹ esta Corporación ha explicado que a pesar de que el acto administrativo sea de ejecución al ser expedido para dar cumplimiento a una sentencia, es eventualmente acusable, porque el mecanismo de tutela que es su origen, es de naturaleza diferente a los medios de control de la jurisdicción contenciosa, y por lo tanto, si es posible presentar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En este aspecto precisó:

“Aunque resulta probado que la resolución objeto de la controversia tiene la connotación de acto de ejecución, debido a que fue proferida en cumplimiento de una sentencia, es claro que la misma fue impartida en un trámite de tutela, que resulta ser de distinta naturaleza a la acción ordinaria, lo cual hace que sea posible interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción contenciosa, quien es competente para estudiar la legalidad de los actos administrativos. (...)”.

De esta manera, la acción de tutela tiene rasgos propios inspirados en la defensa de los derechos fundamentales de las personas, y sus decisiones de amparo, si bien permean la esfera del juez ordinario, lo hacen de manera excepcional, de modo que distingue el propósito de cada acción o medio de control como el mecanismo idóneo e inequívoco para definir desde el plano de la justicia la existencia de un derecho, como en el sub-lite, donde se discute la legalidad de un acto administrativo, asunto que es privativo de esta jurisdicción en virtud del artículo 238 superior. Así las cosas, se respeta el principio del juez natural de la controversia de legalidad.

Resulta claro entonces, que al definirse una situación concreta en un acto administrativo a partir de una sentencia de tutela, ello no enerva el control de su juez natural, que no es otro, al contencioso de legalidad respectivo, siendo viable la presente demanda tal como lo concluyó el Tribunal de instancia.”⁸

Dicha postura ha sido reiterada en los siguientes términos:

“Ahora bien, frente a los actos de ejecución expedidos en cumplimiento de una acción de tutela, es importante recordar que la acción constitucional está dirigida a proteger derechos fundamentales, lo cual no impide que el juez natural conozca de las demandas contra actos administrativos de ejecución expedidos por virtud de dicha acción.”⁹

“Es cierto que la resolución de reconocimiento de la pensión fue expedida en cumplimiento de la sentencia que definió una acción de tutela, en un proceso en que se encontró amenaza o vulneración de derechos fundamentales, no obstante, es importante recordar que la acción de tutela está dirigida a proteger derechos

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto del 9 de febrero de 2017, Radicación No. 050012333000201300343 01.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 5 de mayo de 2016, Radicación No. 68001-23-33-000-2013-00230-02, (3039-2014), C.P. William Hernández Gómez.

fundamentales, sin que nada obste que el juez competente conozca de las demandas en contra de actos administrativos y decida si estos se ajustan a la legalidad o no. De allí que si bien la resolución en cuestión tiene la connotación de acto de ejecución, al ser cumplimiento de una sentencia, lo cierto es que la orden fue impartida dentro de una acción de tutela que es de naturaleza distinta a la de la acción ordinaria, motivo por el cual es probable su estudio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En esas condiciones, la Entidad solamente contaba con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la legalidad del acto que ella misma expidió, y al haber rechazado la demanda con el argumento de que el acto administrativo no es demandable, vulneró los derechos de la entidad demandante, cercenándole la oportunidad de controvertir en sede judicial la legalidad del acto que ella misma expidió." ¹⁰ (Subrayado fuera de texto)

Considerando lo anterior, es claro que el acto demandado -artículo 116 del Decreto 431 de marzo de 2020- se encuentra debidamente individualizado y por tanto, no se presenta una ineptitud de demanda o indebida acumulación de pretensiones, pues la prórroga del nombramiento efectuada se consolida como acto autónomo, como lo ha sostenido el Consejo de Estad:

