



Radicación: 25000234100020170008302 (64048)
Demandante: Procuraduría General de la Nación

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, veintisiete (27) de Julio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Acción popular
Radicación: 25000234100020170008302 (64048)
Demandante: Procuraduría General de la Nación
Demandado: Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y otros

Tema: Se confirman la vulneración a la moralidad administrativa y al patrimonio público y las obligaciones de hacer impuestas para la protección de estos derechos, ordenadas en la sentencia de primera instancia. Se revocan las decisiones relativas a la <<suspensión definitiva>> del contrato, al pago de los perjuicios derivados de tal decisión y las inhabilidades impuestas en la sentencia de primera instancia.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri, Luiz Eduardo Da Rocha Soares, José Elías Melo Acosta y CSS Constructores S.A. contra la sentencia dictada el 6 de diciembre de 2018 por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió parcialmente a las peticiones de la accionante y dispuso:

<<**Primero.- Declárase** que no prosperan las excepciones propuestas por los demandados, por las razones anotadas en precedencia.

Segundo.- Declárase la suspensión definitiva de los efectos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, así como de sus adiciones y modificaciones.

Tercero.- Decláranse responsables, debido a la comisión de actos de corrupción que dieron lugar a la vulneración del derecho colectivo a la **moralidad administrativa** a las siguientes personas jurídicas: sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S. y Agencia Nacional de Infraestructura; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares.



Cuarto.- Decláranse responsables, debido a la comisión de actos de corrupción que dieron lugar a la vulneración de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público; al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y a la libre competencia económica a las siguientes personas jurídicas: sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., CSS Constructores S.A. (está última no por la comisión de actos de corrupción, pero sí en virtud de la responsabilidad solidaria de que trata el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1991, igual que las anteriores) y Agencia Nacional de Infraestructura; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares.

Quinto.- Decláranse solidariamente responsables a las sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., CSS Constructores S.A.; y a las personas naturales Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares; *de los perjuicios causados a los derechos colectivos ya mencionados*, por los hechos de corrupción probados para la adjudicación, ejecución y modificación del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 y otros íes Nos. 3 y 6 del mencionado contrato (CSS constructores S.A. no tuvo conocimiento, ni participó de los hechos de corrupción, pero se benefició de ellos) en la suma de \$800.156.144.362,50 (ochocientos mil ciento cincuenta y seis millones ciento cuarenta y cuatro mil trescientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos).

Las sumas referidas se adeudan por las personas jurídicas y naturales condenadas en la presente causa a la Nación – Ministerio de Transporte quien tiene la calidad de acreedor de aquellas; y debido a la condición de deudores solidarios que tienen los condenados, la suma referida podrá ser cobrada a cualquiera de ellos, bajo el carácter de título ejecutivo propio de esta decisión judicial.

La suma mencionada en el acápite anterior corresponde a las modalidades de perjuicio que fueron acreditadas en el presente proceso, y que se mencionan en el acápite 10.5 de esta sentencia.

Sexto.- Decláranse inhábiles por un término de diez (10) años para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales colombianas y ejercer cargos públicos a las sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. – Episol S.A.S., CSS Constructores S.A.; y a las personas naturales Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares.

Séptimo.- Ordénase a la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, que a partir de la ejecutoria de esta sentencia introduzca en todos los procesos de contratación en los que resulte pertinente, las reglas previstas en el concepto de 10 de agosto de 2015 del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas, expediente 2015-00118, que se transcribieron en el acápite 8.2.8 de esta sentencia.



Octavo.- Ordénase a la Superintendencia de Industria y Comercio que adelante la investigación correspondiente por violación de prácticas restrictivas de la competencia en relación con los actos irregulares que dieron lugar a la suscripción de los otrosíes Nos. 3 y 6 al contrato de Concesión No. 001 de 2010. **Ordénase a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** que emprenda las acciones pertinentes en el marco de las previsiones contempladas en el artículo 45 de la Ley 600 de 2000, conforme a la sentencia de 28 de febrero de 2018, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, por la cual se condenó a Bernardo Miguel Elías Vidal. **Ordénase a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** que instruya a las entidades estatales, en la eventualidad de demandas que se formulen por terceros contra entidades estatales en las que se advierta algún tipo de relación con los hechos de la presente acción, en el sentido de que la entidad demandada respectiva llame en garantía a los presuntos responsables.

Noveno.- Levántanse las medidas cautelares decretadas en el auto de 9 de febrero de 2017, con excepción de las dispuestas en las numerales 1.3. y 1.4 en relación con los embargos, las cuales se mantendrán hasta tanto se verifique el pago de las condenas impuestas en esta sentencia y se harán efectivas en relación con las cuentas bancarias, bienes inmuebles y dividendos de las siguientes personas jurídicas: sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., CSS Constructores S.A.; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares a fin de procurar el pago de los perjuicios causados por estos en la vulneración de los derechos colectivos estudiados.

Décimo.- Modifícase el numeral 1.5 del auto de 9 de febrero de 2017, el cual quedará así:

“**1.5.** Los embargos ordenados en esta providencia se realizarán hasta por la suma de \$800.156.144.362,50 (ochocientos mil ciento cincuenta y seis millones ciento cuarenta y cuatro mil trescientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos) los cuales deberán ser consignados a órdenes de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la Cuenta de Depósitos Judiciales No. 250001025001 del Banco Agrario de Colombia”.

Por Secretaría de la Sección líbrense los oficios y exhortos del caso.

Décimo primero.- Manténgase los embargos decretados en la providencia de 17 de febrero de 2017 en relación con los siguientes bienes inmuebles como garantía de pago de la suma dispuesta en los numerales **Quinto y Décimo** de esta sentencia:

(...)

Décimo segundo.- Ordénase a la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, que cualquier saldo que resulte a favor de la sociedad Concesionario Ruta del Sol S.A.S. como producto de la liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el marco del Tribunal de Arbitramento del Centro de Conciliación y Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá (radicados No. 4190 y 4209), o bajo otra modalidad distinta de arreglo o conforme a cualquier otra instancia de solución de controversias, quedará afectado con destino al pago de la condena que se impone en esta sentencia, salvo que se pruebe que ya se haya satisfecho el monto de la misma, y las sumas respectivas deberán ser consignadas a



órdenes de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la Cuenta de Depósitos Judiciales No. 250001025001 del Banco Agrario de Colombia, limitadas al monto de la condena impuesta en esta sentencia.

Décimo tercero.- Los títulos judiciales que como consecuencia de los embargos decretados se encuentran depositados a órdenes de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cuenta de Depósitos Judiciales No. 250001025001 del Banco Agrario de Colombia, deberán ser entregados a la Nación - Ministerio de Transporte para que los transfiera a la entidad responsable de la continuidad del Proyecto Ruta del Sol Sector II.

La Nación - Ministerio de Transporte deberá apropiarse de estos recursos única y exclusivamente para la financiación de los contratos que se requiere adelantar para la terminación del Proyecto Ruta del Sol Sector II, de lo cual deberá rendir informes mensuales al Comité de Verificación de la sentencia, que se creará con esta finalidad y la de procurar, de esta manera, que se garantice la continuidad del servicio de transporte público.

De conformidad con lo previsto del artículo 305 del Código General del Proceso, los bienes inmuebles que han sido objeto de medidas de embargo en el marco de las medidas cautelares decretadas en el presente proceso, permanecerán bajo tal condición jurídica como garantía de pago de las sumas referidas en los ordenamientos quinto y décimo de la presente sentencia.

Décimo cuarto.- **Ínstase a la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI**, para que de una manera ágil proceda a hacer las revisiones necesarias, con el acompañamiento de la interventoría, para el pago de los emolumentos laborales y de la seguridad social de los trabajadores de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que aún mantienen una relación laboral con dicha sociedad, para proteger los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de los mismos.

Décimo quinto.- **Intégrase** un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia, del cual harán parte el Procurador General de la Nación, el Ministro de Transporte, el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, el Director del Instituto Nacional de Vías o sus respectivos delegados, un representante por la Contraloría General de la República y uno de la Defensoría del Pueblo.

Décimo sexto.- **Niégrese** la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad solicitada por el apoderado de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S; y de los señores Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares.

Décimo séptimo.- **Admítase** como coadyuvantes de las pretensiones de la demanda, a las personas relacionadas en los folios 3.046 y 3.047, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 472 de 1998.

Décimo octavo.- De conformidad con el poder que reposa a folio 3.472, se reconoce al abogado Johny Javier Cristancho Conde, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.259.153 y T.P. No. 167.587 del C.S.J. como apoderado del Instituto Nacional de Vías - INVÍAS.

Décimo noveno.- **Niéganse** las demás pretensiones de la demanda.

Vigésimo.- Sin costas en esta instancia.



Vigésimo primero.- En firme esta providencia, por Secretaría, envíese copia de la misma al Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo, de conformidad en el artículo 80 de la Ley 462 de 1998 y archívese el expediente, previas las constancias y anotaciones del caso>>¹ (cursivas propias).

Los numerales quinto y décimo de la sentencia fueron corregidos mediante providencia del 8 de febrero de 2019. Quedaron así:

<<Quinto.- Decláranse solidariamente responsables a las sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., CSS Constructores S.A.; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales., José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares; de los perjuicios causados a los derechos colectivos ya mencionados, por los hechos de corrupción probados para la adjudicación, ejecución y modificación del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 y otrosíes Nos. 3 y 6 del mencionado contrato (CSS constructores S.A. no tuvo conocimiento, ni participó de los hechos de corrupción, pero se benefició de ellos) en la suma de \$715.656.144.362,50 (setecientos quince mil seiscientos cincuenta y seis millones ciento cuarenta y cuatro mil trescientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos).

Las sumas referidas se adeudan por las personas jurídicas y naturales condenadas en la presente causa a la Nación – Ministerio de Transporte quien tiene la calidad de acreedor de aquellas; y debido a la condición de deudores solidarios que tienen los condenados, la suma referida podrá ser cobrada a cualquiera de ellos, bajo el carácter de título ejecutivo propio de esta decisión judicial.

La suma mencionada en el acápite anterior, corresponde a las modalidades de perjuicio que fueron acreditadas en el presente proceso, y que se mencionan en el acápite 10.5 de esta sentencia.

Décimo.- Modifícase el numeral 1.5 del auto de 9 de febrero de 2017, el cual quedará así:

“1.5. Los embargos ordenados en esta providencia se realizarán hasta por la suma de \$715.656.144.362,50 (setecientos quince mil seiscientos cincuenta y seis millones ciento cuarenta y cuatro mil trescientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos), los cuales deberán ser consignados a órdenes de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la Cuenta de Depósitos Judiciales No. 250002025001 del Banco Agrario de Colombia. Por Secretaría de la Sección líbrense los oficios y exhortos del caso>>.

La Sala es competente para proferir esta providencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, según el cual el Consejo de Estado conoce de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los tribunales administrativos.

¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, sentencia del 6 de diciembre de 2018, M.P. Luis Manuel Lasso Lozano. Radicación: 250002341000201700083-00 (En adelante, la <<sentencia de primera instancia>>), págs. 357 a 365.



El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 6 de junio de 2019. En providencia del 6 de octubre de 2019 el despacho sustanciador ordenó modificar el efecto del recurso del suspensivo al devolutivo y remitió al tribunal la decisión en la que se resolvió el efecto, la sentencia y el cuaderno de medidas cautelares. Mediante autos del 24 de octubre de 2019 y del 14 de febrero de 2020 se resolvieron las solicitudes de pruebas en segunda instancia y se decretaron pruebas de oficio. En el auto del 23 de septiembre de 2021 se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente. Las partes presentaron alegatos de conclusión y el Ministerio Público solicitó se mantuviera la declaratoria de vulneración de los derechos colectivos, sugirió reconsiderar la suspensión definitiva del contrato porque el mismo ya había sido anulado, y revisar los fundamentos probatorios de la indemnización e inhabilidades decretadas. En el concepto se lee:

<< Conforme lo expuesto, se sugiere reconsiderar la suspensión definitiva de los efectos del contrato No. 001 de 2010, teniendo en cuenta que del mismo ya fue declarada su nulidad absoluta por el Tribunal de Arbitramento que dirimió la controversia planteada entre la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol.

Así mismo, conforme lo analizado en el cuerpo de este concepto, se considera necesario, revisar los fundamentos probatorios y jurídicos de la indemnización a que se condenó por el a quo y constatar si la sanción de inhabilidad aplicada por el a quo, que es de la facultad del juez popular según se anotó en precedencia, corresponde aplicarla en el caso concreto, a todos los integrantes de la Concesionaria Ruta del Sol, pues en criterio del Ministerio Público ello sólo podrá ser aplicada de manera consecencial a la determinación de la participación cada una en los hechos de corrupción, dado que no es posible atribuir las consecuencias de la comisión de hechos corruptos conocidos en este caso, bajo la aplicación de una responsabilidad objetiva>>² (cursivas propias).

Mediante auto del 9 de noviembre de 2022, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo negó la solicitud presentada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE para que asumiera competencia para expedir sentencia de unificación. Dicha determinación se adoptó porque el asunto no se refería a temas transversales a varias Secciones de la Corporación. En este trámite se rechazó el impedimento presentado por el consejero Guillermo Sánchez Luque³. En el auto del 9 de diciembre de 2022 la Sala Plena de la Sección Tercera asumió el conocimiento del presente asunto para expedir sentencia de unificación con base en que *<<las decisiones concretas adoptadas en la sentencia de primera instancia y las razones en las cuales se fundamentan los reparos expuestos en los recursos de apelación interpuestos contra ella, determinan que el objeto de la decisión resulte de evidente importancia jurídica,*

² Procuraduría Delegada para la conciliación Administrativa, concepto PDCA 135 de 2021, pág. 98. Índice 289 de SAMAI.

³ Auto del 9 de noviembre de 2022. El impedimento fue presentado teniendo en cuenta que un pariente en segundo grado de afinidad había obrado como árbitro en el tribunal de arbitramento que se pronunció sobre el mismo contrato de concesión sobre el que versa esta acción popular.



siendo este uno de los motivos que autorizan la asunción de competencia en el presente asunto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 270 del CPACA>>. Y mediante auto del 5 de julio de 2023 se aceptó el impedimento presentado por el doctor Nicolás Yepes Corrales.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición del accionante

1.- El **26 de enero de 2017**, el procurador general de la Nación (en adelante, la Procuraduría o la accionante) presentó acción popular contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (en adelante, la Concesionaria o la Contratista) y el Instituto Nacional de Concesiones – Inco (en adelante, INCO), hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (en adelante, ANI), para obtener la protección de los derechos colectivos a (i) la moralidad administrativa; (ii) a la defensa del patrimonio público, y (iii) al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna, vulnerados por los actos de corrupción en la adjudicación y ejecución del Contrato de Concesión del Sector II de la Ruta del Sol. En la demanda se formularon las siguientes peticiones:

<<Primera: Que se declare que se han vulnerado los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, el acceso a los servicios públicos, a su prestación eficiente y oportuna, con ocasión de los actos de corrupción aceptados y confesos por los representantes de Odebrecht y por el exviceministro de Transporte y exdirector encargado del INCO, en los procesos de adjudicación, celebración y ejecución de contrato de concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, junto con todas las modificaciones, otrosíes y adiciones que se le hayan presentado o que se llegaren a presentar por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. con ocasión de aquel contrato; vínculo suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones- INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., persona jurídica que se conforma de la siguiente manera: (i) Constructora Norberto Odebrecht 25%; (ii) Odebrecht investimentos em infraestrutura Ltda 37% (iii) Episol S.A.S. 33% y (iv) CSS constructores S.A. 5%.

Segunda: Que como consecuencia de la declaración señalada en la primera pretensión se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, que de manera inmediata adopte los correctivos y medidas legales, judiciales, contractuales, administrativas, financieras y/o técnicas, que aseguren o propendan por la continuidad y mejora del servicio público de transporte en las vías concesionadas y en las obras públicas de la Ruta del Sol (Sector 2), continuidad que deberá corresponder a la estructuración del proyecto que precedió a la adjudicación del contrato de concesión No. 001 de 2010. Por lo tanto, adoptar correctivos contractuales para el restablecimiento de los derechos colectivos vulnerados a manera de alternativas uno o varios de los siguientes correctivos: (i) la toma de posesión de obras, muebles, inmuebles, infraestructura afectos al proyecto; (ii) la celebración de nuevos contratos de obra pública, administración delegada, concesión, administración fiduciaria, contratos llave en mano y otros tipología de contratos que le son propios al sector de infraestructura vial denominada Ruta del Sol; (iii) hacer efectivas las garantías, mecanismos de



cobertura de riesgos e imposición de mecanismos excepcionales en lo que fuera pertinente; (iv) otras medidas adicionales, complementarias o diferentes a las expuestas que la ANI deberá justificar y desarrollar con observancia plena del marco constitucional, legal y reglamentario vigente. Todo lo anterior con el propósito de garantizar la realización del proyecto de infraestructura vial denominada Ruta del Sol y enmarcado en las disposiciones contractuales aplicables.

Así se deberán adoptar con celeridad las medidas contractuales de transición para evitar mayores costos sociales y económicos para el país que mitiguen el riesgo de paralización o suspensión de la obra y, por lo tanto, una afectación más grave de los derechos colectivos y del interés general. De igual forma las medidas definitivas para el espacio de tiempo previsto para las etapas que corresponden a la ejecución según el capítulo 2 del mismo.

Tercera: Que como consecuencia de la declaración señalada en la primera pretensión, para la preservación del patrimonio público la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, con la sentencia que acceda a las pretensiones de la demanda, como título ejecutivo, proceda ante la Sociedad concesionaria y/o Constructora Norberto Odebrecht y/o Odebrecht Inversiones Em Infra-Estructura, y otras empresas del mismo grupo empresarial o sus socios, para obtener la restitución al erario de la Nación, de la suma de USD 11.1 millones de dólares (USD 11.100.000.00), si no se lograre recuperar esa suma antes de la sentencia. Lo anterior al tenor de lo dispuesto por el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, según el cual los miembros de las sociedades con objeto único responden solidariamente. Toda vez que esta es la suma que Odebrecht ha reconocido pago para sus contrataciones indebidas; con sobornos y actos de corrupción; de esta forma resultarían los pagos indebidos e ilícitos que hicieron los miembros de esta sociedad contratista, lobistas e intermediarios de la misma para lograr la adjudicación, modificaciones y otros, adiciones, reclamaciones u otras actuaciones de tipo contractual asociadas al contrato de concesión No. 001 de 2010, incluso para otros contratos de obra, concesión y/o de prestación de servicios público; teniendo en cuenta además que estos actos de corrupción beneficiaron a la totalidad de los miembros de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., toda vez que esa suma de dinero que se utilizó en Colombia para sobornar y que tuvo en el citado contrato de concesión del año 2010, el punto de partida que anidó la gran corrupción que han confesado Odebrecht y que precisamente da origen a los hechos que resultan repudiables en este medio de control jurisdiccional.

Para la efectividad de esta pretensión que declare que para obtener la restitución de esa suma de dinero la ANI tendrá las siguientes alternativas, entre otras: a) con recursos propios o activos de la sociedad contratista y/o de sus miembros, b) esta suma de dinero la ANI también la podrá compensar con otra suma de dinero o pago que la ANI esté adeudando o llegare a adeudar a título de recursos propios de la firma contratista de y las sociedades que la conforman y, en ningún caso con los recursos públicos afectados al proyecto ni de los aportes que ellos deban realizar para la ejecución del proyecto.

