

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, veintisiete (27) de noviembre de dos mil catorce (2014)

<b>RADICADO:</b>	<b>05001 33 31 015 2008 00395 00</b>
<b>ACCIÓN:</b>	<b>POPULAR</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>JUAN GONZALO DUQUE OSORNO</b>
<b>DEMANDADA</b>	<b>EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.</b>
<b>SENTENCIA N°</b>	<b>Consecutivo General Nro. 113 / Popular Nro. 01</b>
<b>ASUNTO</b>	<b>Contenido y alcance del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa y Defensa del Patrimonio Público. Se Niegan las Súplicas de la Demanda.</b>

Procede el Despacho a resolver en primera instancia la demanda que en ejercicio de la Acción Popular, consagrada por el artículo 88 del Constitución Política, presentó el señor **JUAN GONZALO DUQUE OSORNO**, en contra de **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**, pretendiendo la protección de los derechos colectivos de la **defensa del Patrimonio Público** y la **Moralidad Administrativa**, consagrados en los literales b) y e) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, los cuales considera vulnerados por la entidad accionada, con ocasión de la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III.

Como consecuencia de lo anterior, solicita cese la actuación u omisión causante del daño y se ejecuten las acciones necesarias para restablecer los derechos colectivos que han sido afectados o condenar al pago de perjuicios si se ha producido el daño.

**FUNDAMENTO FÁCTICO DE LA DEMANDA**

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expone los hechos que a continuación se sintetizan:

Empresas Públicas de Medellín E.P.S., es dueña del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, el cual cuenta con una capacidad instalada de 700 megavatios (MW), siendo

una de las etapas de aprovechamiento en serie del río Porce dentro del plan de expansión del Sistema Energético de las Empresas Públicas de Medellín.

El proyecto está localizado al nordeste del departamento de Antioquia a 140 km de la ciudad de Medellín por la carretera que conduce hacia el municipio de Anorí, en la zona de los complejos hidroeléctricos Guatapé I, II, III y IV, Riogrande I, II y Porce II.

La ejecución del Estudio de Complementación y Actualización de la Factibilidad Técnica, Económica y Ambiental estuvo a cargo del Consorcio Ingetec S.A., Compañía Colombiana de Consultores S.A., e Hidramsa Ltda., el cual desarrolló los trabajos en el período febrero de 1996 a septiembre de 1997 por un valor de dos mil quinientos noventa y siete millones ciento veintiún mil novecientos veintiséis pesos (\$2597.121.926) equivalente a US\$2.600.000.

En el mes de noviembre de 2003 Empresas Públicas de Medellín anunció una inversión en el Proyecto Hidroeléctrico Porce III por valor de 550 millones de dólares y para el año 2005 anunció que el monto de la inversión, había subido a 920 millones de dólares a precios constantes, equivalentes, a precios corrientes a 948 millones de dólares, incluyendo los costos financieros por unos 50 millones de dólares que fue el presupuesto oficial aprobado por la Junta de EPM para ese año.

Para el momento de presentación de la acción popular, el costo del proyecto había aumentado a 1330 millones de dólares, lo que equivale a una diferencia de 382 millones de dólares, argumentando la accionada para sustentar el aumento en los costos de construcción del proyecto, factores macroeconómicos que sólo conducen a explicar el 35% de la diferencia.

Señala el demandante que todo parece indicar, que los sobrecostos en los que ha incurrido EPM en la ejecución de las obras necesarias para la construcción del proyecto, tiene sustento en la falta de estudios técnicos y financieros que soporten la celebración de los contratos para la ejecución de las obras principales del Proyecto Hidroeléctrico Porce III y con esto se desconoce el cumplimiento de los principios de eficacia, equidad, uso racionalizado de los recursos públicos y más concretamente el de economía, ya que en la contratación de las obras principales para la construcción del proyecto Porce III, se incurrió de manera injustificada en unos sobrecostos, los cuales constituyen un claro detrimento de los recursos públicos.

Continúa manifestando el actor, que las Empresas Públicas de Medellín ha explicado, según información proveniente del periódico El Colombiano de fecha 6 de octubre de 2008, que los sobrecostos en la construcción del Proyecto Porce III, tienen origen en que *“El contratista ha tenido que ejecutar obras extras y adicionales en aspectos técnicos en desarrollo del proyecto y ha encontrado dificultades e imprevistos como unas aguas subterráneas, cuyo bombeo le demandó una inversión de 9.5 millones de dólares”* (...) *“Los mismos contratos establecen mecanismos de ajuste de los costos de la mano de obra y de los materiales, especialmente del cemento, acero, los combustibles y los explosivos, que han tenido variaciones del 25 por ciento en moneda nacional y del 11 en moneda extranjera, es decir, dice Pérez, “un proyecto que se ejecuta dependiendo de las condiciones del mercado” “También ha aumentado el costo por el valor de las perforaciones adicionales para darle más estabilidad al proyecto hacia el futuro... También se han construido algunas vías con diseños y trazados diferentes a los definidos inicialmente, por las condiciones topográficas de la zona y para no afectar el programa de reubicación de familias que habitan la región”.*

Finalmente señala el demandante que Empresas Públicas de Medellín ha incurrido en unos costos exagerados en la construcción de las obras principales para el Proyecto Hidroeléctrico Porce III, los cuales se han ido incrementando con el paso de los años, pese a que desde el año 2003 se contaba con un estudio que le permitió a la entidad calcular los costos de inversión del proyecto y que para el momento de presentación de la acción popular aparecía incrementado en 382 millones de dólares.

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

El actor popular invoca como vulnerados los derechos e intereses colectivos a la defensa del Patrimonio Público y a la Moralidad Administrativa.

Señala que la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos, son pilares básicos de un Estado Social de Derecho y entendiéndolo que el concepto de Patrimonio Público cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo, según lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>1</sup>, la defensa del mismo conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y

---

<sup>1</sup> Sección Cuarta, sentencia del 31 de mayo de 2002, expediente 25000-23-24-000-1999-9001-01

razonable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial, concluyéndose que la afectación del patrimonio público, implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa y en este caso concluye el actor que el actuar de Empresas Públicas de Medellín en la contratación de las obras principales para la construcción del proyecto Porce III, ha sido negligente e irresponsable, ya que los sobrecostos en los cuales ha incurrido esa entidad pública en los mencionados contratos, ha comprometido el patrimonio público.

Considera que es reprochable que EPM, desde el punto de vista de la protección al patrimonio público y al principio de planificación que debe observarse en la contratación pública, contratara la ejecución de un Estudio de Complementación y Actualización de la Factibilidad Técnica, Económica y Ambiental por valor de dos mil quinientos noventa y siete millones ciento veintiún mil novecientos veintiséis pesos (\$2597.121.926) que le permitiría en el año 2003 estimar una inversión en el proyecto por la suma de 550 millones de dólares, para luego de cinco años y en la etapa de ejecución del proyecto, de manera inexplicable y sin ningún respaldo técnico y financiero, señalara que el monto había subido a 948 millones de dólares, lo que contraría a todas luces el deber moral dispuesto por la Carta Política y la norma básica de organización y funcionamiento del Estado.

En otro aspecto, referente específicamente a la Moralidad en la contratación estatal, aduce que el legislador creó respecto de la acción popular un instrumento dirigido al restablecimiento de tal derecho colectivo cuando ha sido vulnerado, consistente en la facultad excepcional del juez de determinar la responsabilidad patrimonial de los funcionarios y personas que concurrieron en forma solidaria a la producción de la conducta vulneradora hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Por último cita jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la exequibilidad de la ley 472 de 1998 en la cual se destacan los alcances de la responsabilidad del agente estatal en las acciones populares como mecanismo de protección de los recursos presupuestales de la Nación (Folios 3 a 8).

#### **TRÁMITE IMPARTIDO AL PROCESO**

La demanda fue admitida por el Despacho por auto del **9 de Octubre de 2008**, y se ordenó notificar al Delegado del Ministerio Público, al Representante Legal de la

entidad demandada, al Representante Legal de la Defensoría del Pueblo (teniendo en cuenta que el actor popular actuó en nombre propio y no invocó la calidad de abogado) y a la Contraloría Municipal de Medellín; e informar a los miembros de la comunidad la existencia de la acción, a través de un medio masivo (Folios 12 - 13).

Surtidas las notificaciones de rigor, las **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**, a través de apoderada especial dio respuesta a la demanda, dentro del término oportuno (Folios 20 - 334).

Informada la comunidad de la existencia de la acción popular<sup>2</sup>, por auto del **21 de Septiembre de 2009** el Despacho fijó audiencia de pacto de cumplimiento (folio 356), la cual, por solicitud de la entidad demandada, fue aplazada por auto del **13 de octubre de 2009** (Folios 358).

Surtida la notificación de rigor, la diligencia de pacto de cumplimiento se realizó el día **12 de noviembre de 2009**, declarándola fallida por la inasistencia del actor popular (Folios 368).

El proceso se abrió a pruebas por auto proferido el **25 de noviembre de 2009** (Folios 369). Y una vez vencido el período probatorio, se corrió traslado común a las partes para alegar (Folio 529), procediendo de conformidad la entidad demandada (Folios 535 a 559). Así mismo, el Ministerio Público emite concepto, visible a folio 562 a 566.

#### **POSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA**

Las **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**, a través de apoderada especial, en escrito obrante a folios 20 a 334, dio respuesta a la demanda efectuando en primera medida unas consideraciones preliminares acerca de los estudios realizados para el Proyecto Porce III, en los siguientes temas: Estudios realizados para el proyecto Porce III, Generalidades de cálculo del costo de proyectos, Versiones del Costo del Proyecto Porce III y Costos de los que habla el demandante en el Hecho No. 11 de la presente acción.

Para claridad dentro del proceso define lo que se considera precios constantes y precios corrientes, entendiéndose por los primeros "*Aquellos cuya cuantificación se*

---

<sup>2</sup> Folios 183

*hace con relación a los precios que prevalecieron en un año determinado y que se están tomando como base para la comparación. Indicador que expresa el valor de las mercancías y servicios a precios de un año base. Con estos precios de dicho año base, se valoran todas las cantidades de obra a ejecutar en todos los años que dure el proyecto” y por los segundos “Son los que resultan de incluir la incidencia de cambios de precios por efectos de factores como inflación, revaluación, demanda y oferta de material, mano de obra, etc.”.*

Así las cosas la apoderada de la entidad accionada manifestó que la primera versión del costo, por 564,1 millones de dólares constantes a 31 de diciembre de 2002, resultó del diseño conceptual, aprobado el 30 de abril de 2003. El costo calculado de 605 millones de dólares constantes, también a 31 de diciembre de 2002, correspondió a los diseños detallados, aprobado el 9 de agosto de 2004. En cuanto a las propuestas más favorables de las obras de la presa y la central, se estimaron valores para los equipos electromecánicos, lo cual arrojó un monto de 920,4 millones constantes a 30 de abril de 2005, aprobado el 5 de julio de 2005. Señala que aunque las dos primeras versiones del costo están a valores constantes de diciembre 31 de 2002, no se pueden comparar con el costo que se aprobó en la junta de 2005, ya que ambos están en constantes pero a diferentes fechas.

Por último señala que para la fecha de contestación de la presente acción, se tiene una nueva versión del costo que resulta del cierre contable de los años 2001 a 2007 y de revisar los flujos de las obras civiles principales de la presa y la central, considerando la obra extra y adicional ejecutada y estimando la obra adicional requerida hasta finalizar el proyecto, incluyendo los reajustes pagados y estimados para las obras civiles y los valores de adjudicación de los contratos de equipos electromecánicos y los efectos de los factores macroeconómicos, arrojando un valor de 1.330 millones de dólares corrientes.

Agrega que las proyecciones de costos y las adjudicaciones de los contratos que ha realizado la entidad, lo ha hecho en licitaciones públicas, cuyas ofertas han sido valoradas a los precios de mercado por los cuales los diferentes oferentes están dispuestos a ejecutar las obras o a ejecutar las variaciones de las mismas y las variaciones de costo presentadas en el proyecto no pueden tratarse como sobre costo ya que cada inversión efectuada se valoró a precios de mercado.

En cuanto a los hechos se pronunció manifestando que los estudios de complementación y actualización de la factibilidad técnica, económica y ambiental,

realizados por el consorcio Ingetec-Hidramsa-CCC, entre 1996 y 1997, que al parecer es a los que se refiere el actor, no arrojaron ningún valor del costo por 550 millones de dólares. Menciona que de acuerdo con el capítulo 13-Presupuesto, Programación y Evaluación Económica, de los Estudios de Complementación y Actualización de la Factibilidad Técnica, Económica y Ambiental, realizados por el consorcio Ingetec- Hidramsa CCC, entre 1996 y 1997, donde fueron analizadas varias alternativas para el Proyecto Hidroeléctrico Porce III, fue calculado un costo de 692,9 millones de dólares a precios constantes de junio de 1996, compuesta por una presa con cara de concreto, un túnel de conducción y central subterránea, alternativa que es la que para el momento de la contestación de la presente acción, se acometía en el proyecto, por lo cual se tomó ese costo como costo de factibilidad del proyecto, sin embargo, la junta directiva en su reunión del 9 de agosto de 2004 aprobó el costo de 605 millones de dólares constantes a 31 de diciembre de 2002, correspondiente al costo calculado según resultado de los diseños detallados (ya no conceptuales) presentados por el consorcio Ingetec S.A. - Klohn Crippen Consultants Ltd., el cual incluía costos de contratos adjudicados tales como: construcción de vías, campamentos, interventoría, obras de infraestructura, ingeniería y comunicaciones durante la construcción. Los demás costos de las obras a ejecutar son proyectados.