*"... forzoso es concluir que el CPACA expresamente prevé la posibilidad de tramitar bajo la cuerda procesal de la nulidad electoral, las pretensiones que se dirijan contra "todo" acto de nombramiento expedido por alguna de las entidades o autoridades de derecho público. (...) debe preverse que la demanda de nulidad electoral elevada por el Sindicato de Procuradores Judiciales no fue dirigida contra el Decreto No. 6165 del 22 de noviembre de 2017, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación dio cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, sino contra el Decreto No. 2595 del 28 de mayo de 2018 que prorrogó por el término de otros 6 meses el nombramiento en provisionalidad de la funcionaria Magda Patricia Romero, decisión esta que, pese a prorrogar la anterior, excede la orden de tutela, de manera independiente y autónoma, razón que la hace objeto del control judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, en consecuencia, ajustable al precedente determinado por el Tribunal accionado y por la Sección Quinta de la Corporación."*¹¹

En consecuencia, la excepción de inepta demanda alegada no tiene vocación de prosperidad y la Sala reitera que no advierte la existencia de ninguna excepción que amerite decreto o pronunciamiento oficioso, por lo dará por superada la fase de que trata el numeral 6 del artículo 180 de la ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto,

DISPONE:

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, fecha del 25 de octubre de 2011, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, radicación No. 11001-03-15-000-2011-01385- 00 (AC)

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 26 de agosto de 2019, Exp. 11001-03-15-000-2019-02698-01(AC). C.P. Nicolás Yepes Corrales.

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de inepta demanda invocada por el demandado Elías Hoyos Salazar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Una vez ejecutoriada la presente decisión, devolver el expediente al Despacho para continuar con el trámite respectivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

AUTO INTERLOCUTORIO N° 2020-11-456 E

Bogotá, D.C., Noviembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

EXP. RADICACIÓN:	250002341000 2020 00501 00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES - PROCURAR
DEMANDADO:	JHON JAIVER JARAMILLO ZAPATA - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TEMAS:	NOMBRAMIENTO PROCURADOR 146 JUDICIAL II PARA ASUNTOS DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA DE BOGOTÁ, CÓDIGO 3PJ, GRADO EC
ASUNTO:	NIEGA SOLICITUD DE NULIDAD

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Vista la constancia secretarial que antecede, procede el Despacho a pronunciarse frente a la solicitud de nulidad presentada por el apoderado del señor Jhon Jaiver Jaramillo Zapata por indebida integración del litisconsorcio por la parte pasiva.

I. ANTECEDENTES

La apoderada del Sindicato de Procuradores Judiciales - Procurar, promovió medio de control electoral solicitando la nulidad del artículo 47 del Decreto No. 469 del 1 de junio de 2020, por medio del cual el Procurador General de la Nación prorrogó en provisionalidad al doctor JHON JAIVER JARAMILLO ZAPATA como Procurador 146 Judicial II para Asuntos de Conciliación Administrativa de Bogotá, código 3PJ, grado EC, considerando que se ha vulnerado el Régimen de Carrera Administrativa, y se ha faltado al deber motivar los actos administrativos que disponen sobre nombramientos provisionales o en encargo en empleos de carrera, demanda que fue admitida mediante Auto No. 2020-08-280 del 26 de agosto de 2020.

Dicha providencia fue notificada electrónicamente a las partes mediante remisión de mensaje de datos realizada el 1 de septiembre de 2020.

El apoderado del demandado Jhon Jaiver Jaramillo Zapata, presenta incidente de nulidad de todo lo actuado, desde la admisión de la demanda, por indebida integración del litisconsorcio necesario en el extremo pasivo.

De la solicitud de nulidad se corrió traslado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, el día 22 de septiembre de 2020, frente a la cual se pronunciaron la parte demandante y la Procuraduría General de la Nación.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Solicitud de nulidad presentada

El demandante presenta solicitud de nulidad al considerar que no se realizó en debida forma la integración del litisconsorcio necesario en el extremo pasivo, es decir, invoca la causal descrita en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso, toda vez que afirma, no se integró a la demanda a otros sujetos como personas determinadas o terceros con interés directo dentro del proceso y que debieron ser citados.