Cuarta: Que como consecuencia de la declaración señalada en la primera pretensión se declare que la firma contratista y/o sus miembros serán responsables por los daños, perjuicios e indemnización que durante la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, se llegaren a ocasionar a terceros o a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, tales perjuicios relacionados o derivados de los hechos que dan origen a la presente demanda y con situaciones que se lleguen a presentar por imposibilidad sobreviniente de las firmas



Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Invetimentos en Infraestructura Ltda., para continuar vinculadas al contrato No. 001 de 2010 o con el desarrollo del objeto de dicho contrato, por los hechos de corrupción que están probados. Así mismo se declare que la firma contratista y/o sus miembros responderán en asuntos de responsabilidad extracontractual del Estado, por demandas o reclamaciones que se presenten con ocasión de sus obras de infraestructura y por todas las consecuencias económicas, sociales y sus efectos judiciales y administrativos que se puedan ocasionar a partir del conocimiento de los actos de corrupción que repudia esta acción popular. (Se reitera que lo anterior al tenor de lo dispuesto por el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, según el cual los miembros de las sociedades con objeto único responden solidariamente).

Quinta: *Que al momento de proferir sentencia y de acceder a las pretensiones de esta demanda, total o parcialmente, disponga que la sentencia de la acción popular tiene prevalencia sobre cualquier decisión arbitral o judicial que se adopte en los asuntos que serán tratados o controvertidos en el ejercicio de este medio de control. Por lo tanto, el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca al momento de proferir sentencia, declare que los asuntos tratados en la providencia tendrán, además el carácter de cosa juzgada, prevalencia sobre las decisiones judiciales o arbitrales referidas; ello en consideración a los intereses superiores que protege este medio de control. En consecuencia, se ordene también que: se desestimen las pretensiones de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en los procesos arbitrales que se adelantan con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010, que ascienden a la suma de setecientos noventa y ocho mil ochocientos veintitrés millones trescientos veintiocho mil trescientos sesenta y tres pesos M/CTE (\$798.823.328.363).*

Sexta: Que se ordene la integración de un comité de vigilancia, verificación y seguimiento, con funciones especiales integrados por el Ministro de Transporte o su delegado, el presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI o su delegado, un delegado del Procurador General de la Nación, el Superintendente de Puertos y Transporte o su delegado y el Presidente de la Cámara Colombiana de Infraestructura o su delegado, que permita asegurar la debida destinación de los recursos públicos y el cumplimiento, transparencia, efectividad y eficacia de las medidas que se adopten>>.

2.- La Procuraduría fundamentó las peticiones de la acción popular en las siguientes afirmaciones:

2.1.- Mediante Resolución No. 186 de 2009, el INCO dio apertura a la licitación pública No. SEA-LP-001-2009, cuyo objeto fue la adjudicación de tres contratos de concesión para el proyecto vía Ruta del Sol, dividido en los sectores I, II y III.

2.2.- La promesa de sociedad futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., conformada por las sociedades Construtora Norberto Odebrecht S.A.S.; Odebrecht Invetimentos em Infraestructura Ltda. (ahora denominada Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.) y Episol S.A.S. presentó oferta para la adjudicación del sector II de la Ruta del Sol correspondiente a la vía entre Puerto Salgar, Cundinamarca, y San Roque, Cesar.



2.3.- Mediante Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009 se adjudicó el sector II del proyecto a la promesa de sociedad futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. En el proceso de selección se presentaron propuestas por parte de dos oferentes más; una fue inadmitida, y la otra, rechazada.

2.4.- Mediante la escritura pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009 de la Notaría 22 de Bogotá se constituyó la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., cuyos accionistas eran: (i) Constructora Norberto Odebrecht S.A., con una participación del veinticinco por ciento (25%); (ii) Odebrecht Inwestimentos em Infraestructura Ltda. (ahora denominada Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.), con una participación del treinta y siete por ciento (37%); (iii) Episol S.A.S., con una participación del treinta y tres por ciento (33%), y (iv) CSS Constructores S.A., con una participación del cinco por ciento (5%).

2.5.- El 14 de enero de 2010 el INCO y la Concesionaria suscribieron el contrato de concesión No. 001 de 2010 (en adelante, el Contrato), cuyo objeto correspondió a la concesión del sector II de la Ruta del Sol, corredor vial entre Puerto Salgar, Cundinamarca, y San Roque, Cesar.

2.6.- Las obligaciones a cargo de la Contratista correspondían a la realización de las obras de construcción, mejoramiento y rehabilitación de dicho corredor vial. La contraprestación pactada a favor de la Concesionaria estaba compuesta por los aportes del INCO y los ingresos por recaudo de tasas y peajes. El plazo pactado era de 20 años y el valor acordado fue de dos billones noventa y cuatro mil millones de pesos (\$2.094.000.000.000).

2.7.- Mediante el otrosí No. 3 del 13 de julio de 2013 se adicionó al Contrato la realización de los estudios y diseños de la fase III del tramo Agua Clara – Gamarra - Puerto Papuleo (vía Ocaña - Gamarra), por valor de tres mil ciento setenta y siete millones de pesos (\$3.177.000.000).

2.8.- Mediante el otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014 se adicionó al Contrato la realización de los diseños y las obras del tramo transversal Río de Oro – Agua Clara - Gamarra por valor de seiscientos setenta y seis mil millones de pesos (\$676.000.000.000). En el otrosí se amplió el plazo del Contrato de 20 a 25 años y la ANI se comprometió a tramitar ante el Ministerio de Transporte el aumento de tarifa de los cinco peajes existentes en la vía y la instalación de dos nuevos peajes en la vía Ocaña - Gamarra.

2.9.- El 6 de agosto de 2015 la Concesionaria inició proceso arbitral en el que solicitó que se restableciera el equilibrio económico del Contrato, y fijó el valor de su reclamación en la suma de setecientos noventa y ocho millones de pesos (\$798.000.000). Dentro del proceso arbitral, el 11 de noviembre de 2015 se decretó una medida cautelar a favor del Contratista en la que se prohibió a la ANI declarar la caducidad del Contrato. Esta medida fue revocada el 30 de marzo de



2017, cuando se conocieron los actos de corrupción ocurridos en la celebración y modificación del Contrato.

2.10.- Mediante documento revelado el **21 de diciembre de 2016** por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, se conoció que en el caso U.S. vs. Baskem S.A. - Odebrecht S.A., la sociedad Odebrecht S.A. aceptó haber incurrido en prácticas de corrupción en varios países, entre ellos, Colombia. En virtud de lo anterior, el **13 de enero de 2017** la Fiscalía General de la Nación inició la investigación que llevó, el **15 de enero de 2017**, a la captura de Gabriel Ignacio García Morales, quien había suscrito el contrato de concesión No. 001 de 2010 en su calidad de gerente general del INCO.

2.11.- En el proceso penal, Gabriel Ignacio García Morales aceptó haber recibido un soborno por seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) para la adjudicación del contrato de concesión No. 001 de 2010.

2.12.- Dentro de la misma investigación penal se ordenó la captura de Otto Nicolás Bula Bula, que también se llevó a cabo el **15 de enero de 2017**. Bula Bula fue acusado de haber participado como intermediario para lograr la adición del Contrato realizada para la vía Ocaña - Gamarra mediante los otrosíes 3 y 6, actuación por la cual recibió la suma de cuatro millones seiscientos mil dólares (USD 4.600.000) por parte del Grupo Odebrecht.

2.13.- En virtud de los hechos de corrupción develados por la justicia penal, la ANI presentó demanda de reconvención ante el Tribunal de Arbitramento, en la que solicitó la nulidad absoluta del Contrato y de las convenciones modificatorias (otrosíes) por objeto ilícito y por haberse celebrado con abuso y desviación de poder; como consecuencia de lo anterior, solicitó decretar la terminación del Contrato y pidió que se le reconociera a la Concesionaria únicamente el pago de las prestaciones ejecutadas. Esta petición se hizo el **17 de enero de 2017**.

B.- Actuaciones relevantes en primera instancia

a) La vinculación de otras entidades y personas al proceso

3.- En el auto admisorio de la demanda, proferido el **27 de enero de 2017**, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó notificar a la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y a la ANI, entidades contra las cuales la Procuraduría formuló la demanda.

3.1.- En los términos del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, que dispone que <<cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación>>, en el mismo auto el tribunal ordenó vincular a las sociedades Constructora Norberto



Odebrecht S.A., Episol S.A.S., CSS Constructores S.A. (sociedades miembros de la sociedad concesionaria), y al Ministerio de Transporte.

3.2.- En auto del 30 de enero de 2017, y con base en el mismo artículo 18 de la Ley 472, el tribunal ordenó vincular a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales (funcionario que suscribió el Contrato y que estaba vinculado al proceso penal); José Elías Melo Acosta (presidente de Corficolombiana, sociedad controlante de Episol S.A.S.); Otto Nicolás Bula Bula (involucrado en la suscripción de los otrosíes 3 y 6), Luis Antonio Bueno Junior, Luis Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares (representantes de Odebrecht). Su vinculación se dispuso por haber intervenido en la actuación precontractual y en la negociación y suscripción de los otrosíes 3 y 6.

3.3.- En la misma providencia, el tribunal, fundado en el inciso final del artículo 21 de La ley 472 de 1998⁴, vinculó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE (en adelante, la ANDJE), la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC (en adelante, la SIC), la Presidencia de la República, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Superintendencia de Puertos y Transportes, el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS (en adelante, el Invías), la Fiscalía General de la Nación y a la Cámara de Comercio de Bogotá.

b) Medidas cautelares

4.- En documento anexo a la demanda, la Procuraduría solicitó que se decretaran de urgencia las siguientes medidas cautelares: (i) la toma de posesión del Contrato por la ANI o por la autoridad que determinara el Gobierno nacional y (ii) el embargo y secuestro de los bienes de la Concesionaria y de las sociedades que la integran, para garantizar la responsabilidad patrimonial por los hechos de corrupción.

4.1.- Mediante auto del 9 de febrero de 2017 el tribunal decretó las siguientes medidas cautelares de urgencia, lo que implica que de ellas no se dio traslado previo a la ANI:

a.- Suspendió provisionalmente el Contrato, y le ordenó al presidente de la República tomar posesión de las obras, en los siguientes términos:

<<DECLÁRASE la SUSPENSIÓN provisional de los efectos del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.,

⁴ El inciso final del artículo 21 de la ley 472 de 1998 ordena comunicar el auto admisorio de la demanda a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho.



hasta tanto se dicte sentencia de acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento la petición de nulidad del contrato.

ORDÉNASE al señor PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, para que en su condición de Suprema Autoridad Administrativa y Representante Legal de la Nación **designa la autoridad que habrá de administrar el Proyecto Ruta del Sol Sector II**, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a fin de evitar la paralización de las obras que se están ejecutando, mientras dure la suspensión provisional del contrato mencionado, **se dicte sentencia dentro de esta acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento acerca de la nulidad del contrato.**

La autoridad que señale el señor PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA tendrá la obligación **de tomar posesión inmediata** de las obras de la Concesión Ruta del Sol Sector II, velar por la correcta y eficiente ejecución de los trabajos de obra, así como la de ejercer una constante vigilancia sobre los recursos económicos que provengan o sean fruto de la concesión; **asegurar la estabilidad de los contratos laborales y subcontratos de obra, de suministro, de prestación de servicios** o de cualquier otra naturaleza que en la actualidad estén vigentes, para cuyos efectos el alto funcionario aludido **podrá llevar a cabo en forma directa o determinar la forma delegada en que se habrán de realizar las actuaciones administrativas, de tipo financiero y presupuestal, que permitan la continuidad de la obra, la estabilidad de los contratos laborales** y de los subcontratistas de obra, de prestación de servicios, de suministro o de cualquier otra naturaleza que en la actualidad estén vigentes, de conformidad con la ley.

Para ello, el señor PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA podrá destinar en la forma en que lo estime conveniente para el éxito del proyecto los aportes previstos por la Agencia Nacional de Infraestructura que habrían de ser transferidos a la Concesionaria en las vigencias anuales sucesivas - respetando la anualidad correspondiente- así como los ingresos provenientes de los peajes que actualmente recibe la Concesionaria los cuales serán destinados a continuar con la financiación de la obra en la forma como lo determine; o bien, el referido alto funcionario fijará los parámetros para que así ocurra por parte de la autoridad que se designe. El Tribunal solicitará periódicamente los informes que estime del caso>> (negritas propias).

b.- Dispuso el embargo de las cuentas bancarias de la Concesionaria y de sus socios, y de las cuentas bancarias de Gabriel Ignacio García Morales; Luiz Antonio Bueno Junior; Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares; limitó el valor los embargos a ciento noventa y un mil ciento dieciocho millones quinientos ocho mil quinientos pesos (\$191.118.508.500).

4.2.- Mediante auto del 17 de febrero de 2017 el tribunal complementó las medidas cautelares y decretó el embargo y secuestro de siete predios de la Concesionaria y de EPISOL S.A.S. En el auto del 14 de septiembre de 2017 se decretaron medidas cautelares complementarias relativas a ordenar a la Concesionaria la entrega material de los tramos de la concesión y la cesión de las licencias ambientales del proyecto al Invías.



4.3.- Las medidas fueron comunicadas a los destinatarios y en el curso del proceso el tribunal solicitó informes al Invías y a la ANI. Estas entidades dieron cuenta del avance de la entrega del proyecto por parte de la Concesionaria y de las gestiones de cesión de licencias y predios.

4.4.- La Presidencia de la República presentó recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares, el cual fue concedido en el efecto devolutivo. Para la fecha de expedición de la sentencia de primera instancia no se había resuelto la impugnación del referido auto, por lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 323 del CGP que dispone que *<<En caso de apelación de la sentencia, el superior decidirá en esta todas las apelaciones contra autos que estuvieran pendientes cuando ello fuere posible>>*, en la parte resolutive de esta providencia se proveerá sobre las medidas decretadas en primera instancia.

4.5.- En la sentencia del 6 de diciembre de 2018, cuyas resoluciones se transcribieron al inicio de esta providencia, el tribunal levantó la medida de suspensión provisional y toma de posesión del Contrato, y decretó su *<<suspensión definitiva>>*. Mantuvo la medida de embargo de las cuentas bancarias y de los inmuebles. Y aumentó el límite del embargo a un total de ochocientos mil ciento cincuenta y seis millones ciento cuarenta y cuatro mil trescientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$800.156.144.362,50). Ordenó que los títulos judiciales que ya se encontraban depositados a órdenes de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por cuenta de los embargos decretados fueran entregados al Ministerio de Transporte.

4.6.- En la providencia que concedió los recursos de apelación presentados contra la sentencia de primera instancia el tribunal señaló que estos serían tramitados en el efecto suspensivo, por lo que se remitió a la segunda instancia la totalidad de los cuadernos del proceso, incluido el correspondiente a las medidas cautelares.

4.7.- En la segunda instancia, el despacho sustanciador en el Consejo de Estado ordenó, mediante providencia del 6 de octubre de 2019, modificar el efecto del recurso del suspensivo al devolutivo y remitió al tribunal la decisión en que se resolvió el efecto, la sentencia y el cuaderno de medidas cautelares. En dicho auto se declaró la falta de competencia para resolver todo lo relacionado con las medidas cautelares, y se remitieron los oficios pendientes de resolución a la primera instancia para que dispusiera sobre estos y sobre todo lo relativo a las medidas cautelares.

C.- Posición de las accionadas y vinculadas

5.- Los argumentos se exponen en el siguiente orden: en primer lugar, los generales que fueron reiterados en los distintos escritos de oposición por parte



de todos los demandados; y, en segundo lugar, los particulares que atañen solo a determinadas partes.

6.- Los argumentos generales fueron los siguientes:

6.1.- No se agotó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 144 del CPACA (la reclamación previa ante las entidades accionadas). La ANI solicitó la nulidad del Contrato ante el Tribunal de Arbitramento, al que le corresponde adoptar esta decisión y, dado el caso, pronunciarse sobre sus efectos. En la acción popular no puede adoptarse una decisión con efectos de cosa juzgada respecto de las pretensiones presentadas en el Tribunal de Arbitramento, donde se está discutiendo la validez del contrato. Terminar el contrato sería más lesivo para el interés general, pues la obra se atrasaría al menos un año y medio. Lo mismo sucedería con la obra adicional del tramo Ocaña – Gamarra.

6.2.- El derecho colectivo a la moralidad administrativa solo puede ser vulnerado por funcionarios públicos. No está probado que los actos de corrupción hayan incidido en la adjudicación del Contrato. No se vulneró la defensa al patrimonio público porque no está probado que los sobornos realizados se hicieran con cargo a dineros públicos ni que los costos del Contrato se hubieran pactado ilegalmente para recuperar los sobornos. En todo caso, los perjuicios ya fueron indemnizados porque el grupo Odebrecht pagó una reparación integral de treinta y dos mil millones de pesos (\$32.000.000.000) en el proceso penal y no es posible pretender una doble indemnización. No se ha afectado el servicio público de transporte, pues no ha habido retrasos y siempre se ha prestado.

7.- Los argumentos particulares fueron los siguientes:

7.1.- La **Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.** se opuso a las peticiones de la acción popular señalando que es una persona jurídica distinta de sus socios, por lo que no puede ser responsable de las consecuencias de los actos de corrupción en los que estos incurran. Agregó que los actos de corrupción no tuvieron incidencia en la adjudicación del contrato, que ordenar su terminación afectaría la marcha del proyecto y a más de cinco mil trabajadores vinculados a la obra, y que el incumplimiento de las obligaciones con las entidades financieras afectaría la contratación de futuras concesiones.

7.2.- Afirmó que, de acuerdo con la Sección 6.01. del Contrato, la Concesionaria debía financiar la ejecución del proyecto con recursos propios o con los de una subordinada de los socios y con recursos de deuda; con base en ello, la sociedad realizó los aportes de capital exigidos con recursos propios y con la financiación de prestamistas. Los recursos con los que se contaba para la ejecución del proyecto fueron administrados por el Patrimonio Autónomo creado contractualmente y auditado por la Interventoría. Allí permanecen los aportes realizados por la Concesionaria, el recaudo de peajes y los aportes del INCO. La



sociedad Concesionaria solamente tendría derecho a los pagos sujetos al cumplimiento de hitos, o durante la etapa de Operación y Mantenimiento, luego de entregadas las obras.

7.3.- La Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. se opusieron a las pretensiones señalando que los actos de corrupción fueron cometidos por exfuncionarios de la sociedad. Afirmaron que asumirían la responsabilidad patrimonial por los actos de sus exempleados, pero que la acción popular es improcedente porque sus pretensiones no buscan evitar un daño o cesar una amenaza a un derecho colectivo: la situación irregular se refiere exclusivamente a la adjudicación del contrato, y ya está consumada. Agregaron que otras autoridades ya han tomado medidas que son verdaderamente efectivas, como la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades a sus filiales o el hecho de que la Superintendencia de Puertos y Transporte tomó control sobre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Recordaron que la ANI ya había solicitado la anulación del contrato en el Tribunal de Arbitramento y advirtieron que <<de aprobarse *la terminación y liquidación por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 001 de 2010*, lo único que procede es la terminación del presente proceso, como quiera que en dicho acuerdo las partes aceptaron mantener los recursos que debían reconocerse a la sociedad concesionaria, disponibles por la ANI pudiera cubrir cualquier reclamación futura. Con ello, se deberán entender protegidos los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, así como al servicio público de transporte, pues la ANI ha manifestado, igualmente, que se iniciará un nuevo proyecto de concesión y, en todo caso, con la reversión de la infraestructura por efecto de la terminación del contrato>>⁵.