Agrega que el incremento del costo se presentó principalmente en las obras de infraestructura debido a que en el diseño conceptual se tenía previsto un sistema de transporte por la margen derecha por medio de una telecabina y en el diseño detallado se consideró la vía de acceso terrestre por la margen derecha. Así mismo se presentó un aumento en el costo de las obras de aducción (obras para conducción del agua desde el embalse hasta las cuatro unidades generadoras) y la central (casa de máquinas), debido a que en el diseño conceptual no se tenía información topográfica, geológica y geotécnica detallada, aumentando las cantidades de obra en el diseño detallado pero también se presentó una disminución del costo al modificar el tipo de presa de concreto compactado con rodillo del diseño conceptual a una presa de enrocado con cara de concreto (CFRD) en los diseños detallados.

Esgrime que la Junta Directiva en julio de 2005 aprobó el costo estimado antes de adjudicar los contratos de las obras principales por 876,6 millones de dólares constantes a abril 30 de 2005, costo que no se puede comparar con el primer costo del proyecto debido a que los costos son a precios constantes pero de diferentes

fechas. El día 30 de abril de 2005 corresponde a la fecha de cierre de licitación de las obras civiles principales (presa y casa de máquinas).

Precisa que es de suma importancia tener en cuenta que el costo aumenta respecto al costo de factibilidad por el cambio en los factores macroeconómicos y porque se tiene un conocimiento más detallado del proyecto que permite calcular costos con menor incertidumbre. Adicionalmente al valor mencionado, se autorizó un incremento del 5% (43,8 millones de dólares) del costo de la inversión con el fin de cubrir eventuales imprevistos que pudieran suceder más adelante, por lo que el costo base fue de 920,4 millones de dólares a precios constantes de 30 de abril de 2005 (948 millones de dólares corrientes) y fue este costo el que sirvió de base para elaborar la solicitud de préstamo al BID, en cuyo trámite se fijaría el monto de gastos financieros (intereses que se deben pagar por el crédito) que se debería incluir en la siguiente actualización de costo.

Señala que es cierto que el costo aumentó a 1.330 millones de dólares, lo que equivale a una diferencia de 382 millones de dólares, respecto al costo anterior pero no es cierto que el aumento se hizo sin obrar justificación técnica y económica, pues fue así como en la reunión de la Junta Directiva realizada el 6 de octubre de 2008 se presentó la evolución del costo y se explicó para cada una de las categorías las variaciones y justificaciones técnicas que se presentaron, al pasar del costo de 948,5 millones de dólares a 1330 millones de dólares, versión que incluyó la ejecución de los años 2001 a 2007 y la revisión de las proyecciones para los años 2008 a 2011.

Seguidamente informa por qué se presentaron las variaciones del costo principalmente citando las siguientes:

- a. **Cambios en los Factores Macroeconómicos:** Por este efecto se incrementó el costo en 129.2 millones de dólares y se presentó por la actualización del escenario macroeconómico, lo cual modifica el costo al cambiar la inflación y las tasas de cambio.
- b. **Interventoría:** Se incrementó el costo en 2.6 millones de dólares debido a que se tramitaron actas de modificación bilateral, puesto que por estrategia del contratista, se requirió trabajar en más frentes, lo cual incrementa los recursos.
- c. **Asesoría:** Se incrementó el costo en 20.7 millones puesto que la asesoría que acompaña la fase de construcción por parte del diseñador no se incluyó

en el orden de la magnitud que realmente se empleó. Lo anterior se debió a que el referente que se tenía para el primer costo era lo utilizado en el proyecto Porce II donde la asesoría del diseñador ascendía a un promedio de 20 personas mensuales mientras que la utilizada en Porce III ascendió a 61 personas promedio mensuales toda vez que el Proyecto Porce III tiene unos órdenes de magnitud mayores tanto en dimensiones como en localización de frentes de obra, lo que obliga a aumentar la cantidad e intensidad en la utilización de recursos de asesoría.

**d. Administración:** Se incrementó el costo en 20,4 millones de dólares por el aumento en:

- Gerencia del proyecto en 3 millones de dólares debido a que en el costo anterior se estimó un valor inferior y adicionalmente sólo se consideró la ejecución del proyecto hasta 2010 y el proyecto se terminaría en el año 2011.
- Logística en 12 millones de dólares por haberse incrementado el transporte, alimentación y mantenimiento de campamentos, de acuerdo con las necesidades actuales del proyecto, incluyendo el alojamiento y la alimentación de asesoría e interventoría, no considerados en el costo anterior.
- Vigilancia en 5 millones de dólares. Estos valores se incrementaron de acuerdo con la situación actual del proyecto. Incluye la dotación de vehículos entregada al Ejército y los valores por vigilancia privada, Policía Nacional, Ejército y transporte en helicóptero para el Ejército, no incluidos en el costo anterior con esta magnitud. Adicionalmente y de acuerdo con los requerimientos del proyecto, se incrementó el número de puestos de vigilancia.

**e. Obras de Infraestructura** las cuales comprende las vías de acceso al proyecto, campamentos, energía y comunicaciones para construcción, oficinas, bodegas, entre otros, en cuyo concepto se presentó un incremento en el costo de 21,8 millones de dólares debido a que en los contratos de las vías, se tramitaron actas de modificación bilateral por valor de 48.203 millones de pesos por la intensidad del invierno que se presentó en el año 2005, lo cual triplicó la cantidad de derrumbes previstos y se presentaron cambios en el alineamiento horizontal de algunas vías, al modificar el tipo de presa y para disminuir los impactos a los habitantes del sector La Bramadora. En los contratos de los puentes especiales se tramitaron actas de modificación por valor de 2.951 millones de pesos debido al incremento en las cantidades de obra por el aumento de la longitud de los puentes y

mayores cantidades de obra en las fundaciones por condiciones no previstas en la geología de la zona.

- f. Obras Principales:** Esta categoría incluye la presa y la central, se presentó un aumento en el costo por 135,8 millones y los incrementos se presentaron por reajustes pagados (25,2 millones de dólares hasta julio de 2008), reajustes estimados 2008-2011 por 57 millones de dólares; actas de modificación legalizadas por 7,2 millones y obras adicionales estimadas en 60 millones de dólares entre 2008 y 2011. En este concepto se consideró el descuento de 13,6 millones de dólares por unificación de las administraciones y esta disminución se debe a que los contratos para la presa y la central se adjudicaron al mismo contratista quien propuso unificar las administraciones.
- g. Equipos Electromecánicos:** Se presentó un aumento en el costo por 2,7 millones de dólares puesto que en el costo anterior se tenían valores estimados de los contratos y en el costo actual, valores de adjudicación y reajustes de los equipos por 8,7 millones de dólares.
- h. Gestión Ambiental y Social:** Se presentó un aumento de 23,3 millones de dólares. En el costo anterior se consideraron 315 familias afectadas por la construcción del proyecto y se incrementó el costo por la variación de alcance, aumentando el número de familias afectadas a 582 y 375 mineros, incrementando los valores por construcción de viviendas, proyectos económicos, indemnizaciones, e incluyendo convenios interadministrativos con los municipios del área de influencia del proyecto.
- i. Costos Concurrentes (tierras):** Se presentó un incremento del costo por 4,9 millones de dólares dado que el costo anterior se tenía prevista la compra de 2.000 hectáreas y se aumentó la compra de tierras requeridas por líneas de energía, vías industriales, zonas de depósitos y de acuerdo a la ley, si se afecta el 70% de un predio, hay que comprarlo en su totalidad y para el momento de la contestación de la presente acción, se estimaban compras de tierras por 6000 hectáreas.
- j. Imprevistos:** El rubro disminuyó en 28,1 millones de dólares, debido a que al realizar el cierre contable de los años 2004 al 2007, estos valores quedan incluidos dentro de las cuentas de las obras, sin esto indicar que el costo haya bajado.
- k. Desarrollo Corporativo:** Este rubro por 0,7 millones de dólares no se tenía en el costo anterior pero fue incluido por solicitud del BID.

1. **Gastos Financieros:** Este rubro por 47,6 millones de dólares no se había incluido en el costo anterior debido a que se estaba tramitando el crédito con el BID. (Folio 289 a 293).

Sostiene que en el artículo titulado "Sobrecostos en Porce III" publicado el 6 de octubre de 2008 en el periódico El Colombiano, página 1B, 2ª columna, el periodista Francisco Javier Arias transcribe claramente las justificaciones técnicas que explican parte de la diferencia en costos, al decir *"También dice que el contratista ha tenido que ejecutar obras extras y adicionales en aspectos técnicos para el desarrollo del proyecto y ha encontrado dificultades e imprevistos como unas aguas subterráneas, cuyo bombeo le demandó una inversión de 9,5 millones de dólares.*

*"Y explica que los mismos contratos establecen mecanismos de ajuste de los costos de la mano de obra y de los materiales, especialmente del cemento, el acero, los combustibles y los explosivos, que han tenido variaciones del 25 por ciento en moneda nacional y del 11 por ciento en moneda extranjera, es decir, dice Pérez, un proyecto que se ejecuta dependiendo de las condiciones del mercado.*

*"También se ha aumentado el costo por el valor de las perforaciones adicionales para darle más estabilidad al proyecto hacia el futuro e, incluso, por las inversiones en seguridad en la zona, de unos 7 millones de dólares.*

*"También se han construido algunas vías con diseños y trazados diferentes a los definidos inicialmente por las condiciones topográficas de la zona y para no afectar el programa de reubicación de familias que habitan la región.*

*"Entre otras cosas, el número de familias cobijadas por el plan de beneficios sociales y ambientales aumentó de 117 a 582 y disparó el valor de las inversiones para mitigar el impacto, de 92.000 millones de pesos iniciales a 110.000 millones de pesos".*

Señala que todas esas justificaciones son claras pero que se completan con la contestación.

Informa que la Subgerencia de Desarrollo de Proyectos de Generación de Energía para el Desarrollo de sus Proyectos, tanto en la etapa de diseño como en la de construcción, contrata por exigencia del BID, una Junta de Asesores, la cual se encarga de asesorar directamente a las Empresas Públicas de Medellín, con 2 visitas al año, la cual produce un informe donde se materializan las conclusiones de una semana de trabajo y para el proyecto de Porce III, ha habido 3 juntas de asesores:

- Para los diseños detallados.
- Para la revisión del cambio de diseño de la presa.
- Para la construcción de las obras.

Esgrime que todas las etapas de precalificación y de estudio de evaluación de las propuestas, contaron siempre con la previa no objeción y conformidad por parte del BID.

Reitera que en este tipo de proyectos es normal que se presenten cambios en el costo total ya que difícilmente los diseñadores, los asesores, los interventores, los contratistas, las entidades contratantes, la Banca Multilateral y en general, todos los que contribuyen a conceptualizar, diseñar, ejecutar y/o apoyar la ejecución de las obras, pueden predecir a ciencia cierta y con números exactos lo que va a ocurrir en un tipo de obra como ésta, donde hay múltiples variables de la naturaleza, el entorno y los interesados en el proyecto, que afecta positiva y negativamente el desarrollo del mismo a nivel de costo y concluye que las variaciones de costo presentadas en el proyecto Porce III no pueden tratarse como sobrecosto, ya que cada inversión efectuada se valoró a precios de mercado con el fin de evitar que una vez efectuada la inversión pudiera encontrarse una situación de precios por debajo de lo que se conseguirá en el mercado en cada caso presentado.

En cuanto al derecho colectivo de la defensa del patrimonio público sostiene que después del análisis realizado acerca del manejo que ha tenido el Proyecto Porce III, no solo desde el punto de vista técnico sino y sobre todo en lo económico y financiero, se puede asegurar que los dineros públicos invertidos en el proyecto han gozado de un buen manejo y que la accionada está lejos de improvisaciones en el ejercicio de sus funciones, entre ellas la de construcción de hidroeléctricas y muy especialmente en el Proyecto Porce III.

En cuanto al principio de la moralidad pública explica que si en el caso de Porce III y de conformidad con las acusaciones del demandante, se concreta en el incumplimiento de funciones de la entidad, siendo una de ellas el haber iniciado, continuado y ejecutado el proyecto Porce III, sin los estudios pertinentes y sin la probidad necesaria, ha de asegurarse que tal violación no se presentó según el verdadero acontecer fáctico y la prueba documental anexada.

La apoderada de la accionada se opone a las pretensiones al no haber habido una violación de los derechos que se invocan toda vez que la entidad en el desarrollo y ejecución del proyecto Porce III, ha actuado diligentemente, realizado los estudios pertinentes, actualizándolos, estando pendiente de las variaciones económicas y financieras, justificando los cambios, así como obteniendo las aprobaciones de la Junta Directiva y del BID.