Refiere que el demandado, Jhon Jaiver Jaramillo Zapata, se encuentra provisionalmente en el cargo del señor José Ariel Sepúlveda Martínez, quien ejerce derechos de carrera como Procurador 146 Judicial II para la Conciliación Administrativa de Bogotá, código 3PJ, grado EC, no obstante, este último no fue vinculado al proceso y puede resultar afectado con la decisión que aquí se adopte, pues el acto demandado regula una situación jurídica en particular, que es la licencia que el titular del cargo solicitó por un motivo específico.

Adicionalmente, considera que *“... en el hecho 12 de la demanda de Nulidad Electoral, la apoderada del Sindicato PROCURAR manifiesta que su cliente conoce de personas en carrera administrativa que podrían tener un mejor derecho que el demandado, razón por la cual se estima que si la organización sindical ha coadyuvado con personas que son terceros con interés en el proceso y respecto de los cuales sostiene que tienen mejor derecho, estas personas deben ser citadas al proceso en los términos de la causal 8º del artículo 133 del CGP.”*

Por tanto, solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado para que se integre en debida forma la parte pasiva de la *litis*, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso.

2.2. Pronunciamiento sobre la solicitud de nulidad presentada

2.2.1. Parte demandante- Sindicato de Procuradores Judiciales - PROCURAR

Mediante escrito presentado en el término de traslado de la solicitud de nulidad interpuesta indicó que no era procedente, por cuanto la decisión que se profiera en el proceso no interfiere ni genera efectos al titular del cargo en carrera administrativa, tal y como lo ha considerado el Consejo de Estado, por lo que no existe fundamento jurídico para vincular al presente proceso al doctor José Ariel

Sepúlveda Martínez.

Considera que en toda la demanda se expresa claramente que la misma se erige solamente contra la prórroga del nombramiento en provisionalidad del doctor Jhon Jaiver Jaramillo Zapata, nombramiento contenido en el artículo 47 del Decreto de nombramientos N° 469 de 2020, por lo tanto los efectos jurídicos de la sentencia no se extenderían a las demás personas nombradas en el citado decreto, sino que la misma surtiría sus efectos jurídicos exclusivamente respecto del nombramiento contenido en el artículo 47.

2.2.2 Procuraduría General de la Nación (Entidad que expidió el acto)

Dentro del término de traslado no se pronunció sobre la nulidad propuesta.

2.2.3 Ministerio Público

Guardó silencio.

2.3. Presupuestos de procedencia, oportunidad y legitimación en el incidente de nulidad

Como quiera que la presente nulidad se interpone con ocasión de la integración de la parte pasiva, debe tenerse en cuenta que las normas especiales para las nulidades electorales (Título VIII del CPACA), en su artículo 284 concretamente dispone:

“Artículo 284. Nulidades. Las nulidades de carácter procesal se regirán por lo dispuesto en el artículo 207 de este Código. La formulación extemporánea de nulidades se rechazará de plano y se tendrá como conducta dilatoria del proceso. Contra el auto que rechaza de plano una nulidad procesal no habrá recursos.”

Adicionalmente, el artículo 296 indica que en los aspectos no regulados en el proceso de nulidad electoral se aplicará lo dispuesto en el proceso ordinario, en tanto no sean incompatibles, por lo que al no existir norma especial frente a las causales, oportunidad y trámite de las nulidades procesales se dará aplicación a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 en los artículos 208 y siguientes.

En ese orden de ideas, y en virtud de la remisión del artículo 208 del CPACA al Código General del Proceso para las causas procedentes, se observa que el apoderado del Doctor Jhon Jaiver Jaramillo Zapata, presenta como causal de nulidad la contemplada en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso que dispone:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que

deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.”

En esa medida, se observa que la causal invocada presupone que la integración de la parte pasiva de la litis, según el demandado, no se efectuó de forma debida, por lo que se procederá a verificar la vinculación de los demandados y su legitimación para comparecer y determinar si se realizó o no en debida forma la notificación de la demanda, es decir, si fue o no realizada conforme las disposiciones legales para el proceso electoral.