7.4.- Episol S.A.S. agregó que no existe responsabilidad solidaria entre los socios de la Concesionaria porque: (i) la Concesionaria no se constituyó como sociedad con objeto único; su objeto era amplio e incluía participar en todo tipo de proyectos de infraestructura; (ii) de conformidad con la Ley 1502 de 2012, las concesiones vigentes tienen el régimen de las asociaciones público-privadas (APP), a las cuales les son aplicables las reglas previstas en el artículo 18 de la Ley 1682 de 2013, y no la solidaridad establecida en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993; (iii) en todo caso, la solidaridad establecida en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 está prevista únicamente para incumplimientos del contrato, y (iv) Episol S.A.S. no es responsable de los hechos que se alegan como violatorios de derechos colectivos, pues estos fueron realizados únicamente por funcionarios de Odebrecht.

Afirmó, adicionalmente, que la demanda no señalaba cómo se habían violado los derechos colectivos porque no explicaba que los sobornos se hubiesen pagado

⁵ Sentencia de primera instancia, pág. 33.



con dineros públicos. Y en relación con el acceso a los servicios públicos, indicó que con el Acuerdo de Terminación y Liquidación del contrato suscrito entre las partes no solo se finalizó la ejecución del mismo, sino que desapareció cualquier posibilidad de que se continúe proyectando el supuesto abuso de posición dominante por parte de la Contratista. Tampoco se consumó un posible detrimento por el incremento de los peajes autorizados en el otrosí No. 6 de 2014, pues el contrato ya acabó y, por lo tanto, se dio inicio a la etapa de transición regulada en el acuerdo. En el mismo documento contractual se acordó un completo plan de transición para evitar esa parálisis. Para Episol S.A.S., las estipulaciones vertidas en el Acuerdo de Terminación del 22 de febrero de 2017 responden, en esencia, de manera directa y concreta, a varios de los reclamos formulados en la demanda de acción popular y, de paso, protegen los derechos e intereses colectivos que la parte actora señala como vulnerados.

8.- CSS Constructores S.A. señaló que no podía declararse que ella violó derechos colectivos, pues no participó ni conoció los hechos de corrupción.

9.- José Elías Melo Acosta se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que sus actuaciones durante el contrato de concesión no fueron a título personal, sino como presidente de la sociedad Corficolombiana, dueña de Episol S.A.S., que además no era la controlante de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Agregó que no tuvo ninguna participación en los hechos de corrupción y que la solidaridad prevista en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 no puede extenderse a las personas naturales.

10.- Luiz Mameri, Luiz Antonio Bueno Junior y Luiz Eduardo Da Rocha Soares indicaron que la acción popular no es procedente porque las autoridades colombianas ya han adoptado las medidas de protección de los derechos colectivos. Igualmente, señalaron que no es posible volver las cosas al estado anterior, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato (tracto sucesivo).

11.- La ANI consideró que la transgresión de los derechos colectivos alegados fue causada por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. debido a los actos de corrupción cometidos en conjunto con Gabriel García y Otto Bula, y que la citada entidad fue víctima de estos delitos.

11.1.- Manifestó inicialmente que la acción popular no era el mecanismo idóneo para perseguir la reparación de daños porque su naturaleza es preventiva. También señaló que acudió a los mecanismos judiciales idóneos para evitar que se produjeran afectaciones al patrimonio público. Y agregó que, aun con las confesiones de los involucrados en el pago de sobornos, no era posible establecer que esas sumas hubieran sido utilizadas para favorecer la propuesta que resultó adjudicataria del contrato de concesión.



11.2.- En todo caso, señaló que <<no se oponía a la restitución al erario>> de los dineros utilizados por el grupo Odebrecht, y pidió que tal condena no se limitara a las sumas confesadas, sino que incluyera la utilidad percibida por esta compañía. Se opuso a la toma de posesión del Contrato porque <<el contrato de concesión prevé unas particularidades en su ejecución, que hacen materialmente imposible esta actuación de manera inmediata>>.

12.- El Ministerio de Transporte solicitó ser desvinculado del proceso por no ser responsable de los hechos imputados en la demanda. Advirtió que no era parte en el Contrato y por esta razón propuso la excepción de falta de legitimación en la causa. En relación con los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, señaló que su vulneración habría sido causada <<por un tercero que permeó a un funcionario que actuó a título individual>>, y no por la Administración. Por otra parte, sostuvo que no se vulneró el servicio público de transporte porque las obras se estaban realizando bajo supervisión y control de la ANI.

13.- El Invías indicó que no adelantó el proceso de adjudicación o ejecución del contrato de concesión, por lo que no le es atribuible responsabilidad alguna; que a la ANI le correspondía administrar este tipo de proyectos y que las órdenes judiciales debían dirigirse contra dicha entidad.

14.- La ANDJE señaló que los actos de corrupción objeto de la acción popular constituyen violación de los derechos colectivos invocados; sin embargo, los funcionarios y particulares que los cometieron son los responsables, sin que se pueda considerar que alguna entidad del Estado tenga responsabilidad por ellos. En especial, la ANI, una vez tuvo conocimiento de los lamentables hechos, procedió a acudir ante el juez natural del contrato de concesión para solicitar la nulidad absoluta del mismo por objeto ilícito y celebración con abuso y desviación de poder; actuación que fue coadyuvada por la ANDJE, en ejercicio de las competencias otorgadas por los artículos 610 y 611 del C.G.P.

14.1.- La circunstancia de que uno de los partícipes confesos del soborno haya sido un funcionario del Estado no implica la culpabilidad de las entidades públicas. El funcionario actuó como individuo, valiéndose de su cargo, para favorecer sus intereses y los de terceros, en franco y abierto desconocimiento de sus funciones. Advirtió que las entidades públicas demandadas obraron con diligencia y realizaron las acciones que correspondían <<para resolver tan delicada situación, buscando así la defensa y protección del patrimonio público y de los intereses del Estado>>⁶. Y en cuanto a la pretensión quinta (sobre perjuicios) afirmó que esta escapa a la competencia del juez de la acción popular, por cuanto este medio de control tiene una finalidad preventiva, lo que impide formular pretensiones indemnizatorias.

⁶ Sentencia de primera instancia, pág. 26.



14.2.- En los alegatos de conclusión reiteró que la ANI, en el transcurso del proceso, ha realizado todas las actuaciones orientadas al amparo de los derechos colectivos dentro del marco de sus competencias.

14.3.- Consideró que si bien se acreditó una vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, no se vulneró la eficiente y oportuna prestación del servicio público, porque este se ha prestado a través del corredor vial concesionado sin ser interrumpido, en gran parte por la actuación rápida y efectiva de las autoridades estatales, en el marco de las medidas cautelares decretadas en el proceso. Sin embargo, por la amenaza a este derecho colectivo debía condenarse a las demandadas al pago de los perjuicios generados por mayores inversiones que tuvieron que asumir la ANI y el Invías para la estructuración de la nueva APP que llevaría a la ejecución total del proyecto, la contratación de nuevos operadores, el mantenimiento del corredor vial y de sus interventorías, entre otros gastos que se encuentran debidamente acreditados en el expediente. Y que, aunque al contestar la demanda estimó que no procedía el pago de perjuicios, ello no obsta para que, si en el curso del proceso resulta acreditado que la violación de los derechos colectivos produjo algún tipo de perjuicios, estos deban ser reconocidos por el juez en el monto que resultare probado en el incidente de regulación de perjuicios <<máxime en casos como el presente, en el que los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público se encuentran comprometidos de una manera tan clara>>. Sostuvo que solo de este modo resultaría adecuada la protección constitucional del derecho colectivo vulnerado.

14.4.- Para la ANDJE, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, de condenarse a una indemnización de perjuicios esta no debería entenderse como una reparación de algún derecho subjetivo del demandante o de terceras personas, puesto que los poderes del juez en este cauce procesal se circunscriben a la adopción de todas las medidas para la protección de los derechos colectivos, incluidas aquellas de carácter resarcitorio que se requieran, en la medida en que sería el resultado de una orden idónea, necesaria y proporcional a dicho fin. Habiéndose acreditado la ocurrencia de la afectación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, corresponde identificar las condiciones en que procederá la cuantificación de los perjuicios, es decir, será el juez el que determine los parámetros a partir de los cuales se liquidarán los perjuicios y se procederá a recibir las pruebas en el término que se señale. Y esta condena, a su juicio, debe imponerse de manera solidaria en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2344 del Código Civil.

15.- La Fiscalía General de la Nación señaló que no podía pronunciarse sobre los hechos de la demanda, pues los mismos eran objeto de investigación penal.



En cuanto a las pretensiones, y particularmente en cuanto a la tercera en la que se pide que la sentencia funja como título ejecutivo para que la ANI pueda obtener la restitución del valor de 11.1 millones de dólares, advirtió que en estos hechos pueden estar involucradas conductas delictivas sobre las que la Fiscalía tiene poder preferente para perseguirlas. Solicitó que cualquier medida adoptada en relación con la persecución de los bienes de las sociedades se tome sin perjuicio del comiso y de las acciones de extinción de dominio por parte de la Fiscalía. Igualmente, señaló que la pretensión de darle prevalencia a la decisión de la acción popular sobre otras acciones era improcedente, pues eran pretensiones autónomas.

16.- Las siguientes entidades alegaron ser ajenas a los hechos de la demanda: La Superintendencia de Sociedades, porque no le correspondía la vigilancia de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. La SIC, porque no existe nexo de causalidad entre las vulneraciones alegadas y la actuación de la entidad y, en todo caso, ya estaba adelantado una investigación en lo de su competencia. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, porque no tuvo ninguna relación con los hechos. La Superintendencia de Puertos y Transporte, porque no participó en la adjudicación y celebración del contrato objeto del proceso; agregó que ordenó la toma de posesión de la Concesionaria con el fin de preservar su patrimonio y garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de transporte, actuación que demuestra la diligencia en el ejercicio de sus funciones. Y, finalmente, el Ministerio de Relaciones Exteriores, porque no tiene ninguna relación funcional con los hechos que se someten a la acción popular.

D.- Sentencia recurrida

17.- La Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el **6 de diciembre de 2018**. Sus consideraciones y decisiones se resumen a continuación:

a) Las excepciones

18.- El tribunal negó la **excepción de falta de legitimación por pasiva** propuesta por el Ministerio de Transporte, la sociedad Episol S.A.S. y José Elías Melo Acosta porque sus actuaciones o responsabilidades tienen relación con los hechos discutidos y se vincularon de acuerdo con la ley. Advirtió, en términos generales, que <<la excepción de que se trata no está llamada a prosperar puesto que, como se desprende de los artículos 9 y 14 de la Ley 472 de 1998, la acción popular puede dirigirse contra quienes se considere que amenazan, violan o hayan violado el derecho o interés colectivo correspondiente; basta, para efectos de este medio de control, con que se señale a una autoridad o a un



particular, en concreto, como presuntos responsables, para que resulte procedente su vinculación procesal>>⁷.

18.1.- En relación con el Ministerio de Transporte, indicó que a este le corresponde fijar las políticas de transporte e infraestructura vial, por lo cual las decisiones que se adopten podrían derivar en que se le impongan cargas u obligaciones para cumplir las órdenes que se lleguen a definir.

18.2.- Frente a Episol S.A.S., indicó que, como accionista de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol, era beneficiaria de la adjudicación, suscripción y ejecución del contrato de concesión.

18.3.- En relación con José Elías Melo Acosta, señaló que este, en su calidad de presidente de Corficolombiana, sociedad controlante de Episol S.A.S., participó en la estructuración de la oferta presentada al INCO para la adjudicación del contrato de concesión.

19.- Negó la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de constitución en renuencia, ya que en el caso concreto existía un peligro inminente de que la conducta de corrupción fuera reiterada.

b) Los derechos colectivos vulnerados

i. La moralidad administrativa

20.- El tribunal declaró vulnerada la moralidad administrativa por la ocurrencia de dos actos de corrupción: **(i)** el primero, para la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010; y **(ii)** el segundo, para la ampliación de su plazo y objeto mediante la suscripción de los otrosíes Nos. 3 y 6. Consideró responsables a los funcionarios públicos, a la entidad pública concedente (la ANI) y a las sociedades y personas naturales que participaron en tales actos. Lo anterior, con sustento en:

20.1.- La condena penal contra Gabriel Ignacio García Morales, mediante la cual se probó que para la adjudicación del contrato de concesión Odebrecht le entregó a este funcionario seis millones quinientos mil dólares (USD\$6,500,000).

<<En la sentencia proferida por el Juzgado 31 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá el 12 de diciembre de 2017, se declaró responsable al señor Gabriel Ignacio García Morales y, en consecuencia, se le condenó a la pena principal de 62 meses de prisión, al pago de una multa de 89.077 SMLMV y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 72.5 meses, como autor responsable de los delitos de interés indebido

⁷ Sentencia de primera instancia, pág. 116.



en la celebración de contratos en concurso heterogéneo con cohecho impropio>>⁸.

20.2.- El tribunal consideró que estaba demostrado que el citado funcionario había violado los principios de selección objetiva que rigen la contratación estatal, pues de la sentencia en su contra se deduce que <<(…) García Morales *sin mayores argumentos descartó a otros proponentes* y adjudicó la licitación a Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionario Ruta Del Sol S.A.S. representado legalmente por Luiz Antonio Bueno Junior, cumpliendo así con el compromiso fraguado desde mayo de 2009>>⁹ (cita tomada textualmente del texto de la sentencia de primera instancia). El tribunal agregó que <<de acuerdo con la providencia judicial transcrita, el Tribunal estima suficientemente probada la vulneración de los principios y normas que rigen el contrato estatal de concesión, así como las que regulan el trámite de la licitación pública, debido a la oferta de una promesa remuneratoria para el señor Gabriel Ignacio García Morales a cambio del favorecimiento en el trato a la Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol II y de sus socios (...)>>¹⁰

20.3.- En relación con los otrosíes No. 3 del 15 de julio de 2013 y No. 6 del 14 de marzo de 2015, el tribunal señaló que estaba probado que se suscribieron para evitar la terminación anticipada de la concesión porque los ingresos esperados de la vía fueron mayores a los proyectados inicialmente, lo que conllevaría a que la tasa interna de retorno se obtuviera antes del plazo pactado. Las irregularidades en la suscripción de estos acuerdos se probaron con las sentencias penales proferidas contra Juan Sebastián Correa Echeverry y Bernardo Miguel Elías Vidal, exservidores públicos condenados por haber recibido dinero para lograr la suscripción de los referidos acuerdos contractuales.

20.4.- A juicio del tribunal, la violación al derecho a la moralidad administrativa en que incurrió Gabriel Ignacio García Morales compromete igualmente la responsabilidad del INCO (actualmente ANI), porque obró como representante legal de la entidad.

20.5.- La sociedad CSS Constructores S.A. no puede ser declarada responsable por la vulneración del derecho a la moralidad administrativa, pues no existe prueba de que participara o conociera los hechos ilícitos.

ii. El patrimonio público

21.- El tribunal declaró vulnerado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público porque:

⁸ Sentencia de primera instancia, pág. 200.

⁹ Sentencia de primera instancia, pág. 202.

¹⁰ Sentencia de primera instancia, pág. 202 y 203.



21.1.- Además de los recursos aportados por el INCO¹¹, en el contrato se comprometían los dineros representados en los aportes durante las etapas preoperativa (\$1.964.282.000.000.oo) y de Operación y Mantenimiento (\$155.697.000.000.oo y 155.697.000.000.oo) y los que se recaudaran por concepto de tasas y peajes. Estos recursos públicos del Contrato no se destinaron a atender los asuntos para los cuales fueron comprometidos; por el contrario, las sumas de dinero pagadas por concepto de sobornos fueron imputadas a costos de la obra mediante giros irregulares y la celebración de contratos simulados.

21.2.- De lo anterior da cuenta el testimonio de Luiz Antonio Bueno Junior, en el que reseñó que esta forma de imputar los sobornos a la obra fue convenida con José Elías Melo Acosta y que con base en ellos se autorizaron pagos no justificados. El tribunal señaló, además, que las reglas de experiencia judicial *<<indican que los sobornos pagados a funcionarios públicos en esta clase de casos se imputan a los costos de la obra cuya adjudicación se obtiene de forma irregular (...)>>*¹²

21.3.- El patrimonio público se vio afectado también porque los actos de corrupción generaron los siguientes sobrecostos para el Estado:

a.- La adjudicación se hizo a la oferta más costosa, la de la Concesionaria Ruta del Sol. En efecto, mientras que el valor propuesto por la Concesionaria era superior a los dos billones de pesos (\$2.000.000.000.000), las ofertas de los otros proponentes rechazados eran de un billón novecientos mil millones pesos (\$1.900.000.000.000) y un billón quinientos mil millones de pesos (\$1.500.000.000.000). Se acreditó que el entonces director del INCO acomodó el proceso de selección para adjudicarlo a la Concesionaria.

b.- La adjudicación irregular va a generar posibles demandas que amenazan el patrimonio público. Prueba de ello es que la SIC ya abrió una investigación.

Sobre los dos puntos anteriores se expresa en las consideraciones de la sentencia:

<<El presupuesto oficial definido por el INCO en el pliego de condiciones Adenda No. 12 Sección 8.4 Ofertas Económicas de los Sectores 2 y 3, estableció para el sector II que este no podía superar el valor COP \$2.240.000'000.000. Por su parte, el valor de las ofertas presentadas por los competidores en el proceso de adjudicación fueron los siguientes.

¹¹ El contrato tenía un valor total de dos billones noventa y cuatro mil millones de pesos (\$2.094.000.000.000) aportados por INCO de la siguiente manera: (i) un billón novecientos sesenta y cuatro mil doscientos ochenta y dos millones de pesos (1.964.282.000.000), en la etapa preoperativa; y (ii) ciento cincuenta y cinco mil seiscientos noventa y siete millones de pesos (\$155.697.000.000), en la etapa de operación y mantenimiento.

¹² Sentencia de primera instancia, pág. 234.



La Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol (que fue la ganadora): COP \$2.094.286'000.000. La oferta económica unitaria de la Unión Temporal Concesión RDS (conformada por China Railway Shisiju Group Corporation, Inversiones Grandes Vías e Ingeniería Ltda., MNV S.A. y GAS KPITAL GR S.A.): COP \$1,519.687'472.063,50. Y la presentada por Vía del Sol Autopista S.A.- Promesa de Sociedad Futura (integrada por Obrascon Huarte Lain S.A., Pavimentos Colombia S.A., Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN S.A., Conca y S.A. Aguilar Construcciones S.A.): \$1,909.000'000.000.

Lo anterior indica que la propuesta presentada por la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol equivalía al 93.5% de la disponibilidad presupuestal fijada por la entidad contratante; y con respecto a las otras dos, la oferta presentada por Unión Temporal Concesión RDS era inferior en \$175.286'000.000 y la de Vía del Sol Autopista S.A.- Promesa de Sociedad Futura en \$574.598'527.937. Esto significa que de haberse dejado participar de manera transparente e igualitaria a los demás proponentes, el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 hubiera resultado menos oneroso para el INCO y, en consecuencia, se encuentra que de esta manera, también, se afectó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

Es cierto que los demás proponentes fueron uno inadmitido y otro rechazado, circunstancias que llevarían a sostener que por tal motivo no podría invocarse la violación o amenaza del derecho a la defensa del patrimonio público en relación con tal aspecto; sin embargo, esa proposición pierde sustento por el hecho probado de que las maniobras ilegales que se convinieron con el Gerente General (e) del INCO implicaban la formulación de un pliego de condiciones "a la medida" de la Promesa de Sociedad Futura a la cual estaban vinculadas las empresas del grupo Odebrecht, lo que suponía una evidente desventaja para los demás competidores y, entonces, en ese contexto, la generación de condiciones que pusieron en riesgo el erario.