Como excepciones propone las siguientes:

- **Existencia de los estudios** pertinentes en todas las etapas para la construcción del proyecto Porce III, al haber estudios suficientes, pertinentes, detallados para la construcción de este proyecto, desde su etapa de prefactibilidad, factibilidad, hasta llegar a la ejecución propiamente tal.
- **Justificación completa y detallada del incremento de los costos** del Proyecto Porce III, a nivel técnico, financiero, de mercados, de imprevistos, de suelos, entre otros, que dan cuenta del por qué el Proyecto Porce III se ha incrementado.
- **Diligencia de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. en el manejo integral del Proyecto Porce III**, actuando en guarda de la moralidad y patrimonio públicos.
- **Improcedencia de la acción**, frente a esta excepción se motiva asuntos que nada tiene que ver con acción popular que nos ocupa, en tal sentido el Despacho no procederá a resumir los mismos.

Sobre el incentivo señala que no se dan las condiciones para su procedencia por cuanto se encuentra demostrado el actuar diligente de la entidad, realizando todo lo pertinente es estudios técnicos y financieros con respecto al Proyecto Porce III, precisamente para estar acorde con los principios que regulan la contratación administrativa.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

I. **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**, en escrito de alegatos (Folios 535 a 559), solicita se declare que no ha vulnerado los derechos colectivos invocados por el actor, despachar en forma desfavorable todas y cada una de las pretensiones, reconocer probadas las excepciones propuestas y declarar que se trata de una

demanda temeraria, dándole las consecuencias de ley, así como no reconocer al actor el incentivo solicitado.

Lo anterior, dado que de las pruebas practicadas dentro del proceso, se colige que EPM sí realizó los estudios pertinentes para el proyecto Porce III, sí realizó los cálculos pertinentes del costo del proyecto, sí tuvo razones para justificar las diferentes versiones de su costo y sí tiene como argumentar y probar en contra de los supuestos sobrecostos de los que habla el demandante en el hecho No. 11 de la presente acción.

Reitera los argumentos expuestos en la respuesta a ésta acción, además de pronunciarse respecto del dictamen pericial manifestando que el mismo, de manera conceptual, tal como fue solicitado por EPM, apoya lo dicho por la entidad accionada en el sentido que el actor popular está totalmente equivocado en sus apreciaciones al considerar que los mayores costos de un proyecto como Porce III, puedan calificarse como “sobrecostos”, dictamen que aduce, no fue objetado y en el que específicamente se dijo que: *“Los ajustes de los precios de los contratos por variables económicas de cualquier tipo, son legales y obligatorias, responden a costos financieros, ajustes por incrementos de precios; aseguran la prevalencia de la ecuación del equilibrio económico como fundamento de la relación contractual. No se consideran en algún momento como sobrecostos”*.

Argumenta que de la prueba obrante en el proceso se puede concluir que EPM no tuvo un incremento injustificado en los precios del proyecto Porce III, y por el contrario, las variaciones que tuvo, está totalmente justificado desde la óptica financiera de la construcción de este tipo de proyectos y cuenta con las aprobaciones y estudios antecedentes de las obras. Es así como en el proyecto Porce III, cada estimativo de costo que ha variado a través de las etapas de prefactibilidad, factibilidad, diseños y durante la ejecución de la obra física fueron sustentados y valorados a precios de mercado, producto de procesos licitatorios públicos.

Recuerda que el proyecto Porce III fue auditado por la Contraloría y el BID, entidades que no calificaron su gestión de negligente en el manejo del costo del proyecto.

Finalmente la apoderada de EPM se pronuncia acerca de la necesidad de la prueba, manifestando que incumbe a quien afirma un hecho, probar que el mismo es cierto,

con las excepciones de la “carga dinámica de la prueba” y que en este caso la carga de la prueba la tenía el actor, quien debía probar los extremos que afirmaba, esto es, que efectivamente EPM no había realizado los estudios, técnicos, sociales, ambientales y financieros suficientes para el proyecto Porce III, que no había realizado una planificación adecuada del citado proyecto, además de no tener ninguna justificación para explicar la variación de los costos del proyecto, extremos que dice, no logró demostrar.

II. La **parte demandante** se abstuvo de presentar alegatos de conclusión dentro del término legal concedido por el Despacho, mediante auto del **6 de octubre de 2014** (Folio 529).

### POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

**El Ministerio Público**, representado en este proceso por el **Procurador 161 Judicial Administrativo I, Delegado ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Medellín**, luego de hacer un recuento de la demanda y del trámite impartido a la acción, solicita se despachen negativamente las súplicas de la demanda por considerar que no se demostró la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda.

Señala que la contestación de la demanda es prolija en las explicaciones que en sentir de la entidad demandada llevan a clarificar su conducta administrativa y según interpretación que hace de las consideraciones del demandante, considera que es el principio de Planeación Contractual el que resulta cuestionado, puesto que lo que se afirma es que hubo una indebida realización de estudios los cuales no permiten reflejar la situación real de un determinado proyecto tanto desde el punto de vista financiero como constructivo y jurídico.

Indica que con respecto de la factibilidad técnica, económica y ambiental, sea posible concluir que haya un sobrecosto y que por tanto se hayan lesionado los derechos colectivos. Lo anterior por cuanto los estudios datan del año 1997 y lógicamente las condiciones desde ese momento hasta cuando se tomó la decisión de iniciar el proyecto, varían como efecto natural del paso del tiempo. Recuerda que Porce III fue calculado a un costo de 692,9 millones de dólares a precios constantes de junio de 1996 y dentro de la estimación de la obra se consideró una presa con cara de concreto, un túnel de conducción y central subterránea, alternativa que es la que para el momento de la contestación de la presente acción,

se acometía en el proyecto, por lo cual se tomó esa cifra como costo de factibilidad del proyecto, sin embargo, esa idea fue variada por la Junta Directiva de EPM quien finalmente aprobó un valor de 605 millones de dólares a valores constantes a 31 de diciembre de 2002, correspondiente al costo calculado según resultado de los diseños detallados – ya no conceptuales –, ejercicio dentro del cual si se incluían costos de contratos como construcción de vías, campamentos, interventoría, obras de infraestructura, ingeniería y comunicaciones durante la construcción y respecto de lo anterior sostiene el Ministerio Público que las calificaciones o variaciones en cuanto a los componentes contractuales, no siempre constituyen una trasgresión al orden jurídico, para lo cual se permite citar jurisprudencia que así lo indica<sup>3</sup>.

Bajo tal perspectiva, concluye el Delegado Ministerial:

*“Las diferencias en las sumas han sido explicadas satisfactoriamente por la accionada, por tanto si bien el costo aumentó a U\$1.330 millones (con una diferencia de U\$382 millones), lo que hay que destacar es que si se encuentran explicaciones al margen que las mismas sean o no de recibo. Y en este punto, este Delegado las califica de aceptables<sup>4</sup> pues en la reunión de la JUNTA DIRECTIVA realizada el 6 de octubre de 2008 se presentó la evolución del costo y se explicó para cada una de las categorías las variaciones ocurridas, al pasar del costo de US948.5 millones a U\$1330 millones versión que incluyó la ejecución de los años 2001 a 2007 y la revisión de las proyecciones para los años 2008 a 2011.*

(...)

*Agregando que en este proyecto las EPM demostraron atender los postulados de la planeación con todo tipo de acompañamiento, latamente calificado, incluso con la asesoría del BID. Los anteriores factores llevaron a la demandada a sostener que resultaba imposible predecir todos los elementos de riesgo que podían impactar la obra, de suerte que las justificaciones dadas por la entidad se ajustan a la realidad procesal y en esa medida no se hace necesario palmario la lesión a los derechos colectivos”.*

Finalmente el señor Procurador delegado ante este Despacho Judicial, respecto del incentivo económico solicitado por el actor, recuerda la derogatoria que del mismo se hizo en el marco de las acciones populares a partir de la promulgación en diciembre de 2010 de la ley 1425, así como entorno a la improcedencia de su reconocimiento, incluso en aquellos procesos promovidos con anterioridad a la expedición de dicha ley aunado a la no demostración de la violación de los derechos colectivos indicados.

<sup>3</sup> Sentencia del 13 de febrero de 2006, Radicado No. 44001-23-31-000-2003-00090-01 (AP). Sección III. Consejo de Estado. CP. Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Demandado: Departamento de la Guajira.

<sup>4</sup> Valga decir que las EPM manifestaron: en relación con los cambios macroeconómicos lo siguiente: i) por los mismos se incrementó el costo en U\$129.2 millones y se presentó por la actualización del escenario macroeconómico, lo cual modifica el costo al cambiar la inflación y las tasas de cambio; ii) la interventoría: se incrementó el costo en U\$2.6 millones toda vez que por estrategia del contratista, se requirió trabajar en más frentes, lo cual incrementa los recursos; iii) así mismo la Asesoría: se incrementó el costo en U\$20.7 millones puesto que la asesoría que acompaña la fase de construcción por parte del diseñador no se incluyó en el orden de la magnitud que realmente se empleó.

## CONSIDERACIONES

### 1. Aspectos Previos

#### 1.1. La competencia

Según lo establecido en los **artículos 88** de la Carta Política, **15 y 16 de la Ley 472 de 1998**, y **58 de la Ley 1395 del 12 de Julio de 2010 (derogado artículo 309 ley 1437 de 2011)**, el Juez Administrativo del lugar de ocurrencia de los hechos o del domicilio del demandado, es competente para conocer en primera instancia de las acciones populares que se interpongan, originadas en actos, acciones u omisiones **de las entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal (numeral 10 del artículo 155 de la ley 1437 de 2011)**.

#### 1.2. Presupuestos procesales.

En el presente proceso concurren los presupuestos procesales para proferir sentencia de fondo, como quiera que el Despacho es competente para el conocimiento del mismo; las partes intervinientes tienen capacidad de ejercicio de sus derechos; y la demanda reúne los requisitos de ley, motivo por el cual se le imprimió el correspondiente trámite. Se hace necesario precisar que para la fecha de presentación de la solicitud de la acción popular de la referencia, no constituía requisito de procedibilidad, el consagrado ahora en el inciso final del artículo 144 de la ley 1437 de 2011.

#### 1.3. Titularidad de la acción.

El artículo 12 de la Ley 472 de 1998, por medio de la cual se desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, al referirse a la legitimación por activa en las acciones populares, enumeró los sujetos sobre los cuales recae la titularidad de la acción; y en su numeral primero, consagró que puede ser ejercida por "*cualquier persona natural o jurídica*"; en tal sentido, el señor **Juan Gonzalo Duque Osorno**, se encuentra legitimado para promover la acción de la referencia.

#### 1.4. Finalidad.

La acción popular, consagrada en el artículo 88 de la Constitución Nacional, desarrollada por la Ley 472 de 1998, tiene por objeto la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos, cuando resulten amenazados, vulnerados o agraviados por la acción u omisión de una autoridad o de los particulares en determinados casos, y tiene una finalidad preventiva y remedial, pues permite

hacer cesar el peligro o la amenaza del derecho o interés colectivo, o de restituir las cosas a su estado anterior, en caso de ser posible. Dispone el artículo 88 de la Constitución Política:

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

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

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

Sobre los elementos característicos de la acción popular, es clarificante la Sentencia del 26 de Enero de 2006<sup>5</sup>, según la cual:

*“...en la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la ley 472 de 1998, son características de las acciones populares, las siguientes:*

*“a) Su finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.*

*“b) Proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que haya violado o amenace violar ese tipo de derechos o intereses.*

*“c) Se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o para restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible.*

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

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

## **2. Lo pretendido por el actor popular**

Según lo manifestado por el actor popular, la presente acción busca el amparo de los derechos colectivos a la **Moralidad Administrativa** y a la **Defensa del Patrimonio Público**, contenidos en los literales **b) y e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998**, los cuales considera vulnerados por **Empresas Públicas de Medellín E.S.P.**, como consecuencia de los sobrecostos en que presuntamente se incurrió en la construcción del Proyecto hidroeléctrico Porce III.

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de Enero 26 de 2006. CP. Dr. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 73001-23-31-000-2002-02753-01(AP).

Solicita el actor popular cese la actuación u omisión causante del daño y se ejecuten las acciones necesarias para restablecer los derechos colectivos que han sido afectados o condenar al pago de perjuicios si se ha producido el daño.

El problema jurídico principal consiste en determinar si la entidad demandada incurrió en la violación de los derechos e intereses colectivos invocados por el actor popular, que permitan al Despacho definir de manera precisa la conducta a cumplir, con el fin de lograr su protección y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que originaron la acción de la referencia.

Para dar respuesta al problema jurídico propuesto, corresponde al Despacho desarrollar los siguientes temas: **i)** Alcance de los derechos colectivos invocados; **ii)** Análisis del caso concreto, a fin de establecer si el actor popular probó la violación alegada; y **iii)** el derecho al incentivo económico en las acciones populares.

### **3. Los derechos e intereses colectivos invocados.**

Si bien el artículo 88 de la Carta Política ha mencionado algunos intereses colectivos, tal enumeración no es taxativa, pues la ley y los tratados internacionales pueden calificar como tales otros intereses similares a los contenidos en la norma constitucional<sup>6</sup>.

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, según el cual, *“igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia”*.

Según la doctrina, los derechos e intereses colectivos, *“...son aquellos relacionados con el mejoramiento y mantenimiento de la buena calidad de vida, se reconocen por tanto, a toda la comunidad, por lo cual, el titular del derecho es una pluralidad de personas identificadas como un todo y no individualmente...”*<sup>7</sup>

Y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los derechos e intereses colectivos,

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. AP-001 de 2000.