2.4. Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si se ha integrado debidamente litis, si ha realizado la notificación personal de la misma a todas las partes que deben integrar la litis en la parte pasiva, en los términos establecidos para el medio de control de nulidad electoral, y en consecuencia, si debe decretarse o no la nulidad de todo lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda inclusive, como lo propone el incidentalista.

2.5. Resolución del Problema Jurídico

En primer lugar, es necesario deslindar lo concerniente a la legitimación en la causa por pasiva y la causal de nulidad, por cuanto el argumento relacionado con la vinculación de las demás personas que se encuentran en carrera, o que estarían disponibles para ser encargadas en el empleo que se ha provisto provisionalmente con el demandado, ya ha sido analizado de forma reiterada por la Sección en los procesos electorales, esto, es, que si bien el demandante hace referencia a las personas que hacen parte de la lista de elegibles o menciona que podrían tener mejor derecho el personal que está en carrera administrativa, se realiza con la finalidad de demostrar que, a su parecer, el nombramiento de provisionalidad que se realizó no era el procedente, al existir un proceso de carrera administrativa que debía ser observado por la entidad demandada, y no que tenga pretensiones de restablecimiento del derecho particular y concreto de dichas personas.

Incluso, en las pretensiones de la demanda no se observa ninguna que vaya dirigida a que se nombre a alguien particular o se le reconozcan perjuicios concretos. Por eso, a pesar de que mencione la existencia de una lista de elegibles para el cargo fruto de un concurso y un grupo de personas que en su criterio sí podían ser nombradas antes de acudir a la provisionalidad, lo que se observa es que busca desvirtuar el nombramiento demandado con fundamento en la violación al régimen de carrera administrativa y las disposiciones contenidas en las normas invocadas como violadas, que considera es la regla general que debió aplicarse, teniendo que acudir evidentemente a la existencia real de las personas que podrían haber ocupado el cargo objeto de análisis.

Por tanto, no se observa que el demandante persiga un interés particular y concreto frente a los derechos de aquellos que se encontraban en ese listado o en

carrera administrativa que debían haberse tenido en cuenta para la provisión del empleo que se hizo en cabeza del demandado, porque lo que reivindica es la legalidad no un restablecimiento del derecho en favor de x o y persona. Por ello es necesario recordar que cualquier persona (natural o jurídica) puede demandar una elección, nombramiento o designación, siempre y cuando se ejerza el medio de control electoral en los términos establecidos en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, lo cual ya fue objeto de análisis por el Despacho al admitir la demanda.

Además, el Consejo de Estado ya se ha pronunciado frente a esta postura invocada en otros procesos similares y ha considerado que *“... resulta claro que el concepto de violación y los hechos expuestos por parte del demandante no pueden entenderse sino como una exposición argumentativa que tienen el propósito de dar respaldo a su pretensión - única- de nulidad, dado que en ningún caso busca el restablecimiento o reconocimiento de un derecho a favor de los funcionarios de carrera de la entidad, por el contrario lo que el actor pretende demostrar con el listado de funcionarios solicitados como prueba en la demanda, es la presunta irregularidad alegada.”*¹

Por supuesto, con la modulación realizada por el Consejo de Estado acerca de la carrera administrativa frente a los casos y actos que son demandados y el medio de control que corresponde, y la diferenciación cuando se trata de la reivindicación de pretensiones de restablecimiento del derecho, en cuyo caso el medio de control correspondería al previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Ahora, frente a la vinculación del señor doctor José Ariel Sepúlveda Martínez, como empleado de carrera, cuyo cargo es ocupado provisionalmente por el demandado, es necesario recordar la legitimación en virtud de la cual comparece un elegido o nombrado a un proceso electoral.