No está por demás advertir, que pueden llegar a presentarse demandas por la adjudicación irregular del Contrato de Concesión No. 001 de 2010; pues, tal como lo ha puesto en conocimiento la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 67837 de 13 de septiembre de 2018 "por medio del cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos" se estableció de manera preliminar que desde el año 2008 se desplegaron acciones con miras a obtener de manera irregular la adjudicación de dicho contrato y dejar por fuera a cualquier otro proponente que pudiera cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y, de esta forma, obtener la adjudicación al precio más cercano al presupuesto oficial para tal fin, lo que constituye una forma adicional de exponer (situación de amenaza) al patrimonio público de la Nación>>¹³.

c.- El Invías y la ANI incurrieron en gastos al tomar posesión de las obras y mantener la operación de la vía mientras se volvía a licitar un nuevo proyecto. El costo de esta nueva estructuración es también adicional.

d.- El retraso en las obras y la ampliación del momento de reversión aleja en el tiempo el momento en el que el Estado vuelve a recibir recursos por peajes.

¹³ Sentencia de primera instancia, págs. 237 a 239.



21.4.- Tanto las empresas y las personas naturales que participaron en los hechos de corrupción, como aquellos que se beneficiaron de los mismos, sin conocerlos, son responsables de la violación del derecho a la defensa del patrimonio público, pues todos tuvieron acceso a los dineros del contrato.

21.5.- En el caso de la ANI, la declaratoria de responsabilidad por vulneración del derecho a la defensa del patrimonio público se da como *sucesora* del INCO en relación con la adjudicación, pero también como *responsable directa* por la suscripción de los otrosíes números 3 y 6 al contrato de concesión. Textualmente se señala en las consideraciones del fallo:

<<De otro lado, la declaratoria de responsabilidad con respecto a la Agencia Nacional de Infraestructura se debe a su condición de sucesora del INCO, en relación con los hechos de la adjudicación ilícita del Contrato de Concesión No.001 de 2010; y en forma directa con respecto a los Otrosíes Nos. 3 y 6, por cuanto si bien fue objeto de la actuación irregular de terceros, lo cierto es que no adoptó los mecanismos de control suficientes que hubiesen evitado la ocurrencia de los ilícitos que rodearon las referidas adiciones>>¹⁴.

21.6.- En relación con CSS, de quien se advirtió que no existía prueba de su participación en los actos fraudulentos, el tribunal consideró que violaba el derecho al patrimonio público por haber recibido provecho indebido del mismo, lo cual sustentó de la siguiente manera:

<<Por su parte, CSS Constructores, si bien no puede ser declarado como responsable en relación con el derecho a la moralidad administrativa, como ya se reseñó, sí debe serlo con respecto al derecho a la defensa del patrimonio público, por virtud del principio de responsabilidad solidaria contenido en el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, que fue analizado más arriba, en la medida en que se benefició de la adjudicación irregular de la que se trata.

Si bien no participó de las maniobras fraudulentas que condujeron a ello, los beneficios obtenidos tuvieron como causa un procedimiento administrativo caracterizado por la ilicitud más grave: la comisión de delitos; en este contexto, resultaría contrario al interés público y a la buena fe y lealtad que debe regir el tráfico jurídico, que su participación en la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. pasara indemne frente a los hechos ocurridos, porque derivó ventajas indebidas del proceso de adjudicación.

No está por demás recordar, en relación con este aspecto, que la violación o amenaza del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público demanda solo una demostración objetiva de amenaza o lesión de tal derecho mediante la violación, igualmente objetiva, de las normas que regulan la actividad, sin que sea exigible, como requisito, un elemento subjetivo o ánimo de violación o quebrantamiento de la legalidad para obtener beneficios en provecho propio o de terceros, como acontece con el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa>>¹⁵.

21.7.- En relación con los particulares que intervinieron en los actos de corrupción, consideró que estos también violaban el derecho al patrimonio

¹⁴ Sentencia de primera instancia, pág. 241.

¹⁵ Sentencia de primera instancia, págs. 239 y 240.



público porque su <<quebrantamiento y amenaza>> se daba al haber participado en dichos actos, en la medida en que los pagos de los sobornos se imputaron al valor de la obra. Y en cuanto a Otto Nicolás Bula Bula, que obró como lobista, indicó que su vulneración se presentaba porque su participación había sido determinante para la ocurrencia de los mismos:

<<(…) Si bien el contenido de este derecho atañe a la administración y manejo de dineros públicos, lo cierto es que la vulneración o amenaza de los mismos no proviene solo de quienes tienen una relación directa con esa clase de bienes, sino también por parte de quienes con el ejercicio de la función de manejo o administración de estos recursos provocan (sic), como en este caso, su desvío hacia fines no previstos en la normativa aplicable>>¹⁶.

iii. El acceso a los servicios públicos

22.- El tribunal declaró vulnerado el derecho al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente por los siguientes motivos:

22.1.- El servicio público de transporte incluye el componente de infraestructura; entonces, cuando se presentan afectaciones en la misma, se transgrede el acceso a dicho servicio público.

22.2.- Los hechos ilícitos cometidos fueron causa eficiente de la postergación del disfrute por parte de la colectividad de la vía de 3G, punto en el que el tribunal señaló:

<<En el presente caso, los actos de corrupción que condujeron a la adjudicación del Contrato de Concesión No.001 de 2010 así como los Otrosíes Nos. 3 y 6, correspondientes a la adición hecha al mismo contrato en relación con la troncal Ocaña-Gamarra, han lesionado y puesto en riesgo el derecho colectivo de acceso al servicio público de transporte y a que su prestación sea eficiente y oportuna, en su componente de infraestructura vial.

Los ilícitos cometidos obraron como causa eficiente en la postergación sobre la posibilidad de disfrute, por parte de la colectividad, de una vía en condiciones 3 G, que permitiera conectar el interior del país con la Costa Atlántica (...)>>¹⁷

22.3.- Para proteger la prestación del servicio de transporte, el 9 de febrero de 2017 el tribunal adoptó como medida cautelar la suspensión del contrato de concesión No. 001 de 2010 y la devolución de la infraestructura a la Nación por medio de la ANI y el Invías. No obstante lo anterior, la sociedad Concesionaria sólo entregó la infraestructura a la ANI hasta el 20 de octubre de 2017 y esta, a su vez, la transfirió al Invías para que operara el proyecto, lo que conllevó una afectación al servicio público de transporte.

iv. El derecho a la libre competencia

¹⁶ Sentencia de primera instancia, pág. 241.

¹⁷ Sentencia de primera instancia, págs. 242 y 243.



23.- El tribunal integró al estudio de la acción popular el derecho a la libre competencia económica previsto en el literal i) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 porque el juez popular no se encuentra limitado a las pretensiones de la demanda, sino que puede ampliar su estudio a otros derechos mediante un fallo *extra y ultra petita*, con fundamento en el *iura novit curia*. Consideró que este derecho fue vulnerado porque: **(i)** con las irregularidades cometidas se alteraron las reglas del mercado que permitían el acceso de diversos agentes económicos al proceso público de selección y **(ii)** el objeto de los otrosíes Nos. 3 y 6 debía someterse al mercado para adelantar un proceso de licitación autónomo, porque, según el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, las concesiones sólo pueden prorrogarse o adicionarse hasta por el 60% del plazo, siempre que las obras se relacionen con el objeto inicial y estén situadas en el mismo corredor vial. Estos supuestos no se cumplían para la adición del tramo Ocaña-Gamarra.

En relación con la celebración del contrato, se afirmó en la sentencia:

<<El papel que jugó Gabriel Ignacio García Morales fue crucial y desencadenante para que se vulnerara este derecho colectivo, como quiera que sus actuaciones dentro de todo el proceso de contratación del Sector II de la Ruta del Sol siempre estuvieron dirigidas a un solo propósito, el de garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No.001 de 2010 a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.; en este sentido, se encuentra probado que para ello asesoró a la adjudicataria en la preparación de su oferta, *impuso cláusulas al pliego de condiciones que limitaban la participación de oferentes y despachó desfavorablemente cualquier reclamación u observación que se hiciera, por cualquier otro oferente, durante el periodo de evaluación de las propuestas.*

De igual manera, advierte el Tribunal que con anterioridad a la celebración del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 este ya había sido direccionado a favor de la oferta que presentó la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., circunstancia que constituye una infracción a la prohibición general de pactar acuerdos anticompetitivos, contenida en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959>>¹⁸ (cursivas propias).

Y, en relación con las convenciones modificatorias (otrosíes), indica:

<<En particular, cabe señalar que un análisis conjunto de las actuaciones irregulares de que se trata permite concluir que estas se dirigieron a evitar que la asignación de la vía Ocaña-Gamarra se hiciera por licitación pública, es decir, a impedir que esta fuera sometida a las reglas específicas por medio de las cuales se busca asegurar la libre competencia económica en el marco de los procesos de contratación estatal.

A esta conclusión se arriba luego de un examen de los medios de prueba en los que se da cuenta de las maniobras desplegadas por Correa Echeverry, por Elias Vidal y por Otto Nicolás Bula Bula en orden a favorecer a la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en la suscripción del Otrosí No. 6

¹⁸ Sentencia de primera instancia, pág. 254.



(mencionados en el capítulo sobre moralidad administrativa); y de la circunstancia consistente en que para la fecha de suscripción del mencionado Otrosí No. 6 había criterios jurídicos muy claros en el sentido de que era improcedente acudir a la figura de la adición del contrato de concesión, porque no lo permitía el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, posteriormente derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, pero aplicable al análisis jurídico de entonces, debido a que se trataba de la adición a un contrato de concesión celebrado antes de la vigencia de la última de las leyes mencionadas>>¹⁹.

(...)

<<A juicio del Tribunal, la adición referida no encuadra dentro del concepto de adición previsto en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con la sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional y el Concepto ya analizado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. El motivo para ello es que aun aduciendo que dicha adición se encuentra dentro de los límites espaciales y geográficos del mismo corredor vial, lo cierto es que no guarda una relación directa y necesaria con el objeto del Contrato de Concesión No.001 de 2010>>²⁰.

c) La suspensión definitiva del contrato

24.- El tribunal decretó en la sentencia la suspensión definitiva del Contrato, la cual se había ordenado provisionalmente en la medida cautelar del 9 de febrero de 2017. Estableció que dicha medida podía ser decretada porque, a la fecha de la sentencia, el Tribunal de Arbitramento no se había pronunciado sobre la nulidad del contrato y este se encontraba viciado de objeto ilícito, causa ilícita y desviación de poder, por lo que para la protección de los derechos colectivos se debía disponer la suspensión. Recordó que el juez de la acción popular no puede emitir pronunciamientos definitivos sobre estos asuntos y que la decisión sobre la nulidad del contrato de concesión No. 001 de 2010 corresponde al tribunal arbitral conformado para el efecto, sin perjuicio de las medidas que deba adoptar el juez de la acción popular.

Sobre este particular se lee en la sentencia:

<<Cabe recordar que en la medida cautelar de 9 de febrero de 2017 este Tribunal dispuso que la suspensión provisional del Contrato de Concesión No.001 de 2010 y de sus adiciones y modificaciones, estaría vigente hasta tanto el Tribunal de Arbitramento se pronunciara sobre la petición de nulidad del contrato o esta Corporación dictara sentencia.

El condicionamiento temporal en torno a la vigencia de la medida cautelar de suspensión provisional del Contrato de Concesión referido, tuvo su justificación en que un eventual pronunciamiento del Tribunal de Arbitramento sobre la solicitud de nulidad, antes de que se emitiera sentencia en la presente causa judicial, resolvería la cuestión sobre los efectos del contrato.

¹⁹ Sentencia de primera instancia, pág. 256.

²⁰ Sentencia de primera instancia, pág. 258.



Dicho en otras palabras, si el Tribunal de Arbitramento hubiera dispuesto acceder a la petición de nulidad, fundada en los hechos de corrupción tantas veces referidos, carecería de sentido un pronunciamiento de este Tribunal sobre los efectos jurídicos del contrato.

Tal pronunciamiento, por parte del Tribunal de Arbitramento, habría tenido como base un examen sobre la validez de los elementos del contrato al momento de haber nacido a la vida jurídica, en tanto que al juez de la acción popular le corresponde valorar la repercusión de los actos ilegales con respecto a los derechos colectivos.

No obstante esta diferencia, tanto la declaratoria de nulidad del contrato como la suspensión definitiva de los efectos del mismo, medida esta última que resulta legítimo adoptar por el juez de la acción popular, tienen un común denominador: que el contrato ya no producirá más consecuencias en el mundo jurídico.

Ahora bien, como a la fecha no se ha emitido una providencia por el Tribunal de Arbitramento, que resuelva sobre la petición de nulidad fundada en los hechos de corrupción, compete a este Tribunal pronunciarse de fondo sobre los efectos jurídicos del contrato.

Esta Corporación no se encuentra ahora en el marco de una medida previa, como aconteció en el auto de 9 de febrero de 2017, sino que esta etapa procesal corresponde a la del pronunciamiento definitivo sobre las alegadas violaciones de los derechos e intereses colectivos²¹.

d) Los perjuicios

25.- Sobre la indemnización de perjuicios, el tribunal señaló que:

25.1.- La declaratoria de responsabilidad en las acciones populares corresponde a un sistema de responsabilidad civil que tiene su origen en los artículos 1005 y 2359 del Código Civil.

25.2.- De conformidad con el artículo 34 la Ley 472 de 1998, la sentencia de la acción popular puede ordenar que los causantes de la vulneración a derechos colectivos indemnicen a la <<entidad pública no culpable>>. En este caso, consideró que esta condición la cumplía el Ministerio de Transporte, quien debía recibir los dineros porque tiene a su cargo la infraestructura de transporte.

25.3.- Pese a que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 establece que la condena de perjuicios debe realizarse *in genere* y que se liquidará mediante incidente, por razones de economía procesal el tribunal resolvió decretarla en concreto en la misma sentencia. Y dispuso que su pago se haría – solidariamente– por quienes participaron en los actos de corrupción y por quienes, sin haber participado en ellos, se beneficiaron de los mismos.

²¹ Sentencia de primera instancia, págs. 346 y 347.



25.4.- Frente al fundamento legal de la solidaridad entre los socios de la Concesionaria, el tribunal precisó que:

a.- La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. se constituyó como una sociedad con objeto único, lo que implica que respecto de sus socios debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

b.- Esta solidaridad se encuentra igualmente prevista en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 para las condenas que se impongan en acciones populares; y, en el mismo sentido, el artículo 119 del Código de Comercio dispone que los promitentes socios son responsables por las operaciones que se realicen en desarrollo de los negocios de la sociedad futura antes de su constitución.

c.- Los efectos de la solidaridad deben extenderse a todos aquellos socios que se beneficiaron de las utilidades de un contrato obtenido por medios ilícitos, sin importar si participaron o no en los hechos. De lo contrario, se permitiría un enriquecimiento sin causa legítima.

25.5.- Por todo lo anterior, condenó de forma solidaria a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Episol S.A.S., CSS Constructores S.A.; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares. A estas personas les ordenó el pago de las siguientes sumas:

a.- El valor de los sobornos, que cuantificó en los valores reportados en las denuncias para la adjudicación, en un total de once millones de dólares (USD 11.000.000), equivalentes a treinta y cinco mil cien millones de pesos (\$35.100.000.000).

b.- El perjuicio por haber adjudicado el contrato a la oferta más costosa lo cuantificó en ciento veintiocho mil cuarenta y dos millones setecientos noventa y tres mil ciento cuarenta y cinco pesos con veinte centavos (\$128.042.793.145,20), valor que corresponde a la diferencia entre la oferta de la Concesionaria y el promedio del valor entre las dos ofertas rechazadas.

c.- Los perjuicios por la necesidad de continuidad de la obra, la atención prioritaria de la vía y la estructuración del nuevo proyecto los discriminó de la siguiente manera:

- (i) Por concepto de los gastos para atender la vía como consecuencia de la toma de posesión, cincuenta y seis mil cuatrocientos ochenta y tres millones seiscientos sesenta y ocho mil ciento treinta y seis pesos con noventa y cuatro centavos (\$56.483.668.136,94), correspondientes a



la suma que invirtió el Invías para mantener la vía mientras se hizo la licitación del nuevo proyecto.

- (ii) Por concepto de la estructuración del nuevo proyecto, cinco mil ochocientos cuarenta y cinco millones de pesos (\$5.845.000.000), correspondientes al valor del contrato de consultoría suscrito para la estructuración de la asociación público–privada (APP) que asumiría el corredor vial y su correspondiente interventoría.

d.- No cuantificó perjuicios por la exposición del Estado a eventuales demandas por la indebida adjudicación, pues no se demostró que hubieran sido presentadas.

e.- Los perjuicios por el rezago en el ritmo de inversión del proyecto los fijó en ochenta y siete mil trescientos veintinueve millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y un pesos con setenta y cuatro centavos (\$87.329.454.951,74). La cuantificación de dicho perjuicio la efectuó multiplicando el valor de la inversión diaria del Contrato por los 251 días que la Concesionaria demoró en devolver la obra al Estado en cumplimiento de las medidas cautelares de la acción popular. La suma resultante la multiplicó por uno punto trece (1.13), valor definido por Fedesarrollo como constante por las consecuencias de la falta de inversión en un proyecto.

f.- Para determinar los perjuicios por el retraso en la entrega de las obras del proyecto tuvo en cuenta que, de conformidad con el cronograma de ejecución, las mismas serían entregadas hacia el mes de octubre de 2022 y que el nuevo proyecto sólo sería entregado en diciembre de 2026, por lo que existía un atraso de cincuenta meses. El número de meses de atraso lo multiplicó por el valor que el apoderado de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. manifestó era el estimado del recaudo de peajes, esto es, trece mil millones de pesos (\$13.000.000.000), por lo cual el monto de la indemnización era de trescientos veinticinco mil millones de pesos (\$325.000.000.000).

g.- Señaló que los perjuicios por la tardía reversión de la concesión consistían en que, de haberse ejecutado correctamente el Contrato, la misma debía ocurrir el 5 de abril de 2035; sin embargo, ahora se daría aproximadamente en 2043, esto es, ocho años después. Teniendo en cuenta que la oferta de la Concesionaria estimó una utilidad del contrato del cinco por ciento (5%), anualmente se generarían utilidades por cinco mil quinientos cuarenta y dos millones de pesos (\$5.542.000.000). En consecuencia, en virtud de la tardía reversión el Estado dejaría de recibir cuarenta y cuatro mil millones de pesos (\$44.000.000.000) por concepto de dichas utilidades.

h.- En cuanto al denominado <<daño reputacional>>, determinó que lo procedente era adoptar medidas de carácter no pecuniario, por lo que ordenó a



la ANI incorporar a sus procesos de contrataciones una serie de medidas de buenas prácticas tendientes a evitar actos de corrupción. Y, como se advirtió anteriormente, esta determinación no fue objeto de apelación por el actor popular (la Procuraduría) ni por la ANI.

i.- El monto total de los perjuicios lo cuantificó en setecientos quince mil seiscientos cincuenta y seis millones ciento cuarenta y cuatro mil trescientos sesenta y dos pesos con cinco centavos (\$715.656.144.362.5).

25.6.- Los valores definidos en la condena se fundamentaron en el informe rendido por la ANDJE por solicitud del tribunal, en algunas pruebas documentales provenientes del Invías y en el informe de Fedesarrollo sobre la afectación por la falta de infraestructura.

25.7.- Consideró que el informe rendido por la ANDJE era una prueba conducente, teniendo en cuenta que el inciso 3 del artículo 28 de la Ley 472 de 1998 faculta al juez para solicitar a las entidades públicas que rindan conceptos en calidad de peritos u otros informes.