<sup>7</sup> PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. 4ª edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2004. Pág. 469.

*“...se relacionan con la defensa de intereses comunitarios y difusos que se oponen a las autoridades públicas y a los particulares, a través de la exigencia de deberes de dar, hacer o no hacer.*

*“En efecto, esta Corporación ha definido el concepto de intereses colectivos como “intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de derechos cuyo titular es un grupo de personas que, en principio, puede ser indeterminado o indeterminable”. Por esta razón, el titular de la acción popular no requiere acreditar un interés concreto o subjetivo en la decisión, puesto que su actuación procesal está dirigida a defender intereses o derechos que exceden del ámbito individual...”<sup>8</sup>.*

Agrega la Alta Corporación, que este tipo de derechos son *“...los que proveen a la defensa de intereses inestimables de carácter supraindividual, reconocidos en provecho de la comunidad, para asegurar su estabilidad y prosperidad...”<sup>9</sup>.*

Según definición de la Asamblea Constituyente, los derechos e intereses colectivos, *“...propenden por la satisfacción de necesidades de tipo colectivo y social, y se diseminan entre los miembros de grupos humanos determinados, quienes los ejercen de manera idéntica, uniforme y compartida...”.*

Tales derechos, *“constituye[n], por su especial naturaleza, un acicate a la solidaridad puesto al servicio de la prevención de calamidades que generalmente ocasionan daños colectivos. En verdad, el ser humano tiene derecho a vivir libre de peligros y riesgos públicos, razón por la cual no debe estar expuesto, a sabiendas, a daños contingentes capaces de afectar su integridad personal o patrimonial...”<sup>10</sup>.*

Se ha sostenido que esta categoría de derechos (los colectivos), recaen sobre una comunidad entera, de allí que no pueda deducirse su existencia por una sumatoria de derechos individuales, pues muchas veces suele confundirse el derecho colectivo, con pluralidad de derechos individuales. Frente a este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha explicado lo siguiente:

*“El derecho colectivo, ha dicho la Sala, **no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo es aquél que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada.** Por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones en la acción popular está ligada con la existencia real de los siguientes elementos, que para el momento de fallar deben estar*

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 28 de Junio de 2002. C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla. Exp. 76001-23-31-000-2001-2075-01(AP-472).

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 21 de Junio de 2002. C.P. Dr. Roberto Medina López. Exp. 73001-23-31-000-2000-3389-01(AP-471).

<sup>10</sup> Gaceta Constitucional No. 46, abril 15, 1991.

*establecidos: La acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y la amenaza o la violación a derechos e intereses colectivos. La Sala ha expresado que el derecho colectivo no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen...<sup>11</sup>.*

Entre los derechos e intereses colectivos que se protegen a través del uso de las acciones populares se encuentran **la Moralidad Administrativa y la Defensa del Patrimonio Público.**

### **3.1 La Moralidad Administrativa.**

Este derecho se encuentra enlistado como derecho colectivo en el artículo 88 de la Carta Política, y además, en el literal b) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, y tiene una íntima relación con la función administrativa, que de acuerdo con el artículo 209 Superior, en atención al modelo de Estado al cual nos encontramos inscritos, está puesta al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, entre otros.

Existe abundante jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se ha caracterizado este derecho, y la misma ha sido reiterada en sostener que, **para poder hablar de su vulneración, debe acreditarse una real afectación al ordenamiento jurídico, además de la conducta carente de buena fe de la Administración, y la vulneración de otros derechos colectivos<sup>12</sup>; y que por tal razón, el sólo incumplimiento a un deber legal, no conlleva a la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, sino que debe demostrarse que la actuación de la administración es contraria a los fines y principios que le son propios, que obedece a motivaciones de carácter particular, con el objeto de favorecer intereses propios o de terceros, concretándose en conductas amañadas, irregulares o corruptas, y que necesariamente conllevan la afectación de otros derechos colectivos, como lo es la preservación del patrimonio público<sup>13</sup>.**

Sobre la naturaleza dual y el contenido de la moralidad administrativa, en sentencia del 8 de junio de 2011, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, radicación 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP), citada también en reciente sentencia del 27

<sup>11</sup> Sentencia, Febrero 10 de 2005. CP. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 25000-23-25-000-2003-0254-01(AP).

<sup>12</sup> Entre otras, véase la Sentencia de Septiembre 6 de 2001 Exp. AP-163; la Sentencia de Agosto 24 de 2005, Exp. AP-02458, C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez; la Sentencia de Febrero 10 de 2005. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 25000-23-25-000-2003-0254-01 (AP). Y la Sentencia de Noviembre 4 de 2004.

<sup>13</sup> Sentencia de Mayo 25 de 2006. C.P. Dra. Ruth Stella Palacio Correa. Exp. 70001-23-31-000-2004-00385-01(AP). Y Sentencia del 7 de Octubre de 2004, CP. Alíer Hernández Henríquez. Exp. AP-00336.

de marzo de 2014, Consejera Ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación: 25000-23-15-000-2010-02404-01, ha resaltado el Consejo de Estado lo siguiente:

*“La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco - implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada.*

*Lo anterior, como quiera que dada la textura abierta que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial (sic) que esté encargado de su aplicación.*

*En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.) y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.). I) Como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado.*

*En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal - en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones<sup>14</sup> desconozcan fundamentos éticos o morales - en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.*

*En ese contexto, para la Sala resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, **desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.***

De conformidad con el anterior criterio, se ha establecido por la jurisprudencia que no siempre que se configura la ilegalidad de una actuación se da la vulneración automática de la moralidad administrativa, pues “la moralidad administrativa y la ilegalidad son conceptos totalmente distintos con naturaleza y alcances diferentes,

---

<sup>14</sup> En términos de la filosofía Hegeliana, toda modificación en el mundo exterior.

por lo que será el juez quien en cada caso, determinará si la conducta analizada se adecua a la moral que se exige para quien administra la cosa pública, para cuyo propósito, puede acudir al contenido de las normas positivas, a los principios generales del derecho, así, como a la razón y el sentido común ético<sup>15</sup>.

Además de la distinción conceptual, "es necesario demostrar que el hecho censurado involucra una conducta orientada a favorecer intereses contrarios a los que deben inspirar una recta administración"<sup>16</sup>.

En otras palabras, "... no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto (...) Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración"<sup>17</sup>.

En todo caso, la conclusión del Juzgador en torno a la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, no va a devenir de su concepto personal sobre lo que considera moral, sino del análisis propio de la actuación del funcionario en la medida que no responda al interés de la colectividad, y no encuentre justificación en el ordenamiento jurídico<sup>18</sup>.

Al tenor de lo dicho por la Alta Corporación<sup>19</sup>, existe vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa, entre otros, en los siguientes casos: "...cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2008, expediente 2004-01605, Consejera Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de marzo de 2009, expediente 2004-00739-01, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Torres Cuervo

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 4 de noviembre de 2004, expediente AP-2305.

<sup>18</sup> Exp. No. 00013-01. Sentencia del 29 de enero de 2009. Ponente: Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO. "Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho. Ordenamiento jurídico que comprende no sólo los preceptos normativos establecidos en la ley, sino además los principios consagrados en la Constitución y la ley"

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de abril de 2010. MP. Mauricio Fajardo Gómez.

*particular<sup>20</sup> – noción que la aproxima a la desviación de poder<sup>21</sup>; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas<sup>22</sup>; cuando se desconocen los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación<sup>23</sup> – concepción que reconoce la importancia axiológica y principialística del ordenamiento, en un contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados<sup>24</sup>; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento<sup>25</sup>. También ha dicho la Sala que los intentos de definir la moralidad administrativa no la limitan sino que simplemente la explican, en vista de que en relación con este tipo de conceptos es el caso concreto el que brinda el espacio para que la norma se aplique y para que se proteja el correspondiente derecho colectivo<sup>26</sup>”*

En este orden, la jurisprudencia ha acotado el juicio de moralidad administrativa a los siguientes criterios objetivos<sup>27</sup> –se destaca–:

*“La aplicación jurídica del concepto de moralidad tendiente a orientar y controlar la actividad de la Administración, requiere tener en cuenta dos aspectos fundamentales:*

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación N° 2500023240002003 (AP-2305) 01. Actor: William Reini Farias Pedraza. Demandado: DIAN. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación N° 0800123310002002 (AP-2214) 01. Actor: Jairo Torres Moreno y otros. Demandado: Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación N° 5200123310002000105901 (AP-518). Actor: Jesús Orlando Mejía Yepes. Demandado: Empresa de Licores de Nariño y otros. C.P. Ricardo Hoyos Duque

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación: 190012331000200301594 01, Referencia: Acción popular, Actor: Gerardo Aníbal Paz Gómez y otros, Demandado: Municipio de Popayán y otros, C. P. Germán Rodríguez Villamizar

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación N° 2500023270002003 (AP-00720) 02. Actor: Fundación Un sueño por Colombia. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones. C.P. Dra. Ruth Stella Correa. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación N° 7600123310002004 (AP-01645) 01. Actor: Andrés Alberto Gómez Orozco. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N° 4100123310002004 (AP-00690) 01. Actor: María Nubia Zamora. Demandando: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”. C. P. Enrique Gil Botero.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintidós (22) de agosto de dos mil siete (2007), Actor: Linnette Andrea Gutiérrez y Otro, Demandada: Municipio de Bucaramanga Radicación: 68001231500020030022801, C. P Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente: AP 2002-2943, Actor: Alejandro Ramírez Brandt, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. *“Es claro que tratándose de conceptos generales y abstractos que acusan la falta de concreción (como buena fe, equidad, corrección, etc.) las nociones que acompañan su aplicación han de estar referidas al caso concreto que motiva su invocación. Por ello, para la Sala, las situaciones particulares en las cuales se analiza si existió o no vulneración o amenaza de la moralidad administrativa serán las que den lugar a la utilización de uno u otro concepto”*

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección A, sentencia del 17 de noviembre de 2011, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 08001-23-31-000-2003-00586-01(AP).

- *Moralidad no es sinónimo de legalidad. En efecto, confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la Administración implica, necesariamente, negar la existencia del primero, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección.*

- *Moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo. En el marco del Estado Social de Derecho no resulta razonable pensar que cada juez puede juzgar la actividad administrativa bajo el exclusivo parámetro de su propia y personal concepción de moralidad.*

*Esta Corporación ha abordado la moralidad administrativa desde diferentes ángulos:*

*i) Acudiendo al método histórico se ha acudido a los antecedentes de la ley que regula la acción popular, para poner de presente que en uno de los proyectos se definía expresamente la moralidad administrativa en los siguientes términos:*

*"Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario".<sup>28</sup>*

*ii) Desde una perspectiva teleológica, ha sostenido que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad ha de referirse a la finalidad que inspira la actividad de la Administración (acto, contrato<sup>29</sup>, omisión, etc.). Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contraria a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder<sup>30</sup>.*

*iii) Desde su acepción constitucional, se ha destacado que la moralidad no se circunscribe al 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 diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad<sup>31</sup>.*

*iv) Frente al carácter de derecho colectivo de la moralidad administrativa, se ha puntualizado que: a) debe concretarse en cada caso, de conformidad con los principios de la sana crítica; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador, de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza<sup>32</sup>.*

<sup>28</sup> [Cita del texto transcrito:] "Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia AP-0007 de 20 de junio de 2002. en el mismo sentido: Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia ap-0446 de 24 de octubre de 2002, actor: Jorge Alberto Javier Correal, demandado: Lotería del Meta"

<sup>29</sup> De acuerdo con el estatuto de contratación, los fines de la contratación estatal implican que, con ella, los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas. art. 3º ley 80 de 1993.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, sentencia AP-518 del 31 de octubre de 2002, actor: Jesús Orlando Mejía Yepes, demandado: Empresa Licorera de Nariño y otros.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>32</sup> Consejo de Estado Sentencia AP-518 de 31 de octubre de 2002. M.P: Ricardo Hoyos Duque.

v) Una característica general que se advierte en el tratamiento jurisprudencial que se ha dispensado al tema radica en asociarlo a la defensa del patrimonio público<sup>33</sup> y a la lucha contra la corrupción administrativa. En efecto, se ha sostenido que el tema de la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente con la idea de degradación: la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral. En consecuencia, cuando tal degradación obra sobre los valores que soportan la función administrativa, el ordenamiento jurídico debe proveer a la sociedad de mecanismos para erradicar las conductas corruptas del escenario de las relaciones administrativas<sup>34</sup>.

vi) Se ha entendido la moralidad administrativa como “el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr una convivencia libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social”<sup>35</sup>.

vii) En un pronunciamiento de la Corporación se precisó el tema de la antijuridicidad de la conducta o de la omisión como determinante en el análisis de la moralidad administrativa. En efecto, se ha señalado que “la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo”<sup>36</sup>.

viii) La Sala ha reconocido<sup>37</sup> que la moralidad administrativa es un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución.

Se trata de una tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de dichos principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas<sup>38</sup>.

La moralidad administrativa, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica; por esta razón, para definir su contenido en un caso concreto es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales y las instituciones jurídicas se sirven los unos a los otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sentencia AP-446 de 24 de octubre de 2002. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez, Sentencia AP-170 de 16 de febrero de 2001, Actores: Epaminondas Moreno Parrado y otros.