En ese orden de ideas, es importante recordar que la **legitimación en la causa por pasiva** en los términos del artículo 277 *ibidem*, impone que debe dirigirse la demanda en contra del elegido o nombrado, que en este caso fue el señor Jhon Jaiver Jaramillo Zapata, así como también recae sobre la autoridad que expidió el acto sometido a control jurisdiccional, pero en ningún momento va dirigida o genera efectos respecto de la persona que se remplace, o se encuentre en el cargo por régimen de carrera, por el contrario, sus derechos, cargo, licencia o designación no es si quiera analizada en el proceso electoral, pues únicamente se controvierte el nombramiento provisional de quien ocupa determinado cargo y que según el demandante incurre en causales de nulidad. A

De este modo, no se observa cuál es la relación o legitimación que pudiera tener el señor José Ariel Sepúlveda Martínez, pues él permanece en el régimen de carrera, y tratándose de su licencia, simplemente se discute quién debió ser designado en ese cargo, pero no altera sus condiciones laborales de ninguna forma.

¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 15 de febrero de 2018, Exp. 25000234100020170145901. C.P. Rocío Araujo Oñate. Ver también providencia del 4 de octubre de 2017, Exp. 25000234100020170067101 C.P. Rocío Araujo Oñate.

Inclusive, de ser declarada la nulidad del nombramiento cuestionado, no se genera modificación alguna en la licencia, permiso o situación administrativa particular que ostente bajo el régimen de carrera al cual ya se encuentra vinculado y que en nada se relaciona con el nombramiento provisional acusado.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

“La legitimación en la causa se establece a partir de la figura del litisconsorcio necesario, según la cual al proceso deben vincularse forzosa y necesariamente, en calidad de partes, las personas sin cuya presencia no sería posible resolver la controversia jurídica, y que de llegar a serlo se haría contrariando el debido proceso y otras garantías fundamentales de los ausentes.

En materia electoral la legitimación por pasiva se determina, entre otras disposiciones, con fundamento en lo prescrito en el artículo 233 del C.C.A. (Mod. Dto. 2304/89 Art. 60), por virtud del cual la acción debe dirigirse en contra del “nombrado o elegido”, lo que en principio lleva a sostener que ostentando esa calidad se puede ser convocado como demandado a un proceso electoral. Sin embargo, la condición de demandado no se adquiere siempre por ese sólo hecho, dado que los actos electorales de naturaleza popular, cuando se refieren a corporaciones públicas, contienen la elección de un número plural de candidatos, de modo que las imputaciones subjetivas de ilegalidad pueden referirse a todos o a unos cuantos, configurándose entonces la legitimación por pasiva en aquellos que además de ser elegidos sean objeto de los cargos subjetivos de nulidad elevados por el accionante.”²

Sobre la legitimación, cabe destacar que nuevamente lo que ha indicado el Consejo de Estado:

“(…) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”³. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Inclusive tratándose de un concurso de méritos en el que se demande la nulidad del nombramiento de alguno de ellos, ha dicho el Consejo de Estado que no es

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Exp. 11001-03-28-000-2010-00033-00, providencia del 4 de agosto de 2011. C.P. Susana Buitrago Valencia,

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

necesario demandar a todos los integrantes de la lista de elegibles como litisconsorcio necesario, pues “... solo tienen efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte la misma, de manera que no es indispensable la presencia dentro del litigio de todos los concursantes que integran la lista de elegibles del mencionado concurso para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de la presente litis solo le es atribuible a la señora Karina Vence Peláez y al señor Nairo Martínez Rivera (...)”⁴ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En consecuencia, la demanda impetrada fue integrada debidamente en la parte pasiva, y por ende las notificaciones realizadas se dieron de conformidad con lo establecido en la norma especial para el medio de control de nulidad electoral, y en esa medida, no se configura la causal de nulidad procesal descrita en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto,

DISPONE:

PRIMERO.- NEGAR la solicitud de nulidad presentada por el demandado, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para continuar con el trámite respectivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Exp. 25000-23-42-000-2017-01317-01(5130-19), providencia del 3 de marzo de 2020. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN “A”

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 250002341000202000715-00
Demandante: MARÍA MERCEDES MORENO
Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS.
MEDIO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO
Asunto: Rechaza demanda.