25.8.- Respecto de la alegación de la falta de imparcialidad de la ANDJE para rendir el informe, señaló que dicha entidad no actuaba como parte del proceso, por lo que no existe conflicto de intereses. Y el hecho de que buena parte de la información que sustentó el informe hubiera sido tomada de la ANI y el Invías no generaba ninguna irregularidad, pues los documentos que reposan en las referidas entidades son fuentes válidas de información.

e) Las inhabilidades

26.- Con fundamento en la facultad prevista en el inciso 1, parte final del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, que dispone que en la sentencia se pueden imponer órdenes de no hacer, el tribunal **inhabilitó** por diez años a las personas naturales y sociedades involucradas en los hechos de corrupción. La inhabilidad impuesta correspondió a la prevista en el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, aplicable a los servidores públicos y a particulares, porque la condena que se impone en la acción popular, a juicio del tribunal, es <<una condena cuya naturaleza es la propia de la responsabilidad civil>>²².

E.- Los recursos de apelación

27.- La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Episol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri, Luiz Eduardo Da Rocha Soares, José Elías Melo

²² Sentencia de primera instancia, pág. 267.



Acosta y CSS Constructores S.A. apelaron la sentencia de primera instancia y solicitaron la revocatoria de declaraciones y condenas realizadas en su contra. Presentaron los siguientes argumentos comunes:

27.1.- La responsabilidad declarada en la sentencia debe ser exclusivamente de quienes participaron en los hechos de corrupción.

27.2.- Las diferentes fuentes de solidaridad a las que el tribunal acudió para imponer a los socios de la Concesionaria el cumplimiento de las condenas efectuadas en la sentencia, no son aplicables al caso concreto.

27.3.- No podía condenarse a pagar una indemnización a favor del Ministerio de Transporte, ya que no puede considerarse como <<entidad no culpable>>. Quien recibió los sobornos a cambio de la adjudicación del contrato era, para la época, viceministro de Transporte y en dicha condición fue encargado de la dirección del INCO.

27.4.- Según el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, en la acción popular no es posible condenar en concreto al pago de perjuicios; en caso de condena, la misma debe ser *in genere*.

27.5.- No existe prueba debidamente practicada para establecer el valor de la condena, pues la misma se fundamentó en un informe de la ANDJE, entidad que no tiene dentro de sus competencias la expedición de este tipo de conceptos. Además, la ANDJE participó en el proceso en favor de los intereses de las entidades estatales, lo que se refleja en el informe rendido, en el cual tuvo en cuenta exclusivamente información de la ANI y del Invías, sin siquiera recaudar datos de la Concesionaria sobre el avance de la obra.

27.6.- No corresponde a la acción popular determinar inhabilidades contractuales, pues las mismas provienen de responsabilidades de otra naturaleza, tales como la penal o la disciplinaria. Se vulneró el debido proceso de los demandados al imponer una inhabilidad que no fue solicitada por el actor popular, sin respetar el derecho de defensa y vulnerando la reserva de ley en materia de inhabilidades.

27.7.- La acción popular no tiene por finalidad la declaratoria de responsabilidad civil; por el contrario, tiene una naturaleza preventiva y solo puede ser resarcitoria de manera excepcional. Esta circunstancia no se presenta en el caso concreto, pues respecto de los hechos objeto del proceso existen otras acciones que se han adelantado para que se declare la responsabilidad civil por los actos de corrupción en la adjudicación del Contrato.

27.8.- La suspensión definitiva del Contrato se sustentó en la existencia de vicios de nulidad y tiene los mismos efectos de esta, por lo que dicha determinación



desbordó la competencia del juez de la acción popular y desconoció la prohibición de anular contratos estatales prevista en el CPACA.

27.9.- No existe prueba de que los dineros pagados en los actos de corrupción fueran imputados al proyecto. Los dineros del proyecto se manejaban por medio de un patrimonio autónomo, por lo cual no era posible disponer de ellos de la manera como, sin evidencias, lo señala la sentencia.

27.10.- Los hechos que dieron lugar a la acción popular ya fueron superados, pues el Contrato se encuentra terminado. En consecuencia, el tribunal debió declarar la carencia actual de objeto.

27.11.- La integración del derecho a la libre competencia al estudio de la acción popular se dio solo en la sentencia, lo que constituyó un desconocimiento del debido proceso de los accionados.

27.12.- No se probó que existieran afectaciones al servicio público de transporte; por el contrario, la Concesionaria adelantó las respectivas obras que, junto con la totalidad del proyecto, funcionaron durante la vigencia del Contrato y continúan funcionando normalmente.

28.- Algunos apelantes presentaron los siguientes argumentos particulares:

28.1.- José Elías Melo Acosta indicó que la sentencia desconoció su derecho al debido proceso al valorar pruebas recaudadas en el proceso penal adelantado en su contra, las cuales no podían ser tenidas en cuenta por ser un proceso que se encontraba en curso. En el mismo sentido, el tribunal se fundamentó en determinaciones de la justicia penal que, para la fecha en que se expidió la sentencia de la acción popular, aún no se encontraban en firme.

28.2.- CSS Constructores S.A. señaló que la sentencia reconoce que no participó ni conoció los hechos de corrupción; sin embargo, lo declara responsable por la vulneración de los derechos colectivos, le impone condenas pecuniarias y lo inhabilita, lo que resulta contradictorio.

28.3.- Por su parte, Episol S.A.S. indicó que en su caso:

a.- La sentencia no definió los elementos constitutivos de su responsabilidad, pues en ella se determinó que la vulneración de derechos colectivos proviene de la actuación de un tercero, esto es, Odebrecht.

b.- Aunque Corficolombiana administraba el patrimonio autónomo que manejaba los recursos de la concesión, esto no implicaba que Episol S.A.S. dispusiera de los mismos, pues son personas jurídicas diferentes.



c.- Los proponentes en un proceso de selección no son servidores públicos. Por ello no pueden ser declarados responsables de transgredir el derecho a la moralidad administrativa.

F.- Pruebas recaudadas en segunda instancia

29.- Mediante autos del 24 de octubre de 2019 y del 14 de febrero de 2020 se resolvió sobre las solicitudes de prueba en segunda instancia y se decretaron pruebas de oficio. En cumplimiento de dichas providencias se recaudaron las siguientes pruebas²³ :

29.1.- La copia del laudo arbitral dictado el 6 de agosto de 2019 por el Tribunal de Arbitramento que dirimió las controversias entre Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la ANI, y el acta de audiencia en la que se resolvieron las aclaraciones y complementaciones.

29.2.- La copia de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el proceso penal adelantado contra José Elías Melo Acosta, visibles en el índice 166 de la plataforma Samai.

29.3.- La copia del expediente No. 17-17777 que abrió la Superintendencia de Industria y Comercio por los hechos ocurridos en la Ruta del Sol, visible en el índice 196 de la plataforma Samai.

29.4.- La copia de los oficios remitidos por la Presidencia de la República, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura en donde se refieren a los estudios adelantados para proponer al Congreso de la República la reforma legislativa a la Ley 80 de 1993, que se convirtió en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007.

29.5.- La copia del oficio remitido por la Procuraduría General de la Nación en que informa sobre los mecanismos implementados en el año 2009 para intervenir en los procesos de contratación estatal. Visible en el índice 159 de la plataforma SAMAI.

29.6.- La copia del dictamen pericial presentado por DUFF & PHELPS en el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias entre la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la ANI, sus anexos, aclaraciones y complementaciones. Visibles en el índice 218 de la plataforma Samai.

²³ Mediante auto del 5 de agosto de 2021 se pusieron en conocimiento de las partes, por el término de 15 días, las pruebas recaudadas en segunda instancia.



29.7.- Las audiencias de contradicción del dictamen presentado por DUFF & PHELPS celebradas el 14 de marzo de 2019 y 12 de julio de 2019; tanto el archivo de audio como la respectiva transcripción. Visibles en el índice 218 de la plataforma Samai.

29.8.- La copia de la objeción por error grave presentada por Episol S.A.S. al dictamen pericial rendido por DUFF & PHELPS. Visible en el índice 218 de la plataforma Samai.

29.9.- La copia del recurso extraordinario de anulación presentado por Episol S.A.S. Visible en el índice 218 de la plataforma Samai.

29.10.- La transcripción del testimonio rendido el 23 de enero de 2018 por Jorge Enrique Pizano Callejas en calidad de *controller* encargado de la supervisión y vigilancia de la información financiera de la Concesionaria Ruta del Sol.

29.11.- La transcripción del testimonio rendido el 25 de mayo de 2018 por Carlos Emilio Moreno Sánchez en calidad de auditor independiente del Consorcio Constructor Ruta del Sol. Visible en el índice 218 de la plataforma Samai.

29.12.- Oficio mediante el cual la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca informó el estado del proceso de reparación directa con radicado 25000233600020190001600, adelantado por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI contra Gabriel Ignacio García Morales y Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., entre otros, y remitió copia de la demanda y su reforma. Visible en el índice 212 de la plataforma Samai.

G.- El proceso arbitral y las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento en su condición de juez del Contrato

30.- Mediante laudo del 6 de agosto de 2019, el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias surgidas entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la ANI declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión y sus otrosíes 3 y 6 por objeto ilícito, causa ilícita y desviación del poder. Como consecuencia de la nulidad, estableció los valores que debían reconocerse por la obra ejecutada porque beneficiaron al Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 20 de la Ley 1882 de 2020. El recurso de anulación formulado contra el laudo fue rechazado por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con lo cual las decisiones adoptadas hicieron tránsito a cosa juzgada. Los antecedentes de dicho laudo arbitral resultan relevantes para evidenciar que, sobre las decisiones adoptadas en este, también se pronunció la sentencia proferida por el juez de la acción popular.



a) El Tribunal de Arbitramento como juez del Contrato

31.- Las partes del Contrato pactaron cláusula arbitral conforme con la cual <<Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento (el “Tribunal”), que se regirá por lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998 y demás normas vigentes o que lo modifiquen o complementen>>²⁴. Para el momento en que se conocieron los hechos que dieron lugar a la acción popular, ya estaba conformado un tribunal de arbitramento para decidir dos demandas presentadas por la Concesionaria.

32.- La primera demanda se presentó el 6 de agosto de 2015 y se tramitó en el expediente No. 4190; y la segunda, el 19 de agosto de 2015 y se tramitó en el expediente No. 4209. Inicialmente, los dos procesos se adelantaron de manera independiente, con designación de los mismos árbitros y luego se acumularon en uno solo. Las reclamaciones de la Concesionaria en el proceso 4190 fueron conciliadas y la conciliación fue aprobada en auto del 11 de febrero de 2016.

33.- Antes de que se presentara la demanda de la acción popular, la ANI reformó la demanda de reconvención en el proceso arbitral y pidió: (i) decretar la nulidad del contrato de concesión por causa ilícita y por desviación de poder, (ii) que se ordenara su terminación y (iii) que se adoptaran las medidas consecuenciales a esta decisión.

34.- Las pretensiones principales de la ANI en la demanda de reconvención reformada, fueron las siguientes:

<<**Primera.**- Declárese la **nulidad absoluta, por contar con objeto ilícito y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder**, del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, posición contractual que hoy ostenta la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., cuyo objeto es que ésta última, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector II del Proyecto Vial Ruta del Sol, comprendido entre Puerto Salgar y San Roque.

Segunda.- Declárese que la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, posición contractual que hoy ostenta la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., **afecta y genera igualmente la nulidad de todos los Contratos Adicionales, Otrosíes, Modificatorios y, en general, de la totalidad de los documentos negociales suscritos entre las partes en desarrollo y ejecución del citado Contrato de Concesión.**

²⁴ Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sección 18.02.



Tercera.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, ordénese o dispóngase la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, posición contractual que hoy ostenta la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

Cuarta.- Declárese que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, celebrado entre el entonces INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES - INCO y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., **solamente está obligada a reconocer y pagar a favor de ésta última las prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas hasta el momento de la declaración de nulidad,** siempre y cuando dichas prestaciones hayan beneficiado a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido, en aplicación del precepto legal contenido en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993>>²⁵ (negrillas propias).

b) La competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre la nulidad del contrato (autonomía de la cláusula)

35.- El Tribunal de Arbitramento asumió competencia para resolver las anteriores pretensiones y en el laudo explicó que conservaba tal competencia, así el Contrato estuviera afectado de nulidad, con fundamento en el artículo 5 del Estatuto Arbitral que consagra la autonomía de la cláusula arbitral. Advirtió que también tenía competencia para anular el Contrato de manera oficiosa y que tenía la condición legal de <<juez del contrato>>.

c) La petición de decretar <<de inmediato>> la nulidad del contrato presentada por la Procuraduría en el proceso arbitral

36.- En el proceso arbitral, la ANI y la Procuraduría no solicitaron la práctica de ninguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 32 del Estatuto Arbitral²⁶. Luego de reformada la demanda de reconvención por la ANI para pedir la nulidad absoluta del Contrato, la Procuraduría solicitó al Tribunal de Arbitramento que <<declarara de inmediato la nulidad absoluta²⁷. Tal solicitud que fue negada en consideración de que <<en ese estado del proceso (el

²⁵Tribunal Arbitral Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, Laudo Arbitral, 6 de agosto de 2019 (en adelante <<Laudo Arbitral>>), págs. 34 y 35.

²⁶ El artículo 32 de la ley 1563 de 2012 dispone <<A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente. Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión (...)>>

²⁷ Laudo arbitral, pág. 257.



Tribunal) no era competente para decidir la petición²⁸>> (texto entre paréntesis fuera del original).

37.- En el laudo se lee sobre este particular:

<<Con el Auto No. 65 proferido el siete (7) de noviembre de 2017, en la continuación de la primera audiencia de trámite (Acta No. 50), *el Tribunal Arbitral rechazó, por improcedente, la petición de la Procuraduría General de la Nación de declarar en ese momento la nulidad inmediata del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 que dio origen a la controversia que se dirime, para lo cual señaló lo siguiente:*

“Este Tribunal, por mandato constitucional, debe atender los postulados del debido proceso. Por ello, teniendo en cuenta que dentro del trámite arbitral no han sido decretadas y practicadas las pruebas en que fundamenta la Procuraduría su petición, como tampoco han sido controvertidas por la parte contra las que se pretenden hacer valer, no resulta procedente en este momento declarar la nulidad del contrato de concesión que dio origen a la presente discusión. Dicha petición, de ser procedente, será decidida una vez que se hayan agotado los términos prescritos en la ley procesal, en la oportunidad pertinente y una vez garantizado a todas las partes el ejercicio de su derecho de defensa.

Es importante advertir que la *petición de la Procuraduría no menciona las normas que podrían sustentar la facultad de este Tribunal para declarar la nulidad inmediata del contrato sin agotar los procedimientos prescritos en la Ley y sin haber decretado y practicado las pruebas que resulten pertinentes.* Este Tribunal tampoco ha encontrado disposiciones, razones o principios que pudieran sustentar una actuación semejante. Por el contrario, a todas las partes de este proceso, pero sobre todo al orden constitucional y al orden público, les interesa que el desarrollo del caso transcurra dentro de los estrictos términos establecidos en la legislación”>>²⁹.

d) El acuerdo de terminación y liquidación del Contrato celebrado por las partes el 22 de febrero de 2017

38.- Este acuerdo fue presentado por las partes en el proceso arbitral y fue considerado por el Tribunal de Arbitramento <<(i) como pacto bilateral para la terminación del contrato, estableciendo un período de transición entre su firma la aprobación de liquidación y acordando la forma en la que se revertiría la infraestructura directamente afectada a la Concesión y se atenderían las contingencias luego de la liquidación>> y (ii) como uno de los parámetros para establecer las prestaciones a las que tenía derecho el contratista, toda vez que lo acordado en cuanto a las fórmulas de liquidación no fue aprobado como fórmula de conciliación en el proceso arbitral.

e) Las consideraciones del Tribunal de Arbitramento sobre la terminación del Contrato acordada por las partes y los perjuicios derivados de la misma y la terminación acordada por las partes

²⁸ Laudo arbitral, pág. 258.

²⁹ Laudo arbitral, pág. 259.



39.- En las consideraciones del laudo, el Tribunal de Arbitramento confirmó su competencia para declarar la anulación del Contrato, así las partes lo hubieran terminado de común acuerdo, y expresamente se refirió a la falta de competencia de otras autoridades para adoptar esta decisión, incluyendo dentro de ellas al juez de la acción popular.

<<Sobre el particular el Tribunal señala que la terminación de un contrato estatal sea por voluntad de las partes y aún por el ejercicio de una facultad excepcional de la administración en sede administrativa como puede ser la terminación unilateral por motivos de interés público, por caducidad administrativa o por terminación unilateral con motivo de la ocurrencia de una causal de nulidad en los términos del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, no enerva la facultad del juez natural del contrato para conocer de su validez o invalidez. **La administración no es el juez del contrato, como no lo es una autoridad administrativa, v.gr. una Superintendencia así ejerza funciones de policía administrativa y tampoco lo son las demás autoridades judiciales a las cuales no les ha sido atribuida dicha competencia. Repárese, por ejemplo, en el juez popular o en el juez pena**>>³⁰.

40.- En cuanto a los perjuicios derivados de la terminación anticipada del Contrato, que fueron solicitados por la ANI en los alegatos de conclusión, petición de la entidad a la que se opuso la Concesionaria dada su naturaleza extracontractual y la existencia del proceso de reparación directa promovido por la citada entidad, el Tribunal de Arbitramento consideró:

<<G. LOS RECONOCIMIENTOS ECONÓMICOS ENTRE LAS PARTES

I. Marco Jurídico de los reconocimientos

Como ya se advirtió, este Tribunal aplicará el párrafo del artículo 20 de la Ley 1882 y la Sentencia C-207- 19 proferida por la Corte Constitucional, a los cuales dará estricto cumplimiento.

1.1. Consideraciones Previas

El Tribunal advierte que la fórmula de la Ley 1882 no admite ningún tipo de depuración distinta de la que deriva de los elementos en ella previstos y, en consecuencia, en este laudo no puede haber pronunciamiento alguno respecto de los perjuicios sufridos por las partes como consecuencia de la terminación del contrato y de su declaratoria de nulidad. En todo caso, como se advirtió al momento de resolver sobre las objeciones a la prueba pericial decretada por el Tribunal, este proceso no cuenta con una prueba cierta sobre el verdadero alcance de los perjuicios sufridos por la ANI, dado que los fundamentos que tuvo en cuenta el perito Duff & Phelps para su cálculo adolecen de error grave>>³¹.

f) Los fundamentos en los que sustentó el panel arbitral la anulación del Contrato

³⁰ Laudo arbitral, pág. 282.

³¹ Laudo arbitral, pág. 647.



41.- Luego de examinar las sentencias penales y la sentencia de pérdida de investidura proferida por el Consejo de Estado contra los congresistas Bernardo Miguel Elías Vidal y Plinio Olano Becerra, fallos en los cuales se estudian los actos de corrupción ocurridos en relación con el Contrato de concesión y sus convenciones modificatorias, el Tribunal de Arbitramento concluyó que estaba evidenciada la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita y por desviación de poder:

<<En conclusión, de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, al tenor de las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y del Código Civil Colombiano, antes transcritas, y de las decisiones jurisprudenciales referidas en el acápite anterior, conforme a las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconversión reformada, a la petición reiterada de la Procuraduría General de la Nación y al ejercicio de la potestad que la ley le atribuye, el Tribunal declarará la nulidad del Contrato de Concesión No. 001 de enero 14 de 2010 y de los Otrosíes y demás acuerdos complementarios que se suscribieron por las Partes para modificarlo, por adolecer de objeto y causa ilícitas y haber sido celebrados con desvío o abuso de poder>>³² (cursivas propias).

g) Los efectos de la declaración de nulidad (reconocimientos a la sociedad Concesionaria)

42.- En relación con el marco legal dentro del cual se establecerían los efectos de la declaratoria de nulidad del Contrato, el Tribunal de Arbitramento señaló:

<<Estudiada la procedencia de la nulidad del Contrato, sus otrosíes y adiciones, deben analizarse las consecuencias de tal nulidad.