<sup>35</sup> [Cita del texto transcrito:] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva, sentencia AP-054 de 9 de febrero de 2001, actor: Olga Virginia Yepes Fonseca”.

<sup>36</sup> [Cita del texto transcrito:] “Sentencia del 6 de octubre de 2005, AP 2214, M.P. Ruth Stella Correa Palacio”.

<sup>37</sup> [Cita del texto transcrito:] “Consejo de Estado, Sección Tercera exp. AP-170 de 2001, AP-166 de 2001 y AP-0787 de 2002”.

<sup>38</sup> [Cita del texto transcrito:] “Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AP- 166 de 2001”.

<sup>39</sup> [Cita del texto transcrito:] “Sentencia de 19 de abril de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. radicación número: 41001-23-31-000-2004-00819-01(ap)”

*Por lo tanto, resulta necesario sostener una noción amplia y mucho más comprensiva del principio de legalidad, en la cual queden comprendidos tanto las normas con rango de ley, como todo el plexo de principios y de valores que forman parte del ordenamiento jurídico —muchos de ellos de raigambre constitucional—, además, por supuesto, de todas las reglas que se integran en la Carta, para entender, ahí sí, encuadrable la noción de moralidad administrativa, la cual, de todas formas, mal podría construirse por fuera de los límites trazados por el ordenamiento jurídico, comoquiera que ello podría abrir las puertas a que las decisiones de los operadores jurídicos —y de los jueces, en particular— se sustenten en concepciones morales subjetivas y no en la moralidad subyacente a la normatividad —principios, valores, normas constitucionales, legales y reglamentarias— aplicable a los casos concretos”.*

### **3.2. Derecho al patrimonio público.**

Este derecho e interés colectivo se encuentra también contemplado en el artículo 88 de la Constitución Política, y en el literal e) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, y se protege mediante el ejercicio de la acción popular. Sobre el contenido material de este derecho, señala la jurisprudencia lo siguiente:

*“(…) Es por ello que al concepto de patrimonio público, en cuanto integrador de un derecho cuya ritualidad corresponde a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que legalmente le corresponde, sin limitación alguna, incorporando en él tanto los bienes, derechos e intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, como el conjunto de bienes, derechos e intereses de los cuales es titular la colectividad en general, lo cual no significa, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica vayan a perder su individualidad y su posibilidad de ser protegidos de manera autónoma, por la sola consideración de formar parte integrante de aquél”<sup>40</sup>.*

Del mismo modo, ha precisado el Consejo de Estado<sup>41</sup>:

*(…) Cuando la Constitución Política concibió al patrimonio público como derecho o interés colectivo, fue más allá de la pretensión de desarrollos normativos como los apenas aludidos, pues atribuyó valor subjetivo (protegido constitucionalmente con la acción popular) a la expectativa ciudadana de un correcto y ajustado manejo de los bienes, derechos y obligaciones “de los que el Estado es propietario”. Esta dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con el artículo 88 constitucional, se subraya, no es individual sino colectiva y por tanto cualquier miembro de la comunidad está legitimado para pedir a la jurisdicción contencioso-administrativa su protección. Sobre los alcances de la subjetividad de los derechos colectivos, pueden extenderse muchas de las consideraciones expuestas a propósito de la moralidad administrativa, que no se presentan aquí para evitar ser repetitivos y fortalecer los contenidos de este fallo que constituyen su ratio decidendi tal y como se evidenciará más adelante.*

*La expectativa colectiva de la protección del patrimonio público trasciende la legalidad de las normas sobre presupuesto de las entidades públicas y alcanza un vínculo estrecho con el control que puede ejercer la comunidad frente a la corrupción en la gestión administrativa. En este sentido, la violación al derecho o interés colectivo al patrimonio público, no presupone necesariamente la existencia de una norma presupuestal de naturaleza infra-constitucional, pues conductas administrativas*

<sup>40</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2007, expediente AP-2004-0992, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>41</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2007, expediente AP-549, Consejero Ponente: Dr. Alir Hernández Enríquez.

*ajustadas a este tipo de exigencias pueden perfectamente estar inmersas en propósitos corruptos que redundan en violación o amenaza a las expectativas de corrección y buen manejo que constituyen el núcleo central de la dimensión subjetiva (derecho colectivo) del patrimonio público.*

(...)

*Con estos alcances, se destaca una aproximación indiscutible entre los derechos o intereses colectivos al patrimonio público y a la moralidad administrativa<sup>42</sup>. Esta cercanía sin embargo se evidencia más de éste a aquélla que a la inversa, toda vez que el menoscabo o amenaza al derecho colectivo del patrimonio público se logra en las más de las veces a través de medios contrarios a la moralidad administrativa, mientras que pueden evidenciarse múltiples hipótesis de violación o puesta en riesgo de ésta sin que esto implique un detrimento o un riesgo al patrimonio público.*

*Finalmente, vale la pena señalar que dada la especificidad de la dimensión subjetiva que alcanza el patrimonio público con ocasión de su consideración como derecho o interés colectivo, su estudio demanda un riguroso análisis probatorio en cada caso, del que se infiera un efectivo detrimento al patrimonio público con ocasión de una “acción u omisión” de una entidad pública o cuando menos una seria y razonable amenaza del mismo. Esto implica un deber de diligencia inmenso del actor popular, toda vez que él soporta la carga de la prueba<sup>43</sup>.*

También ha señalado la jurisprudencia que el derecho colectivo del patrimonio público también ha sido definido desde el punto de vista de su finalidad, al decir el Consejo de Estado que **“El derecho a la defensa del patrimonio público, busca asegurar no solo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial con la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular”<sup>44</sup>.**

La jurisprudencia nacional ha definido el derecho colectivo al patrimonio público, como **“...la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses**

---

<sup>42</sup> La cercanía entre estos dos derechos o intereses colectivos fue ya advertida por esta sección en la sentencia de 17 de junio de 2001, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp.: AP- 166 de 2001, en la que también se analizó la violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público con ocasión de un contrato estatal para la construcción de un estadio.

<sup>43</sup> Literal e) del artículo 18 y artículo 8 de la Ley 472 de 1998.

<sup>44</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2006, expediente AP-1594.

*colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.*<sup>45</sup> (Negrillas fuera del texto).

Cuando se invoca la protección del Patrimonio Público, por la vía de la acción popular, lo que se busca es que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, lo que conlleva necesariamente a la protección del derecho a la moralidad administrativa, como se dijo anteriormente. Y según sentencia, se ha dicho, respecto al derecho colectivo al patrimonio público:

*“...En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe señalar que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.) (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2001, Consejero Ponente Alier Hernández E, Exp. AP 166.)*

*“Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que la Carta Política contempla el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y en forma específica como susceptible de ser protegido a través de la acción popular (art. 88 de la C. N.) y que el legislador, con el fin de propender el principio de intangibilidad de los recursos públicos, dio vigencia a la norma constitucional expidiendo el Estatuto para la Contratación Estatal y la Ley Orgánica del Presupuesto, normas jurídicas que contienen numerosas herramientas dirigidas a la correcta inversión y utilización de los recursos públicos, por parte de quienes tienen a su cargo el manejo y ejecución de tales recursos.*

*“EL INTERÉS COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO es uno de los derechos de mayor connotación en el Estado de Derecho Colombiano, teniendo en cuenta que es a través de él que el Estado da cumplimiento a los fines para los cuales fue estatuido, y participa en la prestación de servicios públicos en beneficio de la comunidad.”<sup>46</sup>.*

#### **4. De las pruebas allegadas al proceso.**

Es conocido, que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y nuestra legislación consagra el principio general de la carga de la prueba, esto es, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Y según lo señalado en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, “la carga de la prueba corresponderá al demandante...”.

<sup>45</sup> Sentencias de Febrero 10 de 2005. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Exp. 25000-23-27-000-2002-2260-01(AP).

<sup>46</sup> Sentencia de Mayo 31 de 2002.

Ahora, al referirse al **principio de la carga de la prueba** en las acciones populares, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha sostenido lo siguiente:

*“...la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en todos los casos tanto la amenaza como la vulneración, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba.”<sup>47</sup>. (Negrillas propias).*

Y sobre el mismo punto, en providencia de la misma fecha, la alta Corporación en el Expediente No. 52001-23-31-000-2004-02180-01(AP), explicó.

*“Desde el punto de vista procesal, los actores deben soportar la carga de la prueba de los hechos u omisiones que generan la vulneración o amenaza del derecho por el cual acudieron a la jurisdicción en busca de protección. Así mismo, los demandados deben exonerarse de la imputación de la vulneración a dichos derechos probando que no existe nexo de causalidad entre el daño alegado y las actividades desplegadas por ellos...”.*

La carga de la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos, corresponde al accionante, *“...quien si bien puede ser auxiliado por el juez en esta tarea, no se ve relevado totalmente de esa carga, como expresamente lo estableció el artículo 30 de la citada ley”<sup>48</sup>.*

También establece la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>49</sup> que, cuando alguien afirma que otro no ha cumplido un deber o una obligación a su cargo, esta aseveración no reviste, *“a juicio de la Sala, el carácter de negación indefinida que lo exonere de prueba (incumbit probatio eri qui dicit, non qui negat), pues comporta en realidad de verdad la aserción general y abstracta de que este ha incumplido. Se está delante de una negación que lo es apenas en apariencia o formal (negativa praegantem), en tanto es susceptible de ser establecida por medio de la justificación del hecho afirmativo contrario: el incumplimiento”.*

En el caso de la referencia, el actor popular asevera que la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, vulnera los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa y a la Defensa del Patrimonio Público; afirmación que es susceptible de demostración, acreditando el hecho positivo contrario que en forma implícita se indica, por lo que no está exenta de prueba.

<sup>47</sup> Sentencia Enero 26 de 2006. Exp. 15001-23-31-000-2003-01345-01(AP). CP. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, providencia de 11 de mayo de 2006, expediente 2004-00896-02, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>49</sup> Ibídem.

Para decidir la controversia, el Despacho cuenta con las siguientes probanzas:

- Copia de la tabla de contenido de los ESTUDIOS DE COMPLEMENTACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LA FACTIBILIDAD TÉCNICA, ECONÓMICA Y AMBIENTAL DEL PROYECTO HIDROELÉCTRICO PORCE III, de abril de 1997 (folios 65 - 79).
- Copia del denominado ESTUDIO DE FACTIBILIDAD INFORME FINAL DEL PROYECTO HIDROELÉCTRICO PORCE III, de diciembre de 1984. (folios 80 a 88).
- Copia de la tabla de contenido del DISEÑO CONCEPTUAL DEL PROYECTO HIDROELÉCTRICO PORCE III, de marzo de 2002. (folios 89-98).
- Copia de las tablas de contenido de los DISEÑOS DETALLADOS DEL PROYECTO HIDROELÉCTRICO PORCE III, de octubre, abril y marzo de 2002. (folios 99 - 107).
- Copia del aparte pertinente del denominado INFORME FINAL AUDITORÍA GUBERNAMENTAL CON ENFOQUE INTEGRAL MODALIDAD ESPECIAL PROYECTO PORCE III, realizada por la Contraloría General de Medellín al Proyecto Porce III. (folios 110 - 116).
- Copia del aparte pertinente del denominado INFORME ESTADO DE FINANZAS 2004, AUDITORIAS ESPECIALES AÑO 2005, realizada por la Contraloría General de Medellín al Proyecto Porce III. (folios 117 - 120).
- Copia del aparte pertinente del denominado REVISIÓN DE LA CUENTA PROYECTO HIDROELÉCTRICO PORCE III, de septiembre y octubre de 2007, realizado por la Contraloría General de Medellín. (folios 121 - 127).
- Copia del acta No. 1400 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín del 30 de abril de 2003 con su correspondiente anexo de EVALUACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA DEL PROYECTO PORCE III. (folios 129 - 195).
- Copia del aparte denominado PRESUPUESTO, PROGRAMACIÓN Y EVALUACIÓN ECONÓMICA del Estudio de Complementación y Actualización de la Factibilidad Técnica, económica y ambiental del Proyecto Porce III. Informe general final de fase II (folios 197 - 224).
- Copia del aparte pertinente del acta No. 1427 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín del 9 de agosto de 2004 con su correspondiente anexo de las vías de acceso y otras obras de Porce III. (folios 226 - 247).
- Copia del aparte pertinente del acta No. 1442 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín del 5 de julio de 2005 con su correspondiente anexo de la REVISIÓN DE LA EVALUACIÓN FINANCIERA DE PORCE III. (folios 249 - 286).
- Estudio realizado por la Gerencia Generación referente al COSTO DEL PROYECTO PORCE III. (folios 288 - 300).
- Cuadro denominado de EVOLUCIÓN DEL COSTO DE PORCE III. (folios 302 - 305).
- Minuta de DISEÑOS DETALLADOS Y ASESORÍA PARA PORCE III. (folios 307 - 312).

- Minuta de dos contratos de asesores internacionales. (folios 314 - 319).
- Minuta del contrato de interventoría durante la Construcción de las obras civiles. (folios 321 - 334).
- Copia del acta No. 1494 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín del 6 de octubre de 2008 con su correspondiente anexo donde se presentó a la Junta el costo del proyecto hidroeléctrico de Porce III por valor de 1.330 millones de dólares. (folios 374 - 428).
- Dictamen pericial rendido por el ingeniero Gabriel Angel Castillo Taborda (folios 491 - 502).