Antecedentes

Mediante escrito radicado a través del correo electrónico de la Secretaría de la Sección Primera, la señora María Mercedes Moreno, quien actúa en nombre propio, presentó demanda en ejercicio del medio de control de cumplimiento en contra de las siguientes entidades.

Presidencia de la República, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores, Consejo Nacional de Estupefacientes, Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional (DIRAN), Comando del Ejército Nacional, Dirección General de la Policía Nacional, Corporaciones Autónomas Regionales con competencia en las áreas donde se desarrolle el PECAT, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), Instituto de Hidrología Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), Agencia de Renovación del Territorio, Agencia Nacional de Tierras (ANT), Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación.

La actora solicita a través del presente medio de control, el cumplimiento del numeral 11, artículo 3, del Decreto 636 de 2020; Circular Externa No. 001 de 2020 “*Protocolo de Bioseguridad para el Sector Agrícola en épocas de COVID-19*”; artículos 1, 8, 79, 80, 81, 90, 93, 214, 267, 268 y 277 de la Constitución Política de Colombia; artículos 4, 15 y 16 de la Ley 23 de 1973; artículos 8, 10, 11, 27, 28 y 29 del Decreto 2811 de 1974; artículos 1, 8, 17, 43, 44 y 604 de la Ley 9 de 1979; artículos 1, 5 y 17 de la Ley 99 de 1993; artículos 1, 3 y 5 de la Ley 1333 del 2009; la Resolución

No. 6 del 29 de mayo de 2015 “*Por la cual se ordena la suspensión del uso del herbicida glifosato en las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos mediante aspersión aérea*”; la Resolución No. 1214 del 30 de septiembre de 2015 de la ANLA “*mediante la cual se adopta una medida preventiva de suspensión de actividades en virtud del principio de precaución para suspender el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con Glifosato (PECIG) en todo el territorio nacional*”; el Decreto Ley 896 de 2017; Tratados y Convenios Internacionales; y el Decreto 637 de 6 de mayo de 2020.

CONSIDERACIONES

La Sala anticipa que rechazará la demanda de la referencia, por las siguientes razones.

El artículo 8º de la Ley 393 de 1997 “*por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política*” estableció el requisito de procedibilidad del medio de control de cumplimiento, consistente en la constitución en renuencia de las entidades presuntamente infractoras.

“Artículo 8º.- PROCEDIBILIDAD. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley. **Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud.**”

Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.”. (Destaca la Sala).

Si no se cumple con el requisito aludido, la demanda deberá ser rechazada de plano, tal y como lo establece el artículo 12 de la misma Ley.

“Artículo 12º.- Corrección de la solicitud. Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la demanda el Juez de cumplimiento decidirá sobre su admisión o rechazo. Si la solicitud careciere de alguno de los requisitos señalados en el artículo 10 se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de dos (2) días. Si no lo hiciere dentro de este término la demanda será rechazada. **En caso de que no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 8, salvo que se trate de la excepción allí contemplada, el rechazo procederá**”

de plano.

Si la solicitud fuere verbal, el Juez procederá a corregirla en el acto con la información adicional que le proporcione el solicitante.” (Destacado por la Sala).

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha considerado.

“Existen solamente dos eventos en que el juez puede rechazar una demanda de acción de cumplimiento. Uno, cuando no se corrige la demanda correspondiente dentro de la oportunidad que se señala para el efecto. **Dos, cuando el accionante no aporta la prueba de haberse requerido previamente a la autoridad, con el propósito de constituir la renuencia de la misma al cumplimiento solicitado.**

Las anteriores causales de rechazo no pueden confundirse con las consagradas en el artículo 10 de la misma Ley 393 de 1997, establecidas para cuando no se hallan reunidos los requisitos formales allí contemplados y que conllevan no el rechazo de la demanda sino su inadmisión para que, una vez subsanados, se admita la solicitud y se le imprima el trámite de rigor, salvo lo dispuesto en los artículos 15 y 19 ibídem, eventos que llevan a impartir la orden de cumplimiento inmediato o a disponer la terminación anticipada del trámite.”¹. (Destacado por la Sala).