Aquí es preciso señalar que de conformidad con la ley ordinaria, procedería aplicar lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil el cual establece que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, lo que significa que con fundamento en lo expuesto en los hechos analizados que sirven de presupuesto para declarar la nulidad del contrato, también podría aplicarse el artículo 1525 del Código Civil que establece que —No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.

Sin embargo, estando en presencia de un contrato estatal, la ley ha creado un régimen especial previsto en el Artículo 48 de la Ley 80 de 1993 para los contratos en general y un régimen aún más concreto para los Contratos de Concesión en los términos del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-207 de 2019>>³³.

<<Por su parte, la Corte Constitucional, en su sentencia, estableció los siguientes lineamientos:

1. El juez o el árbitro deben definir los reconocimientos “a que pueda haber lugar”.

³² Laudo arbitral, págs. 492 a 495.

³³ Laudo arbitral, pág. 495.



2. *El monto de los reconocimientos debe tener relación directa con el grado de satisfacción del interés público.*
3. *Los reconocimientos deben ser dirigidos por el propio Tribunal al pago de terceros de buena fe.*
4. *Los reconocimientos dependen del conocimiento de la ilicitud. Para tales efectos, el juez puede levantar el velo a fin de establecer el grado de relación de los terceros con el contratista y el conocimiento que tengan de la conducta. También debe evaluarse si los terceros actuaron con buena fe exenta de culpa.*
5. Las entidades financieras, en cuanto manejan recursos del público, deben ser tratados como terceros de buena fe exenta de culpa.
6. Solo si luego del pago de las deudas del proyecto frente a los acreedores de buena fe quedan recursos disponibles, procederá la apropiación de las mismas a título de restitución del capital invertido por el contratista o socio que haya actuado sin dolo, mala fe o conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad.
7. Todas las sumas, sin excepción, deben ser indexadas, incluidos los intereses.
8. La disposición debe ser aplicada retroactivamente.

(...)

Los requisitos de la disposición para la procedencia de los costos, gastos, inversiones e intereses son los siguientes:

1. Han debido ser ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.
2. Deben estar asociados al desarrollo del objeto del contrato.
3. Deben corresponder máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual
4. No deben corresponder a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón de la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales (...)

Finalmente, los remanentes a favor de los accionistas, de haber lugar a ellos luego del pago de las acreencias con terceros de buena fe, se pueden expresar en la siguiente fórmula: (...)>>³⁴

h) La deducción de los valores reconocidos a la Concesionaria

43.- En el laudo se explica detalladamente cómo estaba regulado el pago de las contraprestaciones de la Concesionaria, de los recursos con los que se financiaba (bancarios, peajes, aportes de la ANI) y de la forma como se manejaban durante la ejecución del Contrato.

44.- La determinación de los valores a reconocer a la Concesionaria se hizo en el laudo a partir de varias pruebas documentales y periciales, con fundamento en las cuales se realizó su cuantificación y se aplicaron reducciones fundadas principalmente (i) en la advertencia de sobrecostos, (ii) en las sumas que el panel

³⁴ Laudo arbitral, págs. 649 y 650.



arbitral consideró carentes de sustento en inversiones en la obra, y (iii) en los costos financieros asociados a las sumas no reconocidas.

45.- Sobre este particular, se lee en el laudo:

<<De acuerdo con lo previsto por el artículo 20 de la Ley 1882, los reconocimientos a que haya lugar deben ser “validados” por la interventoría o por un tercero experto.

Tal como se advirtió, el dictamen de la interventoría no es idóneo para validar los reconocimientos a las partes, por cuanto se trata de una prueba de parte y concretamente de la ANI, en los términos expuestos a lo largo de este laudo. Los dictámenes de BDO y FTI, respectivamente, también deben ser considerados como dictámenes de parte.

Dado lo anterior, el Tribunal fijará las sumas a reconocer con base en el dictamen de Duff & Phelps, teniendo en cuenta que se trata del único perito independiente de las dos partes y que, en consecuencia, puede considerarse como un verdadero tercero experto en los términos de la disposición. Para el efecto recurrirá, fundamentalmente, a la respuesta dada por el perito a la Pregunta N° 3.

Con todo, el Tribunal valorará cada una de las pruebas que obran en el expediente, incluidos los dictámenes presentados por las partes, para los efectos de determinar los ajustes que deba realizar a los resultados presentados por Duff & Phelps. A dichas pruebas se hará mención en la medida en que el Tribunal resuelva sobre cada uno de los reconocimientos a que pueda haber lugar>>³⁵.

<<2.5. Otros aspectos relacionados con la valoración de las pruebas

Además de lo anterior, el Tribunal tendrá en cuenta los siguientes elementos para la valoración de las pruebas que lo conduzcan a determinar el monto de los reconocimientos entre las partes:

2.5.1. El Contrato EPC no fue suscrito a precios de mercado y, por ello, el CAPEX contable se encuentra sobreestimado

Tal como quedó evidenciado a lo largo de este laudo, existe evidencia suficiente sobre el hecho de que el contrato EPC, que en últimas determina lo que la Concesionaria pagó por concepto de CAPEX, estuvo sobreestimado. Dicho contrato sirvió como puente para que la Concesionaria trasladara una ingente cantidad de recursos a su Epecista, cuyos destinos **no solo estuvieron asociados a la atención de las obras, sino al reparto de excedentes de liquidez a favor de los beneficiarios efectivos de la Concesionaria, al pago de sobornos, y presuntamente al pago o financiación de campañas políticas, entre otros.**

Por ello, el Tribunal considera que no puede aceptar una fórmula que, en la práctica, se traduzca en cohonestar que la ANI pague por la corrupción de Odebrecht y los sobrecostos de la Concesionaria y de Consol. (...)

<<Como corolario de lo anterior, el Tribunal considera que tiene suficiente evidencia de que los algo más de 6.7 billones de pesos que corresponden a las erogaciones de la Concesionaria y su Epecista, que coincidentalmente representan lo que según BDO y FTI debe ser reconocido a título de costos, gastos e inversiones realizados a precios de mercado y que se hicieron con cargo

³⁵ Laudo arbitral, pág. 651.



a los recursos de bancos, vigencias futuras y peajes, constituye una cifra que, lejos de cualquier duda, incluye recursos que fueron utilizados para el pago de coimas, actos ilícitos y repartos de excesos de liquidez.

En otras palabras, tanto el valor del contrato de Concesión como el del EPC fueron fijados de manera que no solo se atendiera a los requerimientos de las obras y a la utilidad de los beneficiarios efectivos de CRS y Consol en uno y otro caso, sino de manera que fueran suficientes para cubrir otros rubros. Ello demuestra no solo su inconsonancia con la necesidad de haber sido desembolsados a precios de mercado para su reconocimiento, sino su desvío de los fines tendientes a la satisfacción del interés público. (...)

<<2.7.3. La valoración de los intereses

Bajo la consideración de que por concepto de CAPEX y OPEX el Tribunal **ha rechazado unos montos, los intereses deben verse, en la misma proporción, afectados por esta causa.** Tal como se advirtió en el laudo, existe suficiente evidencia de que la Concesionaria pagó intereses para propósitos distintos de la satisfacción del interés público.

Los sobrecostos por CAPEX y OPEX no reconocidos por el Tribunal, ascienden a \$869.773.518.506. Con base en dicha suma se procedió a determinar la relación de estas inversiones no admisibles en función del total de las inversiones y dicha relación se aplicó al total del gasto financiero. **De esta forma, el gasto financiero no admisible correspondería a \$162.228.404.906>>**³⁶. (Negrilla fuera del original)

46.- De este modo, a partir del dictamen pericial practicado en el proceso arbitral, se determinó como valor neto a reconocer a la Contratista la suma de dos billones veintiún mil seiscientos noventa y nueve millones trescientos noventa y seis mil trescientos cuarenta y seis pesos (\$2.021.699.396.346).

a.- Al anterior valor, el Tribunal de Arbitramento le descontó un billón ochocientos trece mil doscientos sesenta y cinco millones ochocientos cuarenta y dos mil sesenta y nueve pesos (\$1.813.265.842.069).

b.- En virtud de lo anterior, el Tribunal de Arbitramento reconoció a la Concesionaria un total de doscientos ocho mil cuatrocientos veintitrés millones quinientos cincuenta y cuatro mil doscientos setenta y siete pesos (\$208.423.554.277), suma que, actualizada a la fecha de expedición del laudo, ascendió a doscientos once mil doscientos setenta y tres millones cuatrocientos cinco mil quinientos sesenta y un pesos (\$211.273.405.561).

c.- El tribunal aplicó lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-207 de 2019, en la que indicó que *<<la restitución a que haya lugar no es un simple pago al contratista, sino que la autoridad competente de la declaratoria de nulidad del contrato debe dirigir los recursos para garantizar el pago de las obligaciones con los acreedores de buena fe, incluyendo la protección del ahorro captado al público>>*. En consecuencia, ordenó que los valores reconocidos

³⁶ Laudo arbitral, pág. 688.



fueran girados por la ANI para cubrir las obligaciones pendientes a cargo del contratista de la siguiente manera:

- c.1.- Obligaciones laborales.
- c.2.- Obligaciones fiscales y/o impuestos.
- c.3.- Obligaciones con proveedores de la Concesionaria Ruta del Sol, con excepción de sus vinculados económicos y de Consol.
- c.4.- Obligaciones financieras a cada banco en la proporción que a cada uno corresponda sobre el total de las acreencias.

d.- El laudo estableció que las obligaciones a cargo de la concesionaria ascendían a un total de un billón cuatrocientos ochenta y siete mil setenta millones doscientos noventa y un mil ochocientos cuarenta y dos pesos (\$1.487.070.291.842), las cuales se distribuían de la siguiente manera:

- d.1.- Obligaciones fiscales y/o impuestos: doscientos ochenta y dos millones quinientos cuarenta y cuatro mil seiscientos pesos (\$282.544.600).
- d.2.- Obligaciones laborales por mil cuatrocientos cuarenta y ocho millones setecientos siete mil trescientos ochenta pesos (\$1.448.707.380).
- d.3.- Obligaciones financieras por un billón cuatrocientos setenta y nueve mil ciento treinta millones setecientos sesenta y siete mil trescientos sesenta y cuatro pesos (\$1.479.130.767.364).
- d.4.- Obligaciones con proveedores de la Concesionaria por seis mil doscientos ocho millones seiscientos treinta y nueve mil trescientos veintiocho pesos (\$6.208.639.328).

47.- En virtud de las decisiones del tribunal arbitral, la Concesionaria no obtuvo ninguna suma de dinero a su favor porque el valor reconocido no era suficiente para cubrir las obligaciones que el laudo ordenó imputar y pagar.

i) El recurso de anulación

48.- Contra el laudo arbitral interpusieron recurso de anulación: **(i)** Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., **(ii)** EPISOL S.A.S., **(iii)** Odebrecht (sus dos sociedades, Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A.), **(iv)** los Bancos (Itaú, Banco de Bogotá, Banco Popular, Banco de Occidente, Davivienda, Bancolombia) y **(v)** Fiduciaria Corficolombiana.

49.- En sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado el 10 de septiembre de 2020, radicado interno 65136, esta Corporación negó todos los recursos y decidió no anular el laudo arbitral.

II. CONSIDERACIONES



H.- El objeto del litigio

50.- La acción popular fue instaurada por la Procuraduría General de la Nación el **26 de enero de 2017**, una vez se conocieron las confesiones ante la justicia penal de los actos de corrupción ocurridos en la celebración del contrato de concesión No. 001 de 2010 y sus convenciones modificatorias (otrosíes Nos. 3 y 6), y luego de que en un proceso arbitral que había promovido la Concesionaria contra la ANI, esta última reformara la demanda de reconvención para solicitar la nulidad absoluta del contrato y de sus convenciones modificatorias.

51.- En la acción popular se invocaron los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y al acceso a la prestación eficiente de los servicios públicos; este último se estimó amenazado si no se tomaban las medidas urgentes para la continuación del proyecto. No se hizo ninguna petición relacionada con la vigencia del Contrato ni se solicitó el pago de perjuicios dirigidos a restablecer los derechos colectivos vulnerados. Se pidió la restitución de los dineros pagados como sobornos y la imposición de obligaciones de hacer a la ANI en relación con el contrato.

52.- La Procuraduría participaba como agente del Ministerio Público en el proceso arbitral al cual se hace mención en las afirmaciones de la demanda, en el cual se resolvían controversias entre la Concesionaria y la ANI. En dicho proceso estaba legitimada para formular pretensiones consecuenciales a la anulación del contrato y para pedir las medidas cautelares autorizadas en el CPACA. Luego de presentada la acción popular, el 8 de febrero de 2017 radicó un escrito dentro del proceso arbitral en el cual coadyuvó la petición de anular el Contrato, y pidió que esta determinación se adoptara <<de inmediato>>; esta petición fue denegada por el panel arbitral por carecer de fundamento legal que la sustentara. Y la petición formulada en la quinta pretensión de la demanda de la acción popular dirigida a que se declarara que esta tenía <<prevalencia sobre cualquier decisión arbitral o judicial>> fue rechazada por el tribunal en el fallo de primera instancia, por la misma razón.

53.- En la acción popular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vinculó oficiosamente a los miembros de la sociedad concesionaria, al funcionario público que suscribió el Contrato de concesión como representante de la contratante y a las personas naturales que habían sido involucradas en los procesos penales por haber participado en los delitos de cohecho y soborno para la celebración del Contrato y de sus convenciones modificatorias.

54.- Como medida cautelar de cumplimiento inmediato³⁷ el tribunal decretó la *suspensión provisional* del Contrato y le ordenó al presidente de la República

³⁷ Los recursos de apelación formulados contra esta decisión se concedieron en el efecto devolutivo.



tomar posesión de las obras y designar la entidad que encargaría de las mismas; y la sentencia adoptó las siguientes decisiones:

54.1.- Dispuso la *suspensión definitiva del Contrato* y de sus *adicciones y modificaciones*.

54.2.- La entidad concedente, la sociedad Concesionaria, sus socios y las personas naturales condenadas en los procesos penales fueron declaradas responsables de la violación de los derechos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna. En relación con la sociedad CSS, miembro minoritario de la sociedad Concesionaria, no la declaró responsable de haber incurrido en actos de corrupción, pero sí declaró que había incurrido en violación al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público por haber recibido los beneficios económicos de tales actos.

54.3.- Condenó a los citados demandados (incluyendo a la CSS y excluyendo a la ANI), de manera solidaria, a pagar la suma de ochocientos mil ciento cincuenta y seis millones ciento cuarenta y cuatro mil trescientos sesenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$800.156.144.362,50), monto que comprendía (i) el valor de los sobornos (\$35.100.000.000) y los perjuicios derivados de (ii) haber celebrado el Contrato con la oferta más costosa (\$128.042.793.145,20); (iii) la atención prioritaria de la vía (\$90.000'000.000,00); (iv) la estructuración de un nuevo proyecto (\$5.845'000.000,00); (v) el rezago en el ritmo de inversión (\$87.329 454.951,74); (vi) la demora en la entrega de una vía 3G (\$ 409.500'000.000,00); y (vii) el aplazamiento en la reversión de la obra (44.337'487.265,56).

54.4.- La condena se impuso a favor de la Nación – Ministerio de Transporte, por considerar que esta entidad debía recibirlos por no tener la condición de entidad <<culpable>> de la violación de los derechos colectivos.

54.5.- Inhabilitó a las sociedades y particulares condenados para celebrar contratos con el Estado por el término de diez años.

54.6.- Le ordenó a la ANI incluir en todos sus procesos de contratación las reglas previstas por la Sala de Consulta del Consejo de Estado en el concepto del 10 de agosto de 2015; le impuso a la ANDJE obligaciones de hacer relativas a adelantar acciones judiciales e impartir instrucciones a las entidades estatales para formular llamamientos en garantía en caso de ser demandadas; y le ordenó a la Superintendencia de Industria y Comercio adelantar una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

I.- Las decisiones que se adoptan en esta instancia



55.- La Sala confirmará la declaración relativa a la vulneración de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a la libre competencia económica por parte de la ANI, de Gabriel Ignacio García Morales y de Otto Nicolás Bula Bula, porque estas decisiones no fueron apeladas.

55.1.- Confirmará también la declaración de la vulneración de la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa y al patrimonio público de los demás demandados porque los actos de corrupción probados para la celebración del Contrato y de sus convenciones modificatorias acreditan la vulneración de este derecho colectivo y porque los particulares también pueden ser declarados responsables de los mismos; se excluirá de esta declaración a la sociedad CSS porque no hay ningún medio de prueba del cual pueda inferirse que la citada sociedad estuviera involucrada en tales actos.

55.2.- Confirmará la orden a la ANI de incluir en todos sus procesos de contratación las reglas previstas por la Sala de Consulta del Consejo de Estado en el concepto del 10 de agosto de 2015, y la orden impuesta a la ANDJE, toda vez que estas decisiones no fueron apeladas.

56.- La Sala revocará:

56.1.- La decisión de <<*suspender definitivamente el contrato*>> por haber sido celebrado con causa ilícita y desviación de poder y la condena al pago de los perjuicios derivados de lo anterior. Estas son decisiones que sobrepasan la competencia del juez de la acción popular porque son consecuenciales a su anulación, sin que exista diferencia entre <<*terminar*>> un contrato y <<*suspenderlo definitivamente*>> y está probado que, desde antes de que se iniciara la acción popular, ya se había pedido la anulación del contrato; por tal razón, en el caso concreto era improcedente adoptar tal determinación. Adicionalmente, la reparación del daño colectivo, que es lo que puede disponerse en la acción popular a favor de la entidad encargada de garantizarlo, no puede imponerse sin que medie el incidente previsto en la ley, en el cual debe determinarse su cuantía con base en medios de prueba legalmente practicados. Por lo anterior, y teniendo en cuenta el carácter de cosa juzgada de las decisiones adoptadas en el laudo arbitral, cualquier suma de dinero que resulte a favor de la Concesionaria por la ejecución del Contrato debe destinarse a cubrir los saldos de las obligaciones definidas en el laudo. Por este motivo, en caso de que como consecuencia de las medidas cautelares decretadas en el curso del proceso existan dineros a disposición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que correspondan a saldos respecto de los cuales deban cumplirse las decisiones adoptadas en el laudo arbitral y su aclaración, estos deberán ser entregados a la ANI para que las aplique (pague o compense) cumpliendo estrictamente lo dispuesto en tales decisiones. La compensación procederá en el caso de que la ANI ya haya realizado los pagos ordenados en el laudo.



56.2.- La inhabilidad decretada en contra de las personas y sociedades particulares impuesta oficiosamente en el numeral sexto de las resoluciones del fallo, porque el juez de la acción popular no tiene competencia para tomar esta decisión. La acción popular no es una acción de responsabilidad civil, y su imposición afecta el derecho de defensa de los sancionados.

56.3.- La declaración de violación del derecho a la prestación eficiente de los servicios públicos y a la libre competencia, porque la intervención del juez de la acción popular por actos de corrupción en el Contrato de Concesión que afecta dineros públicos estaba justificada al constatarse la vulneración del derecho a la moralidad administrativa y del patrimonio público; y resultaba improcedente invocar otros derechos colectivos para fundamentar decisiones que desconocen la prohibición de pronunciarse en esta acción sobre la nulidad del Contrato y sus efectos.