##### **5. La carga probatoria en las acciones populares. La prueba de los hechos y solución del caso concreto.**

Corresponde al actor popular la carga de la prueba conforme a lo ya expuesto; de allí que la prueba sirva para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión, y esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el “objeto” de la prueba y su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que “es probado” en el proceso<sup>50</sup>.

En el asunto de la referencia, alega el actor popular que con la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, la entidad demandada está vulnerando los derechos colectivos a la **Moralidad Administrativa** y al **Patrimonio Público** lo cual sustenta indicando que en el mes de noviembre de 2003 Empresas Públicas de Medellín anunció una inversión en el Proyecto Hidroeléctrico por valor de 550 millones de dólares, que “*Ya para el año 2005, esa Entidad, anunció, que el monto de la inversión, después de haber realizado un estudio por el cual debió pagar una suma de dos mil quinientos noventa y siete millones ciento veintiún mil novecientos veintiséis pesos (\$ 2597.121.926) y que le permitió estimar una inversión en el proyecto de 550 millones de dólares, había subido a 920 millones de dólares a precios constantes, equivalentes, a precios corrientes, a 948 millones de dólares e incluyendo los costos financieros por unos 50 millones de dólares, que fue el presupuesto oficial aprobado por la Junta de EPM para ese año. Y que para el momento de presentación de la acción popular el costo del proyecto “sin obrar justificación técnica y económica, aumentó a 1.330 millones, lo que equivale a una diferencia de 382 millones de dólares”,* siendo el único argumento para sustentar el aumento por parte de la accionada los factores macroeconómicos que sólo conducen a explicar el 35% de la diferencia.

---

<sup>50</sup> TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 89.

Pues bien, sea lo primero indicar que el presente caso el actor popular se limitó a realizar enjuiciamientos en contra de la entidad accionada, sin aportar al proceso elementos probatorios que permitan verificar la posible vulneración o amenaza de los derechos colectivos que se invocan.

La actividad probatoria de la parte actora fue totalmente pasiva, pues las afirmaciones contenidas en la demanda, acompañadas sólo del anexo de la publicación en el periódico El Colombiano de 6 de Octubre de 2008 en su página de negocios y de la solicitud de oficiar a la entidad, prueba ésta última de la cual no se pronunció a lo largo del proceso, pese al memorial obrante a folios 372 del expediente con el cual Empresas Públicas de Medellín daba respuesta y se le requería para que justificara su petición, no permiten al Despacho concluir que el costo final de la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, resulte violatorio de los derechos colectivos invocados; ni tampoco es indicativo que dicho costo, sea contrario a las disposiciones constitucionales, y en especial a las que se protegen mediante el ejercicio de la acción popular, ni observa alguna irregularidad jurídica que conlleve la vulneración, veamos,

En efecto, se tiene acreditado que en **agosto de 1983**, la firma ASCÓN Ltda presentó a Empresas Públicas de Medellín, el **informe final del Estudio de Prefactibilidad del Potencial Hidroeléctrico del río Porce** (folios 2 – 181 de la respuesta al exhorto No. 3538, cuaderno No. 1 anexo) en virtud del cual a folios 83 y siguientes, respecto al denominado Proyecto Porce III conceptúo lo siguiente acerca del costo:

*“Los costos de la central de Porce III, como lo muestra la tabla 5-4 arrojan un total de 638 millones de dólares. Para los 800 MW de capacidad esto indica un costo promedio de US \$ 797 por KW instalado”. (Subraya del Despacho)*

En cuanto al presupuesto el citado informe final (folio 103), determinó:

*“Para estos presupuestos (el del proyecto Porce III fue de 637.750 según presupuesto resumido obrante a folio 108), se adoptaron los precios unitarios cuya selección se explica en el capítulo de Criterios del Diseño y se detallan en un Anexo y las cantidades de obra fueron determinadas a partir de los prediseños de las mismas y de las cantidades y clases de equipos.*

*(...)*

*2. En lo relacionado con equipos, se asignó a manera de imprevistos, en moneda extranjera, un 15% del presupuesto en dicha moneda, y en pesos colombianos un 20% de la componente en moneda nacional. Para la*

*ingeniería se decidió asignar un total en moneda nacional igual a la suma del 10% del subtotal en pesos (incluidos los imprevistos) más el 3% del subtotal en moneda extranjera convertido a pesos; como costo de ingeniería en moneda extranjera se asignó un 2% del subtotal en esta moneda (después de agregar imprevistos), que se aplicaría fundamentalmente a costos de inspección de equipos.*

A folios 160 del expediente, como conclusiones del informe final, respecto del Proyecto Porce III, se lee lo siguiente:

*“3. El Proyecto Porce III, considerado aisladamente, presenta los mayores beneficios netos para todas las tasas de descuento analizadas. Ellos son positivos para tasas de descuento del 8%, 10% y 12% aún en el caso en que sólo se considere colocable un 50% de la energía secundaria. La Tasa Interna de Retorno del proyecto es del 13.8% en el caso en que se considere colocable el 100% de la energía secundaria y del 13% cuando se toma sólo el 50% del valor anterior. Por lo tanto, este proyecto compite muy favorablemente con los proyectos considerados en la secuencia óptima de desarrollo del sistema interconectado colombiano y se recomienda como el proyecto que debe estudiarse en la etapa de factibilidad”.*

**En diciembre de 1984**, nuevamente la firma ASCÓN Ltda presentó a Empresas Públicas de Medellín, ésta vez el **informe final del Estudio de Factibilidad del Proyecto Hidroeléctrico Porce III** (folios 182 – 428 de la respuesta al exhorto No. 3538, cuaderno No. 1 anexo) en virtud del cual a folio 238, concluyó lo siguiente:

*“Dicha solución, que se desarrollaría en dos etapas tiene, como se anota en el capítulo de costos de este mismo informe, un valor que se estima en 623 millones de dólares a precios del tercer trimestre de 1984, incluyendo imprevistos de ingeniería, lo cual para fines comparativos con otros proyectos indica que su costo por Kw instalado sería de US \$ 736; por otra parte, admitiendo como costo anual del proyecto un 12%, el costo por kwh de energía media sería de 1.55 centavos de dólar y el de energía firme 2.23 centavos, cifras estas que como la anterior se comparan favorablemente con otros proyectos estudiados en diversas regiones de Colombia” (Subraya del Despacho)*

Frente a los precios y costos del proyecto, el informe final a folios 360 estableció lo siguiente:

*“Los precios unitarios y costos que se utilizaron para la evaluación de las diferentes obras y estructuras se establecieron después de efectuar las siguientes labores:*

- 1. Se analizaron precios unitarios de proyectos similares en construcción o recientemente licitados, como Guadalupe IV, Salvajina, Playas, Jaguas y Riogrande, y para hacerlos comparables se tuvieron en cuenta condiciones de licitación como los pagos o no de la movilización e instalación del contratista, la magnitud del anticipo, algunas exigencias particulares de las especificaciones, etc., por otra parte fueron reajustados mediante la utilización de valores obtenidos tanto*

para los dólares como para los pesos, de curvas de proyección elaboradas con base en los reajustes que se han presentado durante los dos años anteriores para precios de materiales de construcción, índices de valores de mano de obra, maquinaria, equipos de importación, etc. Y los mismos porcentajes de reajuste de las fórmulas de los contratos, en moneda local y extranjera.

2. Se adoptaron costos globales actualizados por unidad de longitud o de área construida para puentes, carreteras, viviendas, campamentos, etc.
3. Para los precios de equipo se recibió información de fabricantes a los cuales recientemente se consultó y además se obtuvo información de precios de equipos similares recientemente adquiridos en otros proyectos en construcción. A los anteriores precios se les adicionaron los costos de transportes, seguros, impuestos, nacionalización, etc., así como también los correspondientes a cargue, descargue, montaje y pruebas.
4. Se consultó toda la información disponible y referente en publicaciones nacionales, internacionales o de entidades como ISA o las mismas Empresas Públicas de Medellín.
5. Para el estimativo de costos de los terrenos y propiedades que será necesario adquirir para la construcción de las obras y carreteras o por la inundación del embalse, se tuvieron en cuenta las informaciones de la división de Bienes de las Empresas Públicas de Medellín por negociaciones recientes en la zona de Guadalupe IV, avalúos de la Caja Agraria y compraventas recientes en la zona.
6. Para las obras de almacenes, casinos, viviendas y obras de urbanización se tuvo como base la infraestructura recientemente construida por las Empresas para el proyecto Guadalupe IV, vecino a Porce III, y en el proyecto Playas.

Para estimar los costos de algunos trabajos y obras de poca magnitud o de menor importancia relativa, para los cuales no se detalló sus cantidades de obra, se calculó su porcentaje dentro del costo total de la obra a que corresponden, con base en relaciones y estadísticas obtenidas en obras de procesos similares, en construcción o licitados, cuyo detalle de precios y cantidades se conocía.

En los contratos de obras principales no se consideraron separadamente los gastos de movilización e instalación del contratista, los cuales deberán ser incluidos en los costos indirectos de los precios unitarios de los diferentes ítems de pago.

(...)

Teniendo en cuenta el detalle de los prediseños del proyecto, y el grado de conocimiento de las condiciones geológicas y geotécnicas de la zona y las informaciones que sobre precios de equipos han suministrado los fabricantes, se ha considerado conservativo establecer un margen de imprevistos del 20% para el costo de las obras civiles y componente nacional de equipos, y del 15% para el componente extranjero de equipos.

(...)

Los valores y costos que se presentan en el presupuesto no incluyen costos financieros ni ningún tipo de reajuste o escalación durante el tiempo de construcción del proyecto".

**Para el mes de abril de 1997**, se efectuaron los **estudios de complementación y actualización de la factibilidad técnica, económica y ambiental del proyecto hidroeléctrico Porce III por las firmas INGETEC S.A., Ingenieros Constructores; Hidramsa Ingenieros Consultores y Compañía Colombiana de Consultores**, (folios 429 – 752 de la respuesta al exhorto No. 3538, cuaderno No. 2 anexo), determinándose allí de manera general que el costo total sin intereses del proyecto se estimaba en 693 millones de dólares:

*“Del estudio comparativo que constituye el objetivo principal de los estudios de la FASE II se concluyó que el proyecto más atractivo corresponde al Esquema Alternativo 2, compuesto esencialmente por una presa con cara de concreto de la mayor altura que permite el proyecto Porce II, por un vertedero en corte abierto ubicado en la margen izquierda del cañón, por un solo túnel de conducción con una capacidad hidráulica de 250 m<sup>3</sup>/s y por una central subterránea con descarga en la cota 325 y una potencia nominal de 700 MW. El costo total sin intereses se estimó en 693 millones de dólares, con precios del 30 de junio de 1996, del cual resulta un costo por Kw instalado de 990 dólares”. (Subraya del Despacho), (folio 447).*

De manera detallada el capítulo 13 del mencionado estudio, contiene el presupuesto, programación y evaluación económica del Proyecto Hidroeléctrico, obrante a folios 197 a 224 del cuaderno principal.

**En el mes de diciembre de 2001**, la Gerencia de Generación de Energía de Empresas Públicas de Medellín presentó el **diseño conceptual del Proyecto Hidroeléctrico Porce III** (folios 754 – 876 de la respuesta al exhorto No. 3538, cuaderno No. 2 anexo) y en cuanto al costo base de la obra determinó lo siguiente:

*El costo base se estimó en MUS\$607.0 a precios constantes de diciembre de 2001. El 60%, equivalente a MUS\$359,3 corresponde a la componente en moneda local, y el 40%, equivalente a MUS\$247,7, corresponde a la componente en moneda extranjera.*

*El costo base no incluye costos financieros ni intereses durante construcción.*

*Para las obras civiles principales se asignó un 60% a la componente en moneda local y 40% a la componente en moneda extranjera, incluidas sus respectivas componentes ambientales. Se supuso que las compras de tierras y servidumbres, obras de infraestructura, gestión ambiental, gestión social, económica y cultural y la administración, serán erogadas en su totalidad en moneda local. De igual manera, la ingeniería se considera en moneda local, con excepción de las asesorías, que serán en moneda extranjera.*

Los desembolsos correspondientes al suministro de equipos electromecánicos se supusieron en moneda extranjera, al igual que la supervisión del montaje y los costos asociados, incluidos los montajes, en moneda local.

La componente en moneda local se presentó en dólares equivalentes del 31.DIC.2.001, utilizando una tasa de cambio de 1 US\$ = 2 407,51.” (Subraya del Despacho), (Folios 874 – 875).

**Para julio de 2004, la Contraloría General de Medellín entregó el informe final de la Auditoría Gubernamental con enfoque integral, modalidad especial Proyecto Porce III** en cuyos apartes se dijo lo siguiente (folio 114 – 117):

*“La junta directiva de las Empresas, aprobó la iniciación del proyecto Porce III, mediante el acta de junta directiva 1374, basado en el Plan Estratégico de la Gerencia Generación Energía, realizándose en ese mismo año por parte de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., a través de la Subgerencia Proyectos Generación, el diseño conceptual del proyecto, cuyo objetivo era investigar, adoptar y recomendar la forma óptima de contratación del diseño, construcción, montaje y puesta en servicio de la central, de tal manera que el cronograma de ejecución del proyecto consuma el menor tiempo posible, el costo del proyecto, sin incluir gastos financieros e intereses durante la construcción, se estimó entonces en US\$ 611.9 millones constantes de diciembre 31 de 2001.*

(...)