En el caso bajo examen, la actora solicita que se ordene a la Presidencia de la República y a otras entidades, que den cumplimiento a lo previsto en las normas arriba enunciadas.

En el expediente obran los siguientes documentos.

Escrito de acción de tutela interpuesta por la señora María Mercedes Moreno, solicitando el amparo del derecho a un ambiente sano en conexidad con la vida.

Sentencia de tutela de 18 de agosto de 2020, del Juzgado 50 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, mediante la cual se rechazó la solicitud de amparo.

Escrito de impugnación contra la sentencia mencionada.

Sentencia de tutela de segunda instancia de 17 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, mediante la cual se confirmó la decisión del 18 de agosto de 2020.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, providencia de 2 de diciembre de 1999, Rad. No. ACU-1053.

Escrito de la acción de cumplimiento interpuesta por la señora María Mercedes Moreno contra el Juzgado 50 Penal del Circuito con Función de Conocimiento y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal.

Sin embargo, no se observa escrito alguno, dirigido a las autoridades aquí demandadas, mediante el cual solicite el cumplimiento de las normas y de las resoluciones señaladas en el escrito de la demanda.

Por ende, la Sala considera que con los documentos aportados por la parte actora no se acredita la constitución en renuencia requerida por la Ley 393 de 1997, pues no se observa de manera clara la petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, dirigida a cada una de las autoridades que incumplen la norma, según se señala en la demanda, conforme ha lo dispuesto por el H. Consejo de Estado².

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: la reclamación del cumplimiento y la renuencia.

El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: i) la petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, ii) el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y iii) la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma o el acto administrativo. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, **para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos**³.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, providencia de 29 de marzo de 2012, Rad. No. 25000-23-24-000-2011-00774-01(ACU).

³ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, MP.: Darío Quiñones Pinilla.

En cualquier caso, la autoridad demandada en la acción de cumplimiento debe ser la misma ante la cual se presentó la petición previa con la finalidad de constituirla en renuencia.” (Destacado por la Sala).

Adicionalmente, tampoco se sustentó en la demanda la circunstancia prevista en el inciso final del artículo 8º *ibídem*, como eximente de la constitución en renuencia, que consiste en el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual dicho aspecto deberá ser sustentado en la demanda.

Si bien se hace referencia, en algunos apartes, al perjuicio generado por las fumigaciones terrestres en curso y al de una eventual reactivación de las fumigaciones aéreas, para lo cual relaciona documentos de páginas *web*, algunos de dichos documentos se encuentran en idioma inglés y otros están relacionados con el tema de la pandemia y no con la fumigación de cultivos ilícitos.

En síntesis, no se encuentra debidamente acreditado en el expediente el perjuicio irremediable que justifique omitir la exigencia de la constitución en renuencia a las entidades accionadas, ya que no se aportaron las pruebas pertinentes para tal efecto.

En consecuencia, la demanda se rechazará de plano, conforme a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 393 de 1997, por cuanto no se acreditó el agotamiento del requisito de procedibilidad de la constitución en renuencia.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN “A”**,

RESUELVE

PRIMERO.- RECHÁZASE el medio de control de cumplimiento presentado por **MARÍA MERCEDES MORENO** en contra de la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS**, conforme a lo analizado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Una vez ejecutoriado este proveído, archívese el expediente previas constancias y devolución de los anexos, sin necesidad de desglose.

Exp. No. 250002341000202000715-00
Demandante. María Mercedes Moreno
Medio de control de cumplimiento

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en Sala realizada en la fecha.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

M.J.C.V.
E.Y.B.C.