56.4.- La orden impartida a la Superintendencia de Industria y Comercio de adelantar una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia porque, aunque tampoco fue objeto de apelación, la investigación de la SIC ya se llevó a cabo, y sobre este punto nos encontramos ante un <<hecho superado>>.

56.5.- Las órdenes relativas a las medidas cautelares establecidas en los numerales noveno, décimo, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero de la sentencia de primera instancia, porque las medidas cautelares serán levantadas. En todo caso, en relación con las sumas que estén a disposición del tribunal y correspondan a la ejecución del contrato, se procederá en la forma antes indicada.

J.- La justificación general de las anteriores decisiones

57.- La Sala advierte, como premisa general, que el objeto de la acción popular es constatar y declarar la existencia de amenazas o vulneraciones al derecho colectivo y adoptar las decisiones dirigidas a que cese su vulneración. También resalta que, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia, en los eventos en los que se incurra en actuaciones ilegales, si ellas tienen especial gravedad y trascendencia y afectan la moralidad y el patrimonio público, está plenamente justificada la intervención del juez de la acción popular para declarar la vulneración de estos derechos y adoptar las medidas dirigidas a garantizarlos. Y, toda vez que los derechos colectivos a la *moralidad administrativa* y la *defensa del patrimonio público* también pueden resultar vulnerados cuando se incurre en



actos de corrupción en la contratación estatal³⁸, es legítimo acudir a la acción popular para solicitar la adopción de medidas dirigidas a evitar su vulneración.

58.- Sin embargo, tal y como lo indicó la jurisprudencia y luego lo dispuso el legislador, el juez de la acción popular no tiene competencia para anular el contrato, lo que implica que no tiene competencia para determinar la existencia de las causales que conducen a esta sanción legal ni para adoptar las medidas consecuenciales a la misma. Lo anterior no permitía que el tribunal de primera instancia adoptara las decisiones que eran del resorte del juez del Contrato (que en este caso era un Tribunal de Arbitramento), ante quien se había formulado la pretensión de declarar su nulidad y adoptar las decisiones consecuenciales a tal determinación.

59.- El carácter principal y autónomo de la acción popular implica determinar cuáles son las decisiones que, desde la defensa de los derechos colectivos, pueden tomarse de manera autónoma dentro de esta acción constitucional, las cuales no pueden corresponder a la determinación y a las consecuencias de decretar su anulación. Al tribunal no le correspondía tomar disposiciones temporales o definitivas propias de la anulación del contrato, que eran de la competencia del Tribunal de Arbitramento y debían adoptarse dentro de la acción contractual que se estaba adelantando paralelamente. No le correspondía suspender provisionalmente el Contrato <<hasta tanto se dicte sentencia de acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento la petición de nulidad del contrato>> o <<suspenderlo definitivamente>>, porque cuando se profirió sentencia de primera instancia no se había proferido el laudo arbitral. Adoptar en la acción popular disposiciones que quedaban condicionadas a la decisión del Tribunal de Arbitramento (que era el juez del contrato) reconoce que quien tiene competencia para adoptarlas es dicho juez y desconoce el carácter autónomo y principal de la acción popular.

60.- El desconocimiento de estos límites legales generó que el juez de la acción popular expusiera en la sentencia consideraciones y adoptara decisiones relativas al contrato, sobre las cuales también se pronunció el Tribunal de Arbitramento, en relación (i) con las circunstancias que determinaban anular el contrato, (ii) con la terminación del mismo y el alcance que debía dársele al

³⁸ En la versión original de la ley 472 de 1998, el artículo 40 disponía: <<en las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso. Y el artículo 60 de la Ley 2195 de 2022, que adicionó la ley 472 e introdujo el artículo 34^a, dispuso: <<En los casos en que la amenaza o vulneración al derecho colectivo hayan sido producto de un acto de corrupción que causare un daño al patrimonio público, el juez en la sentencia deberá imponer, adicional al daño probado en el proceso, una multa al responsable de hasta mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la cual atenderá a la gravedad de la conducta, el grado de participación del demandado y su capacidad económica. El pago de la multa impuesta deberá dirigirse al Fondo de Reparación de las Víctimas de Actos de Corrupción>>.



acuerdo suscrito por las partes para realizarla y (iii) con las consecuencias derivadas de determinar que los dineros del contrato fueron utilizados para fines distintos a la ejecución de la obra y, particularmente, para pagar los actos de corrupción evidenciados en su celebración y en sus modificaciones. Ninguna de las consideraciones relativas a la adjudicación del contrato a la propuesta de menor valor hechas en la sentencia apelada, que no tienen en cuenta cómo se adjudicaba el contrato, fue hecha en el laudo, donde tampoco se indicó que las demás propuestas fueran indebidamente rechazadas o que el pliego fuera elaborado para favorecer a Odebrecht, como afirmó el juez de la acción popular, sin indicar las pruebas de donde deducía tales conclusiones. Mientras el Tribunal de Arbitramento, al definir los efectos de la nulidad absoluta del Contrato descontó de los reconocimientos debidos al contratista 1,8 billones de pesos por no estar sustentados como gastos del Contrato y por corresponder a sobrecostos no justificados en la obra, el tribunal, como juez de la acción popular, ordenó el pago de 715 mil millones de pesos como perjuicios por los sobornos confesados en los procesos penales, la indebida adjudicación y la terminación anticipada del contrato.

61.- Los pronunciamientos paralelos y divergentes del juez de la acción popular y del juez del Contrato que se evidencian en el recuento de los antecedentes se habrían evitado, si el primero: (i) hubiese aplicado las normas procesales que regulan la acción popular y que están dirigidas también a impedir que en esta acción se invada la competencia de la Administración y del juez ordinario; (ii) si hubiese respetado la prohibición de pronunciarse sobre la nulidad del Contrato, que implica no referirse ni a las causales que la generan ni a sus efectos, incluyendo las restituciones a las que tiene derecho el contratista y los perjuicios derivados de la anulación.

62.- El contrato de concesión materia de la acción popular no era un contrato de obra pública adjudicado a quien ofrece ejecutarlo por el menor precio, que se va pagando por precios unitarios y que puede terminarse tomando <<posesión inmediata de las obras>> como lo ordenó el Tribunal en las medidas cautelares. Era un contrato dirigido a la ejecución de un proyecto estratégico muy importante para el desarrollo del país, adjudicado y celebrado bajo las normas de las concesiones de tercera generación, en el cual la Concesionaria contrajo la obligación de realizar <<por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción y rehabilitación del Proyecto Vial Ruta del Sol>>, lo que la obligaba a hacerse cargo de <<los diseños definitivos, la adquisición de predios, la obtención de licencias ambientales, y la financiación>>. Era un contrato en el cual su financiación, los aportes del Estado y de la Concesionaria, los hitos previstos para los traslados de estos en el patrimonio fiduciario, y los cálculos de las contraprestaciones y derechos, tenían las complejidades de las que da cuenta el laudo arbitral.



63.- Así se hubiese evidenciado la ocurrencia de gravísimos actos de corrupción en la celebración y modificación del Contrato, la intervención del juez de la acción popular debía tener en cuenta las disposiciones legales vigentes. Según ellas, incluso en los casos en los que el contrato esté afectado de causa u objeto ilícito, el contratista tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones ejecutadas hasta cuando se declare judicialmente su nulidad, siempre que se establezca que las mismas han beneficiado a la entidad contratante. En este caso en particular, las consecuencias de la anulación en relación con las restituciones y descuentos al Contratista y en relación con la sanción por haber incurrido en actos de corrupción corresponden a las previstas en la Ley 1882 de 2018 que era una disposición aplicable al contrato y estaba vigente para el momento en el que se profirió la sentencia de primera instancia por el tribunal. Esta norma, que fue aplicada por el Tribunal de Arbitramento, no fue considerada por el juez de la acción popular en la sentencia apelada.

64.- La normativa particular que regula la nulidad de los contratos estatales tiene en cuenta el interés general involucrado en la ejecución de su objeto, particularmente cuando el mismo consiste en la construcción y el mantenimiento de obras públicas. Por tal razón la doctrina ha señalado que estos contratos no se celebran en interés exclusivo de las partes, sino en interés de muchos <<terceros>>. <<Detrás del contrato administrativo se puede percibir la masa del público en favor de quien se hizo el contrato y que podrá pretender derechos del mismo>> (G.Péquignot).

65.- Aunque la regla general es que se considere *inmoral* que se siga ejecutando un contrato celebrado y modificado con actos de corrupción porque el contratista no puede seguir aprovechándose de los dineros públicos involucrados en el mismo (lo cual no es exacto, pues en un contrato de concesión la financiación de las obras también está a cargo del concesionario), la respuesta del juez de la acción popular no puede ser la de proferir decisiones precipitadas y de impacto en la colectividad para que en esta se genere la sensación de que se está protegiendo la moralidad y el patrimonio público³⁹. Y tampoco puede consistir en ordenar condenas pecuniarias y sanciones o inhabilidades <<ejemplarizantes>>, sin competencia, sin fundamento legal, sin respetar el debido proceso y sin pruebas que las fundamenten. Adicionalmente, decisiones generales, imprecisas, adoptadas sin conocimiento de causa, como la relativa a la toma de posesión de las obras de ordenar la toma de posesión de un contrato y conminar al presidente de la República para que cambie la entidad responsable de su administración y de la ejecución de proyecto, pueden resultar de imposible control

³⁹ La doctrina anota que <<desde el punto de vista cognitivo, el proceso es una secuencia procedimental inflexible, que tiende a proporcionar deliberaciones sistemáticas, bajo alto control consciente, con alto esfuerzo, con baja velocidad, con un bajo grado de automaticidad, con poca influencia emocional y, por lo tanto, con un alto grado de fiabilidad. Así, el proceso es una *construcción* que contribuye a la primacía de la civilidad sobre la arbitrariedad, la cultura sobre la naturaleza, la deliberación sobre la intuición, la reflexión sobre el impulso, lo medido sobre lo abrupto>>. (Eduardo Da Costa, La garantía de los procesos jurisdiccionales, administrativos y legislativos).



y cumplimiento como efectivamente ocurrió en este caso. Aquí, tal y como lo resaltó la propia Agencia de Defensa del Estado, la ANI adelantó directamente las acciones para terminar de común acuerdo el contrato y evitar la afectación del servicio.

K.- Plan de exposición

66.- En la **primera parte** se hará referencia a las disposiciones procesales aplicables a la acción popular que fueron desconocidas en la sentencia de primera instancia, relativas a: **(i)** la presentación de petición previa como requisito de procedibilidad, cuyo cumplimiento habría permitido precisar qué se estaba haciendo en relación con el Contrato y qué era necesario hacer para garantizar los derechos colectivos vulnerados; **(ii)** el decreto de medidas cautelares, que permite evidenciar que la acción popular no podía servir para adoptar temporalmente medidas que debían ser decretadas por el Tribunal de Arbitramento en su condición de juez del Contrato; **(iii)** la condena en perjuicios por la vulneración de derechos colectivos, para evidenciar que estos deben estar dirigidos a la entidad encargada de protegerlos, que deben ser decretados *in genere* y que son distintos de los derivados de la anulación del contrato que deben ser reclamados por entidad que fue parte en el contrato; y **(iv)** la competencia limitada del juez de la acción popular para imponer en el fallo órdenes de no hacer, que no incluye el decreto de inhabilidades.

67.- En la **segunda parte** se hará referencia:

67.1.- Primero, a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público vulnerados con los actos de corrupción evidenciados en la celebración del Contrato y sus modificaciones. En este apartado se precisará que su invocación no permite desconocer el ejercicio de los derechos de la entidad pública ni hacer declaraciones propias del juez del contrato en relación con las causales de nulidad del mismo; además, al no estar demostrada su vulneración por parte de la CSS, no existía fundamento para declarar que dicha sociedad vulneró estos derechos colectivos. También es improcedente referirse a la libre competencia y a la prestación eficiente de servicios públicos para justificar consideraciones sobre la nulidad del contrato y los perjuicios derivados de dicha decisión.

67.2.- Segundo, a la naturaleza preventiva de la acción popular y a la prohibición legal de pronunciarse sobre el contrato, su anulación y los efectos de esta. En este apartado se explicará que esta prohibición no puede desconocerse adoptando decisiones con el mismo alcance que tendrían las declaraciones del juez del Contrato, como la de suspender definitivamente los efectos del mismo.



67.3.- Por último, se hará referencia a la moralidad administrativa que fundamenta la regulación del régimen legal de la nulidad del contrato estatal, para precisar que ella tiene en cuenta que el interés general también se afecta cuando no se logra la ejecución de la obra objeto del contrato.

PRIMERA PARTE: Las disposiciones procesales de la acción popular y su desconocimiento en la sentencia de primera instancia

L.- La petición previa como requisito de procedibilidad (Art. 144 del CPACA)

68.- El artículo 144 del CPACA dispone que <<antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas **que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado**. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda>>.

69.- La Procuraduría no cumplió este requisito de procedibilidad y el tribunal no lo exigió bajo la consideración de que en este caso aplicaba la excepción del <<perjuicio irremediable>>, sin exponer ningún argumento dirigido a explicar tal determinación. La jurisprudencia ha definido este perjuicio como aquel que no puede repararse en natura o volviendo las cosas al estado anterior, lo que ocurre en la acción popular cuando –por ejemplo– se está produciendo un atentado contra el medio ambiente que no será posible restablecer si no se suspende la acción vulnerante. Sin embargo, el tribunal de primera instancia no hizo referencia a alguna situación como esta; lo que el tribunal señaló fue que en este caso ya estaban probados los actos de corrupción en la celebración del contrato y en sus convenciones modificatorias, que Gabriel García Morales ya había sido capturado y que no tenía sentido pedirle a quienes estaban involucrados en tales acciones adoptar medidas para suspenderlas. Se lee en el fallo:

<<En efecto, con los elementos de juicio de los que se disponía en las fechas referidas (9 de febrero de 2017 y 17 de febrero de 2017), posteriormente ratificados con el desarrollo de la actividad probatoria en este caso, **resultaba inconsecuente que se solicitara a quienes ya tenían para entonces la calidad de confesos autores de la conducta de cohecho, y otras con características similares, que adoptaran medidas para la “protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado”**. Si bien esta aseveración no podía predicarse de todos los accionados, la sola circunstancia de que respecto de algunos de ellos pudiera sostenerse, así como la inminencia de adoptar medidas para enfrentar la situación, respaldaban la decisión de eximir al actor popular del agotamiento del referido requisito de procedibilidad>>.



70.- La petición previa exigida por la ley no debe formularse al particular o al servidor público que incurrió en la conducta vulnerante, sino a la entidad competente para realizar acciones dirigidas a conjurar o impedir la violación del derecho colectivo referido en la demanda. Y, atendiendo las peticiones de la Procuraduría, esta petición debía dirigirse a la ANI. Es equivocado extenderle a una entidad pública como la ANI la calificación de responsable de los actos de corrupción por las conductas en las que incurrieron algunos de sus funcionarios que estuvieron involucrados en actos de corrupción y, a partir de esa sola consideración, descalificarla para desarrollar sus competencias institucionales en relación con el contrato en cual se presentaron estos actos. Lo anterior implica afectar la competencia de una entidad que institucionalmente representa el interés general, con base en las actuaciones o actos de quienes fueron sus funcionarios o representantes.

70.1.- La petición previa precisamente servía para determinar si el representante legal de la ANI y los funcionarios encargados de hacerlo en esa entidad, estaban obrando diligentemente y estaban garantizando los derechos colectivos vulnerados y amenazados invocados en la demanda. Y la *inminencia* de las medidas que deben adoptarse no es el presupuesto que se exige en la ley para excepcionar la petición previa; el presupuesto es el inminente peligro de que ocurra un perjuicio irremediable.

70.2.- El tribunal admitió la demanda sin considerar que, tal como lo ha dicho la jurisprudencia, la exigencia de este presupuesto <<evita que la jurisdicción se congestione y desgaste innecesariamente>>⁴⁰. Y su cumplimiento aquí era esencial para cumplir tal finalidad por las siguientes razones:

a.- La Procuraduría dirigió la acción contra la ANI y solicitó que a dicha entidad se le impusiera la obligación de adoptar medidas relativas a la toma de posesión del Contrato o la cesión del mismo, y la celebración de nuevos contratos para garantizar el proyecto y la efectividad de las garantías; y advirtió que estaba en trámite un proceso arbitral en el que la ANI había solicitado la nulidad del Contrato. En la pretensión segunda de la demanda, la Procuraduría solicitó que se le ordenara a la ANI, <<adoptar (...) uno o varios de los siguientes correctivos: (i) la toma de posesión de obras, muebles, inmuebles, infraestructura afectos al proyecto; (ii) la celebración de nuevos contratos de obra pública, administración delegada, concesión, administración fiduciaria, contratos llave en mano y otra tipología de contratos que le son propios al sector de infraestructura vial denominada Ruta del Sol; (iii) hacer efectivas las garantías, mecanismos de cobertura de riesgos e imposición de mecanismos excepcionales en lo que fuera pertinente; (iv) otras medidas adicionales, complementarias o diferentes a las

⁴⁰ Sección Primera, 20 de noviembre de 2014, radicado 88001-23-33-000-2013-00025-02(AP)



expuestas que la ANI deberá justificar y desarrollar con observancia plena del marco constitucional, legal y reglamentario vigente>>.

b.- De cara a esas peticiones era indispensable obtener un pronunciamiento previo de la ANI, en el cual dicha entidad explicara, entre otras cosas: (i) si había adoptado las medidas contractuales solicitadas y, en caso negativo, por qué razón no lo había hecho (ii) cuáles eran las peticiones formuladas en el Tribunal de Arbitramento en relación con la nulidad del Contrato; (iii) si podía solicitar medidas cautelares en el proceso arbitral, en el cual –por lo demás– la Procuraduría podía hacer lo propio.

M.- Las medidas cautelares decretadas por el tribunal en la acción popular en relación con el Contrato

71.- Para adoptar medidas cautelares, el juez de la acción popular debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 17 y 25 de la Ley 472 de 1998 y las disposiciones que regulan su práctica en el CPACA; el párrafo del artículo 229 de este código dispone que <<las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo **se regirán por lo dispuesto en este capítulo** y podrán ser decretadas de oficio>>.

72.- En aplicación de las normas anteriores, el juez de la acción popular debe considerar que las medidas cautelares autosatisfactivas o anticipatorias que adopte (i) deben referirse a decisiones que pueda adoptar en la sentencia, dado el carácter *instrumental* de las mismas y (ii) su decreto debe estar precedido de una motivación suficiente que incluya una ponderación dirigida a determinar si ellas protegen adecuadamente el interés general.

73.- El carácter instrumental de las medidas cautelares se infiere de lo dispuesto en el artículo 230 del CPACA, conforme con el cual <<Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y *deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda*>>. De acuerdo con esta norma, si bien es cierto que el juez puede adoptar medidas dirigidas no solo a asegurar el efecto de la sentencia (embargo de bienes o inscripción de la demanda), sino a garantizar el derecho del demandante, también lo es que debe considerar que se refieran a decisiones que el mismo juez pueda tomar en el fallo.

74.- En la medida cautelar autosatisfactiva el juez toma una decisión *provisional* sobre la cual debe pronunciarse de manera *definitiva* en el fallo. Debe adoptarse teniendo en cuenta esta circunstancia, por lo que resulta esencial que el juez tenga competencia para hacerlo y, adicionalmente debe considerar que la medida sea *reversible*, puesto que, si la decisión final es distinta, debe ser posible



volver al estado anterior al decreto de la medida: ello implica examinar los efectos fácticos que la medida genera⁴¹.