*En febrero de 2002, Empresas Públicas de Medellín E.S.P., inició la ejecución de los diseños detallados del proyecto hidroeléctrico Porce III, mediante un contrato celebrado con el consorcio INGETEC S.A. – KLOHN CRIPPEN.*

(...)

*Por lo anteriormente expuesto, se concluye que las Empresas Públicas de Medellín realizaron los estudios tendientes a determinar la viabilidad técnica, factibilidad económica, aceptabilidad social y sostenibilidad ambiental del proyecto hidroeléctrico Porce III y en ellos se determinó que éste cumplía con dichas características”*

Refiriéndose a la evaluación de los contratos que materializan el proyecto concluyó:

*“Los pagos realizados al 30 de abril de 2004 en desarrollo de los contratos celebrados para materializar este proyecto se muestran en el cuadro 2.*

*De estos contratos se evaluaron doce, que se muestran en el cuadro 3, cuyo valor asciende a \$185.569.340.891 y US\$235.500,00, lo que representa aproximadamente un 71% del valor de los contratos incluidos en la rendición de la cuenta respectiva.*

*En los contratos evaluados se verificó el cumplimiento del principio de economía, ya que en todos los casos, se adjudicó a quien presentó la propuesta más favorable para la entidad, de acuerdo con los criterios de ponderación establecidos en los respectivos términos de referencia. Caso especial constituyen los contratos de asesoría, en los cuales utilizó el mecanismo de solicitud privada de una oferta, dado que los servicios profesionales que se están contratando exigen calidades especiales del contratista, lo cual está establecido explícitamente en el literal c del artículo 9 del decreto 118 de 1998". (Folio 116).*

Acerca de la financiación del proyecto el Gerente de Generación de Energía, **el día 9 de agosto de 2004** según acta No. 1427 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín (Folios 226 a 247 del cuaderno principal), dijo lo siguiente:

*"Si el proyecto se financia, tanto con un crédito de US \$200 millones que otorgaría el BID como una emisión de ECAS por US \$100 millones, para financiar los quipos principales del proyecto, el costo total alcanzaría la cifra de US \$732 millones, incluyendo los costos financieros, obteniendo de esta manera un costo por kilovatio instalado de 1.110 US \$Kw." (Subraya del Despacho).*

El día **5 de julio de 2005** fue celebrada nuevamente Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín según acta No. 1442 (Folio 249 a 286 del cuaderno principal) en la cual el Gerente de Generación de Energía sometió a consideración de la Junta, la revisión de la evaluación financiera del Proyecto Hidroeléctrico Porce III y algunos de los apartes referentes para el caso son los siguientes:

*"En cuanto al método de valoración del proyecto explica que una vez actualizado, a precios de abril de 2005, se hizo una evaluación económica y financiera a través del método del Flujo de Caja Descontado, una proyección de los ingresos futuros, tanto en precio por Kw/h, como las cantidades de energía a colocar en el Sistema Eléctrico Nacional, al igual que los costos de operación y mantenimiento, las contribuciones a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y todas las contribuciones de ley, tales como Impuesto de Renta, Industria y Comercio y Predial, entre otros, en un horizonte de 50 años, el cálculo del valor presente neto (VPN) con una tasa de descuento equivalente al costo promedio ponderado de capital – WACC- de la UEN GENERACIÓN, y, que adicional a la evaluación determinística, se realizó un análisis probabilístico a las principales variables, con el ánimo de establecer la robustez del proyecto ante cambios simultáneos de las principales variables. Agrega que el proyecto hidroeléctrico Porce III aportará 660 MW en su totalidad al sistema interconectado nacional, a partir del 2011, y, que su construcción, tendrá un costo de 876,6 millones de dólares de abril de 2005" (Subraya del Despacho) (Folio 255).*

(...)

*El análisis de detalle de los costos de inversión utilizados en la evaluación financiera, es presentado por el doctor Alberto Gutiérrez Posada, del Área*

Proyectos, de acuerdo con el cual, el costo del proyecto aprobado por la Junta, en dólares constantes de diciembre de 2002, ascendía a USD 605 millones, que equivalen a USD 782,8 millones del 30 de abril de 2005. Los costos de las obras civiles, de diciembre de 2002, se actualizaron utilizando las fórmulas de reajuste de los respectivos contratos. Los costos de los otros componentes del proyecto se actualizaron utilizando los índices de inflación, los contratos adjudicados hasta la fecha y los que se encuentran actualmente en evaluación. También se consideraron los valores estimados para los equipos principales, de los que se espera recibir propuestas el próximo 22 de julio. Con estos criterios, el costo del proyecto actualizado, a precios de abril de 2005, asciende a USD 876,6 millones. (Folios 256 - 257).

(...)

El Gerente de Generación Energía solicita autorización a la Junta Directiva, en cumplimiento del Artículo 17, literales b) y c) de los Estatutos, para adelantar las gestiones requeridas para aportar los recursos necesarios para la continuación del Proyecto Hidroeléctrico Porce III; para aprobar el reajuste del costo o monto total del proyecto y las modificaciones presupuestales requeridas para la ejecución de esta inversión, dados los incrementos actuales que corresponden a USD 120 millones y para autorizar un incremento hasta del 5% (USD 43,8 millones), del costo de la inversión del Proyecto Porce III, con el fin de cubrir los eventuales sobrecostos.

La Junta Directiva aprueba por unanimidad la solicitud presentada".  
(Subraya del Despacho) (Folio 259).

Finalmente en reunión de la Junta Directiva de Empresas Públicas de Medellín de **6 de octubre de 2008**, según acta No. 1494, (Folios 374 a 430 del cuaderno principal) el Gerente Generación de Energía realiza una presentación del costo del Proyecto Hidroeléctrico Porce III en los siguientes términos:

"Informa que el valor del proyecto Porce III, de US\$ 1330 millones a precios corrientes, representa un monto adicional de aproximadamente US\$ 381 millones, en relación con el presentado en Junta Directiva de EPM en el año 2005. En el nuevo valor se incluyen los gastos financieros del proyecto, no contemplados en los US\$ 948.5 millones a precios corrientes, que sólo correspondían a los costos directos de las obras y equipos. Igualmente, en este valor, se incluyen los ajustes correspondientes a los factores macroeconómicos como el índice de Precios al Productor, el Índice de Precios al Consumidor, y la devaluación o revaluación de las diferentes monedas en las cuales están pactados los contratos, además de los reajustes por las variaciones de precios de mano de obra, insumos y materiales como el acero, combustibles y explosivos, entre otros, de conformidad con lo pactado en los diferentes contratos.

Del monto adicional antes señalado, un total de US\$ 260 millones corresponde a aspectos no controlados por EPM y correspondientes a efectos macroeconómicos, reajustes y la inclusión de los costos

*financieros, lo cual representan una cifra cercana al 70 por ciento del total del ajuste.*

*En el resto del ajuste se incluyen US\$ 121 millones por obras extras y adicionales, requeridas durante el proceso constructivo para el manejo de las condiciones geológicas encontradas en la zona; el manejo y drenaje de aguas subterráneas; construcción y mantenimiento de las vías del proyecto, tanto de las propias como de las vías regionales que conducen a la obra, en las cuales no ha sido necesario remover volúmenes de derrumbes sustancialmente mayores a los previstos inicialmente, ocasionados por el intenso invierno; adecuación de canteras y botaderos; logística y seguridad del proyecto, etc.*

*Igualmente hace parte del ajuste el costo de la mitigación de los impactos socioeconómicos ocasionados por el aumento del número de familias atendidas, que de 117 inicialmente consideradas, se incrementó a 582. A ellas, EPM deberá restituirles integralmente sus condiciones de vida (reposición de las viviendas, actividad económica y redes sociales y culturales). Este replanteamiento es fruto del proceso de concertación adelantado con las comunidades impactadas por el proyecto.*

*El Gerente General señala que es necesario tener en cuenta que el proyecto Porce III tiene una componente, entre un 68 y 70 por ciento, en moneda nacional y el resto en moneda extranjera, y las variaciones que estas últimas han tenido, hace que el valor sea mayor en dólares al anteriormente indicado.*

*(...)*

*Concluye indicando que, el costo actualizado del proyecto le agrega valor a EPM debido fundamentalmente a que, desde el punto de vista tributario, le favorecieron la menor tasa del impuesto de renta y aumento de la deducción de activos productores de renta; desde el punto de vista regulatorio, los ingresos por el cargo por capacidad que era de 5,25 USD/Kw-mes, fue reemplazado en la nueva evaluación, según resolución CREG 071/06, por el cargo por confiabilidad, con un precio de 13.045 USD/MWh, asegurado para un horizonte de 10 años; finalmente los precios proyectados de la energía aumentaron por las señales de mercado en relación con los combustibles fósiles, entre otros.*

*Los miembros de la Junta Directiva se dan por enterados del tema".  
(Folios 381 - 382).*

Aunado a la anterior prueba documental, obra en el expediente dictamen pericial solicitado por la entidad accionada, del cual no se solicitó aclaración, complementación ni fue objetado por error grave, quedando allí consignado lo siguiente:

**1. En qué términos se pueden comparar dos versiones diferentes de costo de un proyecto que dura varios años y que se ve impactado por cambios en variables económicas y por el uso de diferentes monedas?**

*(...)*

*El precio constante es el que esta ponderado en un año base y un año de estudio; permite comparar el crecimiento de los precios y en general de la economía con respecto a un año determinado.*

*La comparación entonces de un proyecto donde se involucran variables económicas y monedas diferentes, debe hacerse con precios constantes, en el tiempo en que se desarrolla el contrato.*

**2. ¿Es factible contable y financieramente comparar precios constantes de distintas fechas y/o precios corrientes en los que intervinieron factores macro-económicos diferentes?**

*Comparar precios corrientes, con precios constantes afectados por factores macroeconómicos en un momento determinado, permite determinar la diferencia entre el incremento de precios y el crecimiento real de una economía. Esta comparación no es posible para definir la evolución de precios de un contrato afectado por variaciones en el tiempo, pues además de los índices internos de la economía se afecta por factores externos reflejados en la tasa de cambio*

**3. Cómo se realiza el pago real de los contratos, cuyos precios se pactaron a una fecha de cierre de licitación y en cuya ejecución se presentaron cambios de precios de mercado y cambios de variables económicas no imputables al contratista?**

*(...)*

*Igualmente en el contrato se establece el ajuste (Actualización) por índices macroeconómicos y reajuste de precios de materiales, mano de obra y equipos.*

*Se define la "Fórmula de Reajuste" fundamentada en índices que representan la variación de precios entre el momento de presentación de la propuesta y el momento en que se realizan cada uno de los pagos parciales.*

*El pago entonces, se realiza teniendo en cuenta los ajustes de tal forma que se garantiza el equilibrio de la ecuación económica, uno de los fundamentos de la contratación estatal.*

*Tiene especial relevancia, el componente del contrato en moneda nacional y/o extranjera para los pagos y liquidación del contrato".*

**4. ¿El costo de un proyecto de larga duración, que involucre varios tipos de moneda, es estático en el tiempo o debe sufrir variaciones entre las diferentes etapas de concepción y desarrollo del mismo?**

*Independientemente del tipo o tipos de moneda, los proyectos de obra civil son susceptibles de variaciones en el costo, especialmente los suscritos a precios unitarios.*

*(...)*

En la formalización del contrato se estipulan las cláusulas con las que se compensan las variaciones de precios y entonces se garantiza el equilibrio económico.

(...)

En el proceso de ejecución de obras, es posible que se presenten situaciones que demandan rediseños o ajustes, obligando redimensionamientos, obras nuevas o alternativas de cambios definitivos.

Se presentan, también, situaciones imprevisibles como: fenómenos naturales, orden público, riesgos asociados, variación de las cargas impositivas o políticas de protección social y ambiental, entre otras.”.

- 5. En el entendimiento de que la definición de sobrecosto como lo establece esta acción popular en el hecho nro. 11: “Nótese que la determinación de un sobrecosto, en principio, no se deriva del análisis de la ganancia que perciban los proveedores por la venta de productos al Estado, sino el mayor valor que el Estado ha pagado por dichos productos o bienes, cuyo precio de mercado resulta más bajo”.**

**Se pregunta si con la actualización del valor de un costo de proyecto en las diferentes etapas, por cambios en variables macroeconómicas y por optimizaciones y cambios técnicos del proyecto, cuyo resultado implique un aumento en la cifra total, ¿siempre implica que hay un sobrecosto en dicho proyecto?**

Los ajustes de los precios de los contratos por variables económicas de cualquier tipo, son legales y obligatorios, responden a costos financieros, ajuste por incremento de precios; aseguran la prevalencia de la ecuación del equilibrio económico como fundamento de la relación contractual. No se consideran en algún momento como sobrecostos.

La magnitud de las obras y la condición de ejecución por etapas de un proyecto, impide conocer desde el inicio las cantidades reales que se requieren para cumplir a cabalidad el objeto del mismo y entonces deben incrementarse, en cuyo caso el valor final pagado, normalmente es mayor al inicial sin configurarse el sobreprecio, sobrecosto o precio injustificado.

No se configura un sobrecosto cuando en la ejecución del contrato se presenten vicisitudes que afectan la normal ejecución del mismo, casi siempre en cuanto al factor tiempo, por circunstancias imprevistas no imputables a las partes. En estos eventos se da la ruptura de la ecuación económica y financiera del contrato que implica el pago de dineros que no se identifican como sobreprecios, sobrecostos o precios injustificados.

Obras extras y adicionales:

Producto de ajustes, optimizaciones y situaciones imprevisibles. Su atención se debe considerar como mayor valor del proyecto, no como sobrecosto.

- 6. Que factores juegan en el cambio del costo de un proyecto como Porce III?**

Factores importantes que afectan el presupuesto inicial de una obra como Porce III y que es trasladado a los costos del mismo son:

- Políticas macroeconómicas estatales.
- Fenómenos naturales
- Orden Público
- Fluctuación irregular del precio de los insumos
- Especulación o desabastecimiento
- Variación de cargas impositivas por parte del Estado
- Políticas de protección ambiental
- Variación del régimen de protección social
- Variación de los parámetros de seguridad industrial.

**Optimización de diseños y estudios adicionales:**

En el proyecto de una central hidroeléctrica y en particular localizada en una zona donde se encuentra Porce III, existen factores de especial significación que deben ser tenidos en cuenta.

Las condiciones de geología, geotecnia, tectónica, hidrogeología, permeabilidad, etc. No permiten establecer parámetros definitivos para el diseño final de obras especialmente las subterráneas, en etapas iniciales. Por eso debe referirse a los diseños para licitación como diseños iniciales y no como diseños definitivos.

Por muy intensos que se desarrollen los estudios iniciales para obras subterráneas de la magnitud de una central hidroeléctrica, la certeza de la seguridad y calidad del proyecto, sólo se logran con la evaluación directa desde los espacios generados después de excavaciones realizadas.

Es decir, se requiere la ejecución de las obras correspondientes a excavaciones para definir los estudios y diseños de estructuras subterráneas y entonces conocer las cantidades de obra y precios asociados.

(...)

Para obras como la central hidroeléctrica Porce III, se identifican como probables porcentajes de imprevistos los presentados en la siguiente tabla:

IMPREVISTOS (EPM)	%
Tierras y servidumbres	10,0
Ley 56	15,0
Obras de infraestructura	12,5
Obras ambientales	15,0
Obras civiles principales	15,0
Obras de conexión	20,0
Equipos electromecánicos	10,0
Ingeniería, administración y asesoría	10,0

Es importante destacar que en este tipo de proyecto, pueden persistir condiciones que deben ser atendidas después de entrar en operación y afectan el presupuesto”.

Así las cosas, considera el Despacho que dentro del expediente, se acreditó que previo a la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, la entidad accionada efectuó los necesarios y correspondientes estudios para verificar la factibilidad del proyecto y que en el mismo no se vislumbra improvisación por parte de **Empresas Públicas de Medellín**, en lo relativo a su costo, el cual en cada uno de los informes fue estimado con base en las variables que podían ser previstas para cada momento histórico.

Adicionalmente, como se desprende del documento que obra a folios 109 a 127, la Contraloría General de Medellín en su informe final de auditoría integral al proyecto Porce III, verificó el cumplimiento del principio de economía, el cual refiere el actor había sido presuntamente violado por parte de la entidad accionada, concluyendo que no existió la mencionada violación y que por la claridad que brinda, será transcrito a continuación:

*En los contratos evaluados se verificó el cumplimiento del principio de economía, ya que en todos los casos, se adjudicó a quien presentó la propuesta más favorable para la entidad, de acuerdo con los criterios de ponderación establecidos en los respectivos términos de referencia. Caso especial constituyen los contratos de asesoría, en los cuales utilizó el mecanismo de solicitud privada de una oferta, dado que los servicios profesionales que se están contratando exigen calidades especiales del contratista, lo cual está establecido explícitamente en el literal c del artículo 9 del decreto 118 de 1998". (Subraya del Despacho) (Folio 116).*

El despacho pudo evidenciar - contrario a lo afirmado por el actor popular - que previo a la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, la entidad demandada contaba con los soportes técnicos, sociales, financieros y económicos para la implementación del mismo. Los estudios arrojaron una viabilidad económica y financiera que permitían ejecutar la construcción con las características previstas por la entidad de manera anticipada y a lo largo de su construcción dado los imprevistos que en una obra de tal envergadura podían presentarse.

Recuérdese que éste proyecto contó con estudio de prefactibilidad ejecutado por la firma Ascón en 1983; estudio de factibilidad ejecutado realizado por la misma firma en 1984; estudios de complementación y actualización de la factibilidad técnica, económica y ambiental ejecutados por el consorcio INGETEC S.A., Ingenieros Constructores; Hidramsa Ingenieros Consultores y Compañía Colombiana de Consultores y presentado en abril de 1997; diseño conceptual elaborado por la

Gerencia de Generación de Energía de Empresas Públicas de Medellín en el mes de diciembre de 2001 y la presentación de diseños detallados en febrero de 2002 mediante un contrato celebrado con el consorcio INGETEC S.A. – KLOHN CRIPPEN.

Así mismo, la construcción contó con seguimiento detallado de la Junta Directiva según actas de sus reuniones y que fueron traídas al proceso de manera oportuna como se observa a folios 129 a 195; 226 a 247; 249 a 286 y 374 a 428.

Así las cosas, no encuentra el Despacho elementos de prueba que permitan establecer que la entidad accionada haya desconocido el principio de planeación, ni el principio de moralidad que rigen la función pública, cuando se acreditó en el proceso que se realizaron por parte de Empresas Públicas de Medellín todos los estudios de viabilidad financiera, que se respetó el principio de economía y que los mayores valores generados se debieron a condiciones del mercado y del mismo proyecto que escapaban a las previsiones diligentes de la entidad accionada, aunado a que tampoco de ello se desprende ningún acto de corrupción administrativa que vulnere el patrimonio público.

Para el Despacho, el análisis que se hizo de los derechos e intereses colectivos y el material probatorio obrante en el proceso, permite concluir que no se presenta la violación que denuncia el actor popular. En efecto, no se adecua la conducta a un comportamiento inmoral, pues ninguna prueba obra en el proceso que lleve a establecer que la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, esté orientada a favorecer intereses contrarios a los que deben inspirar una recta administración, ni que sea una conducta amañada, irregular o corrupta.

En sentir del Despacho, la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, no conlleva por sí detrimento al patrimonio público, lo contrario debía ser probado por el actor popular y no lo hizo, como se indicó en apartes anteriores.

En el caso que se estudia, no se observan conductas amañadas, irregulares o corruptas ocasionadas con la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III, que tiendan a favorecer el interés particular de algún grupo de servidores públicos de la Entidad, a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración o del patrimonio público.

En el evento de la presunta vulneración a la **moralidad administrativa**, sería necesario haber acreditado, por ejemplo la existencia de un interés particular y

propio, o conducta inmoral de los funcionarios de la entidad accionada, tendiente a obtener un provecho ilícito para sí o para terceros, ello es, con desviación de poder; al igual que dicha actuación hubiera conllevado un deterioro del patrimonio público y que a causa de ella, la entidad se vio compelida al incumplimiento de sus funciones o de sus metas y objetivos trazados, carga que le corresponde probar al actor. En este orden de ideas, la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha señalado:

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

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

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

*Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación.*

*En este sentido se pronunció la Sala en sentencia de noviembre de 2004, al señalar que:*

*“La violación del derecho a la moralidad administrativa implica siempre la vulneración por parte de los servidores públicos de la Constitución o la ley, o la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6 Constitución Política), pero no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto”.*<sup>51</sup> (Resalto del Despacho).

En el caso sometido a estudio, no se advierte que el actor haya desplegado la actividad que le correspondía, para acreditar o aducir fundamento que sugiera la vulneración o amenaza al derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, puesto que no se probó, la existencia de un interés particular y propio del funcionario

<sup>51</sup> CONSEJO DE ESTADO, providencia del 26 de Enero de 2006. M.P. DRA. RUTH ESTELLA CORREA PALACIO, expediente 25000-23-26-000-2004-01640-01 (AP) Actor: LUIS ENRIQUE POVEDA PERDOMO.

administrativo que expide y/o aplica el acto o los actos (desviación de poder). Y situación similar acontece con el concepto de **Patrimonio Público**, respecto al cual la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, se ha pronunciado, diciendo:

*“...En relación con el patrimonio público, como lo ha sostenido esta Corporación, debe entenderse no solo la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni aquellos que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 Constitución Política.), sino que también debe entenderse como la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, transparente y responsable, conforme lo disponen el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.*

*La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular. Por lo anterior, es claro que el derecho a la defensa del patrimonio público busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular. (Resalto del Despacho)*

*En el presente caso, considera la Sala que no se evidencia una vulneración al derecho colectivo al patrimonio público por parte del Departamento, toda vez que los recursos adeudados no han salido de la esfera de lo público, en la medida en que en este caso se está ante un convenio Interadministrativo suscrito con una asociación de municipios.*

*En efecto, no se infiere de las pruebas obrantes en el proceso, que los pagos efectuados durante la ejecución del convenio Interadministrativo, fueran destinados a satisfacer fines particulares, o utilizadas en provecho y beneficio personales, de la administración o de sus servidores públicos, en detrimento de los intereses de la colectividad y afectando por ende el patrimonio público”.*<sup>52</sup>

De la jurisprudencia reseñada, se infiere que el derecho a la defensa del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados y manejados de manera eficiente, transparente y responsable, así como que la utilización de los mismos se haga de acuerdo a su objeto y a la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración que maneja los recursos públicos los administra indebidamente, por negligencia o ineficiencia, por destinarlos a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, conlleva a la afectación del patrimonio público y, por ende, su protección procedería por medio de la Acción Popular.

<sup>52</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera-, providencia del 14 de abril de 2005. M.P. DR. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR, expediente 19001-23-31-000-2002-02577-01(AP) Actor: Miguel Antonio Cajas Pabón y/o.

En el presente proceso el accionante, no hizo esfuerzo alguno por probar la violación o amenaza a los derechos colectivos invocados (Moralidad Administrativa y Defensa del Patrimonio Público) por parte de la Entidad demandada con la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Porce III.

El Juzgado comparte y acoge el concepto del Ministerio Público, en cuanto solicita negar las súplicas de la demanda, por cuanto no se presenta violación a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público.

En consecuencia, ante la improcedencia de la acción popular en el presente caso por las razones expresadas, la ausencia del cumplimiento de la carga a que alude el **artículo 30 de la ley 472 de 1998**, y teniendo como apoyo los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, **no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.**

#### **7. El incentivo en las acciones populares**

Respecto de este tema, el Despacho negará la solicitud de reconocimiento del incentivo toda vez que no se accede a las súplicas de la demanda, no se observó en el actuar de la entidad vulneración a derechos e intereses colectivos, aunado a que la Ley 1425 de 2010, derogó explícitamente este incentivo y siguiendo además la posición asumida por el Honorable Consejo de Estado, en la que indica<sup>53</sup>:

*"Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1.425 de 2.010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937, del 29 de diciembre del mismo año. Esta ley, que consta de dos artículos, dispone en el primero: "Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998"; y en el segundo que: "la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias".*

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

*En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3 dispone: "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que*

<sup>53</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera-, providencia del 31 de enero de 2011. C.P. DRA. OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ, expediente 25000-23-25-000-2003-02486-01(AP) Actor: Luis Alberto Muñoz Campo y otro

la anterior disposición se refería", de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene."

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

"Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse, indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por norma adjetiva aquella que señala los ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias".<sup>46</sup>

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

En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considerara que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como estas son de aplicación inmediata -según el art. 40 de la ley 153 de 1887<sup>47</sup>-, salvo los términos que hubieren empezado a correr -que no es el caso- entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí<sup>48</sup>.

## 8. Costas.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, "El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe...".

Examinado el presente asunto, en aplicación de la normatividad citada, el Despacho no encontró conducta que amerite la imposición de una condena en costas en esta instancia, porque no existe prueba de una actuación temeraria o de mala fe del demandante.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

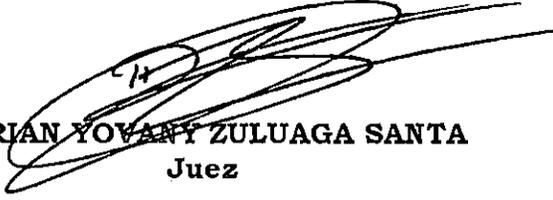
**FALLA**

**PRIMERO:** SE NIEGAN LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, por las razones expuestas en la motivación precedente.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia, ni condena por concepto de incentivos.

**TERCERO:** En firme esta providencia, por Secretaría remítase una copia a la Defensoría del Pueblo para los fines descritos en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, y archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DORIAN YOVANY ZULUAGA SANTA**  
Juez

JUZGADO 15 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN	
SECRETARÍA	
EN MEDELLÍN A	26/02/2014
SE NOTIFICÓ A LA SECRETARÍA (PROCURADURÍA) JUDICIAL 31	
LA PROVINCIA ANTERIOR	
FIRMA	