75.- Si el tribunal conocía que ya estaba en trámite un proceso ante el juez del Contrato, en donde se había solicitado decretar su anulación, debía advertir que era dicho juez el competente para adoptar las medidas cautelares dirigidas a garantizar la efectividad de las decisiones que debían adoptarse en dicho proceso.

76.- En el trámite de la acción popular el tribunal ordenó suspender provisionalmente los efectos del Contrato y sus modificaciones <<hasta tanto se dicte sentencia de acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento la petición de nulidad del contrato>>. Suspender provisionalmente <<los efectos del Contrato>> implicaba impedir que continuara ejecutándose esa medida; solo podía adoptarse en forma definitiva cuando se decretara su anulación por el Tribunal de Arbitramento en su condición de juez del Contrato; una orden de esta naturaleza, por lo demás, es contradictoria con todas las disposiciones adicionales dirigidas a que se garantizara la continuación del proyecto, pues nada de eso podría cumplirse si el contrato estaba suspendido simplemente de <<manera provisional>>.

77.- En relación con la motivación de la medida se advierte, de una parte, que la Procuraduría pidió que se ordenara la toma de posesión del Contrato por la ANI, o por la <<autoridad que determine el gobierno nacional>> y el tribunal le ordenó al presidente de la República que designara una autoridad para administrar el proyecto objeto del Contrato, y dispuso que esa autoridad tendría la obligación de tomar posesión inmediata de las obras y autorizar la destinación de aportes de la ANI y de los recaudos de los peajes para tal fin.

78.- Esta determinación, que implica tomar decisiones administrativas y presupuestales que son del resorte de la Administración, no fue motivada por el tribunal: no explicó cuál era la razón que justificaba quitarle la competencia del manejo del Contrato y del proyecto a la ANI, a su representante legal y a los funcionarios de la misma, ni realizó un juicio de ponderación que permitiera establecer por qué razón estas eran las medidas que mejor garantizaban el

⁴¹ La doctrina señala en este punto que, << mientras las tutelas cautelares son, por su propia naturaleza, meramente aseguratorias, las providencias anticipatorias constituyen medidas *satisfactivas provisorias*. Así, mientras en la tutela cautelar el interesado no ha realizado su interés, pero, simplemente, tiene asegurada su futura satisfacción, en la anticipación de la tutela el interesado obtiene, por anticipación, la satisfacción provisorio de aquello que buscaba en juicio. Por este motivo, se dice que las medidas cautelares *protegen la futura realización del derecho*, mientras que las medidas anticipatorias *realizan inmediatamente* el interés del requirente, aunque de modo inestable y, normalmente, reversible (CRUZ ARENHART, Sergio, "La caracterización de la anticipación de la tutela" en *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, Primera edición,, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 106) <<Lo determinante en este evento es que la satisfacción que se otorga es provisional, no definitiva, y que ella no vincula al juez al momento de tomar la decisión definitiva del litigio>> (MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el proceso civil", Primera edición, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 253-254.)



interés general. Las medidas fueron adicionalmente generales e imprecisas, lo que impedía verificar en serio su cumplimiento.

79.- La motivación es todavía más importante en las acciones colectivas, en la medida en que allí están en juego los intereses generales, y su adopción solo debe hacerse luego de tener en cuenta a todos los afectados y de considerar los efectos que ella puede producir, punto sobre el cual la doctrina explica:

<<Por fin, especialmente en el campo de la tutela colectiva, no se puede descuidar, aunque el texto legal no lo exprese, el llamado *periculum in mora* inverso. O sea, paralelamente a evaluar el riesgo de ineficiencia del proveimiento final *para la protección del interés sustentado por el autor*, debe también el magistrado valorar el riesgo *resultante de la concesión de la anticipación de la tutela* para el interés del recurrido. O sea, es necesario analizar –aún fuera de los casos de irreversibilidad- **si es legítimo imponer un perjuicio al interés del requerido para salvaguardar el interés colocado por el requirente**. Más aún, todavía en el campo de la tutela colectiva, es necesario lo que aquí se llamará *periculum in mora* general, **o sea, el riesgo de que la concesión o no concesión de la anticipación de la tutela pueda ocasionar a otros intereses, distintos de las partes del proceso, pero que serán directamente afectados por la decisión de la causa colectiva**>>⁴².

“Todos esos efectos reflejos también deben ser considerados por el magistrado, ya que **la tutela de intereses colectivos, en su mayoría, importa en él formulación y reformulación de políticas públicas, que generan consecuencias para una infinidad de situaciones**”⁴³.

“En el caso de los procesos colectivos entiendo que los jueces deben ser muy cautos al otorgar las medidas cautelares y las anticipadas. En ellos suele presentarse una tensión trascendente entre los bienes en conflicto y una de esas características es la complejidad de la discusión y la tensión entre los valores en juego. La sumariedad del conocimiento constituye uno de los presupuestos de ambas formas de protección anticipada a la sentencia de mérito y puede resultar incompatible con una solución justa del conflicto”⁴⁴.

“La decisión que analiza el pedido de anticipación de tutela debe indicar, con exactitud, la existencia o la inexistencia de los requisitos para la aceptación o no del pleito, así como valorar las circunstancias extravagantes que serán generadas en razón de esa decisión.

“Es que el juez, al fundamentar su decisión, no deberá ocuparse apenas de convencer las partes procesales (es decir, los legitimados del art. 3º de la Propuesta) y las instancias judiciales superiores acerca del acierto de su juzgado. Es que, en mayor o menor grado, toda la colectividad será o podrá ser alcanzada por la decisión que concede o no la anticipación de los efectos de la tutela, y por la decisión que la anule o modifique. Por tal razón, el deber de fundamentar las decisiones judiciales, en el caso de las acciones

⁴² Tomado de CRUZ ARENHART, Sergio, “Los requisitos específicos de la anticipación propia” en *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, Primera edición, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 113.

⁴³ Tomado de CRUZ ARENHART, Sergio, “Los requisitos específicos de la anticipación propia” en *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, Primera edición, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 113 – 114.

⁴⁴ Comentario de OTEIZA, Eduardo, “La tutela anticipada en el marco de la tutela efectiva” en *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, Primera edición, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 126.



colectivas, **adquiere aún mayor relevancia, pues el juez deberá justificar, ante toda la sociedad, porque acoge o rechaza el pedido de tutela de un derecho colectivo**⁴⁵.

80.- Ahora bien, al hacer el recuento de lo ocurrido en el proceso arbitral, se advirtió que fueron las propias partes (la ANI y la Concesionaria) las que suscribieron un acuerdo de terminación en el cual pactaron un período de transición atendiendo las complejidades del Contrato, durante el cual la Concesionaria seguía recibiendo el producto de los peajes para garantizar los gastos de sostenimiento de la vía; y ese acuerdo fue considerado por el Tribunal de Arbitramento en su decisión, con lo cual –en la práctica– la medida adoptada por el juez de la acción popular no tuvo efecto. En ese recuento también se advirtió que quienes participaban en el proceso arbitral no solicitaron una medida similar en dicho proceso. Lo que hizo la Procuraduría fue pedir en dos ocasiones que se declarara la nulidad <<inmediata>> del Contrato y esa medida fue negada por el Tribunal de Arbitramento.

N.- Las limitaciones procesales para condenar a una indemnización de perjuicios en la acción popular

81.- En la sentencia de primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó a los demandados (i) al pago de las sumas determinadas como sobornos, (ii) al pago de los perjuicios derivados de no haber adjudicado el contrato a la propuesta de <<menor valor>> y (iii) al pago de los perjuicios derivados de la no ejecución del proyecto en la forma prevista.

82.- El tribunal se limitó a determinar, en el mismo fallo, la condena por los anteriores perjuicios a favor del Ministerio de Transporte, (i) sin considerar que había sido citado al proceso como responsable de la vulneración de los derechos colectivos; (ii) sin analizar la naturaleza de los perjuicios que estaba decretando ni tener en cuenta las normas legales aplicables al contrato como consecuencia de su anulación; y (iii) sin disponer el trámite del incidente previsto en la ley.

a) La condena a favor del Ministerio de Transporte

83.- Una vez admitida la demanda, el tribunal ordenó vinculaciones al proceso bajo dos categorías diferentes: **(i)** como <<entidades públicas>> responsables de la protección de los derechos vulnerados, en los términos del inciso final del artículo 21 de la Ley 472 de 1998 y **(ii)** como otros <<posibles responsables>> del artículo 18 de la Ley 472 de 1998. Y, en relación con el Ministerio de Transporte, le cambió en la sentencia la calidad en la que fue citado: pasó ser vinculado en el auto admisorio como otro *posible responsable de la vulneración*

⁴⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier “Sobre la anticipación de los efectos de la tutela en la propuesta de código modelo de procesos colectivos para Ibero América.”. En la obra “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos hacia un código modelo para Ibero América” Ed. Porrúa, página 187.



de derechos colectivos alegada, a ser la entidad estatal responsable de la protección del derecho colectivo.

84.- En el trámite de la acción popular las partes no tienen títulos intercambiables como si la *condición* en la que son vinculadas al proceso fuera un asunto menor. Tratándose de una acción constitucional dirigida a *garantizar un derecho colectivo*, la noción de parte tiene características particulares, puesto que no estamos en un proceso en el cual un *demandante* persiga la imposición de una *pretensión* frente a un *demandado* para satisfacer un interés particular del primero. El *actor popular* promueve la acción con el objeto de obtener la *garantía de un derecho colectivo*; no realiza una petición para sí mismo ni reclama indemnización de perjuicios por la violación de un derecho a un *grupo determinado o indeterminado* de personas. El actor popular dirige la demanda contra el *vulnerador* del derecho colectivo, que es la persona que lo está amenazando o violando y frente a la cual solicita del juez la imposición de medidas dirigidas a garantizarlo y que por tal razón se denomina <<demandado>>; y la admisión de la demanda, de otra parte, debe comunicársele a la entidad encargada de protegerlo.

85.- El artículo 14 de la Ley 472 de 1998 dispone que <<La acción popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo>>. Y agrega que <<en caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos>>. El artículo 18 de la misma ley dispone que <<la demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado>>. Y el artículo 21 dispone que el auto admisorio <<se le comunicará a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado>>.

86.- La determinación de la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado a la cual hace referencia el artículo 21 de la Ley 472 de 1998 es esencial, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la misma ley, el pago del perjuicio cuando <<se haya causado un daño a un derecho o interés colectivo>> debe decretarse a favor de esa entidad, punto en el cual, la misma norma dispone tal condena procede <<en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo>>. Dicha entidad puede comparecer al proceso y pronunciarse sobre la forma como deben restablecerse los derechos colectivos, incluyendo la posibilidad de solicitar el pago de una indemnización con tal objeto.

87.- En este caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (i) vinculó al Ministerio de Transporte como entidad demandada con fundamento en lo



dispuesto en el artículo 18 de la ley y (ii) citó a una serie de entidades con fundamento en el artículo 21 de la mencionada ley⁴⁶. En la sentencia, negó la excepción de falta de legitimación propuesta por el Ministerio de Transporte, que había indicado que no era responsable de los actos de corrupción y no era parte en el Contrato, y en esa providencia le dio a dicho ministerio el tratamiento de <<entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado>>; y lo hizo para disponer que el pago de perjuicios derivados de la terminación del Contrato y de la imposibilidad de adelantar el proyecto en la forma prevista se hiciera a su favor del citado ministerio, por considerar que esa entidad no era culpable de los actos de corrupción que afectaron la celebración del contrato. En la sentencia se señala:

<<La suma referida se adeuda por las personas jurídicas y naturales condenadas en la presente causa a la Nación-Ministerio de Transporte, entidad pública no culpable encargada de la salvaguarda de los derechos colectivos, quien tiene la calidad de acreedor de aquellas>>.

88.- No existe ninguna explicación que permita deducir que el Ministerio de Transporte tenga como función garantizar los derechos colectivos a la moralidad y al patrimonio público cuando estos resulten amenazados o vulnerados por actos de corrupción en un contrato estatal; y, al no estar establecida esta función, no puede indagarse acerca de su condición de entidad <<no culpable>>.

b) La naturaleza de los perjuicios

89.- La acción popular no tiene una finalidad indemnizatoria; no es la acción procedente para reclamar los perjuicios, entendidos estos como el detrimento patrimonial causado como consecuencia de la acción de quien ha vulnerado un derecho. La jurisprudencia, de manera precisa, ha indicado que <<una vez se produce el daño y se generan los perjuicios, lo que procede es adelantar la acción correspondiente para que se declare la responsabilidad y se disponga el pago de perjuicios>>⁴⁷. Lo que puede perseguirse en la acción popular es el pago de una indemnización dirigida a restablecer el derecho colectivo vulnerado, cuando tal restablecimiento sea posible.

Sobre este punto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

<<De conformidad con el artículo 2.º de la Ley 472, la acción popular tiene un carácter preventivo frente al daño contingente, la amenaza o peligro de

⁴⁶ En esa condición fueron citadas la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Presidencia de la República, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Superintendencia de Puertos y Transportes, el Instituto Nacional de Vías, la Fiscalía General de la Nación y la Cámara de Comercio de Bogotá.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 21 de mayo de 2021, radicado 11001-03-15-000-2021-00319-00.



desconocimiento de un derecho o interés colectivo y, además, es restitutoria, en tanto el juez debe impartir órdenes para volver las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

<<Las indemnizaciones proceden únicamente cuando se ha generado un daño al derecho o interés colectivo y a favor de la entidad pública no culpable, toda vez que este mecanismo constitucional no busca la protección de derechos subjetivos o de carácter particular, sino colectivos>>⁴⁸.

90.- Cuando una acción vulnerante es la contaminación de un río, los perjuicios que esta causa a quienes se sirven del mismo y que está representada, por ejemplo, en la disminución de pesca, deben reclamarse mediante una acción de reparación individual o colectiva. En este caso, lo que puede perseguirse en la acción popular es que se impongan obligaciones de hacer o no hacer para que cese la vulneración o la amenaza al derecho colectivo, y la indemnización que puede reclamarse no está dirigida a reparar los perjuicios materiales e inmateriales que sufren las víctimas del daño, sino los dirigidos a reparar o restablecer el derecho colectivo; en el ejemplo anterior, ellos estarían orientados a recuperar la afectación del medio ambiente. Por eso el destinatario de esta indemnización no es la persona ni la entidad que ha sufrido el daño: es la entidad encargada de proteger el derecho colectivo afectado.

91.- En virtud de lo anterior, y contrario a lo establecido por la sentencia de primera instancia, la normativa que rige actualmente la acción popular (de rango constitucional y con desarrollo legal expreso) no prevé dicha acción como un sistema de responsabilidad civil: la decisión que declara que una persona natural o jurídica vulneró derechos colectivos no constituye, entonces, una condena de responsabilidad civil, y resulta artificioso acudir a la regulación que de la acción popular existió en el Código Civil colombiano para deducir la conclusión contraria.

92.- El juez de la acción popular, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 antes citado, tiene competencia solo para pronunciarse sobre los perjuicios derivados del daño al interés colectivo vulnerado, los que no se decretan a favor de la entidad contratante, sino a favor de la entidad encargada de garantizar tal derecho.

93.- Los perjuicios derivados del daño al interés colectivo no son los particulares que sufre la parte en el contrato como consecuencia de la no ejecución de la obra en los términos pactados, como lo consideró el tribunal. Son los que sufre la comunidad en general por el daño al derecho colectivo y deben ser determinados y acreditados por la entidad encargada de su protección; y es por esta razón que la ley prevé el trámite de un incidente posterior a la sentencia de condena. La exigencia de que la entidad a favor de quien se decretan estos perjuicios sea una

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 30 de mayo de 2019, Exp. 2011-00131-01(AP). M.P. Hernando Sánchez Sánchez.



entidad *no culpable*, se explica porque si esa <<entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado>> no cumplió –sin justificación alguna– con dicho deber, la ley estima improcedente que se le pague una indemnización para que lo haga.

94.- Los perjuicios cuya indemnización se ordenó en la sentencia de primera instancia no corresponden a daños a un interés colectivo: corresponden a perjuicios derivados de la nulidad del Contrato, la cual –por disposición legal– y tratándose de un contrato de tracto sucesivo, tiene como consecuencia su terminación anticipada.

94.1.- En lo relativo al pago de los sobornos, en el laudo arbitral, luego de determinar las sumas que debían restituirse a la Concesionaria, se descontaron todos los valores que no correspondían a inversiones en el contrato y que podían estar vinculados a los actos de corrupción.

94.2.- En relación con la adjudicación a la propuesta de <<menor valor>>, se trata de un perjuicio consecuencial a la anulación del Contrato y en este caso: (i) el juez de la acción popular, sin sustentar su decisión, afirmó que el pliego de condiciones se hizo para favorecer a la Concesionaria contratante, y concluyó que el Contrato se había adjudicado a la propuesta de mayor valor, sin tener en cuenta –conforme con el pliego– cómo debía en realidad adjudicarse el contrato en el aspecto relativo al valor de las ofertas⁴⁹; (ii) por el contrario, el juez del Contrato no fundó su anulación en la indebida adjudicación ni consideró que se hubiera estructurado un pliego para favorecer la Concesionaria o que se hubiesen rechazado indebidamente las propuestas de los demás participantes en la licitación.

94.3.- Los perjuicios derivados de la no ejecución de la obra objeto del Contrato en los términos en ella previstos tampoco corresponden a la indemnización que debe disponerse en la acción popular para restablecer los derechos colectivos vulnerados: se trata de perjuicios derivados de la nulidad del Contrato, sobre los cuales debe pronunciarse el juez competente. A ellos se hace referencia en el laudo arbitral y sobre los mismos cursa una acción de reparación directa iniciada por la ANI.

c) El desconocimiento del artículo 34 de la ley 472 de 1998 sobre condena *in genere*

95.- En la sentencia de primera instancia se lee sobre este particular:

⁴⁹ De acuerdo con el pliego de condiciones la evaluación económica de las propuestas admisibles se hacía por series, descartando las ofertas que estuvieran por fuera de los límites superior e inferior del precio de referencia y dicho precio se establecía con base en el promedio aritmético de las ofertas.



<<Finalmente, la Sala advierte que si bien el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 dice que la condena al pago de los perjuicios se hará *in genere* y se liquidará mediante el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C; la Sala, siguiendo la práctica judicial establecida por el Consejo de Estado en la materia (Ver sentencia de 31 de mayo de 2002 dentro del expediente AP-300) y en aplicación de los principios de economía, celeridad y eficacia (artículo 5, Ley 472 de 1998) establecerá en esta misma sentencia el monto de los perjuicios, teniendo como base las pruebas que obran en el proceso, con el fin de procurar, lo más pronto posible, que cese la afectación a los derechos colectivos>>.

96.- La disposición legal de acuerdo con la cual la condena al pago de estos perjuicios debe hacerse *in genere* y liquidarse mediante un incidente posterior dispuesta en el artículo 34 de la ley es imperativa y, además, es indispensable porque cuando el juez de la acción popular estime que se causaron perjuicios al derecho colectivo vulnerado y disponga su condena, es la entidad encargada de su protección la que debe formular el incidente que contenga <<la liquidación motivada y especificada de su cuantía>> y ofrezca las pruebas dirigidas a acreditarlos.

97.- Lo que debe determinarse en la sentencia, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, es si existe un daño al interés colectivo, en este caso, a la <<moralidad administrativa>> que haya causado <<perjuicios>> que puedan ser objeto de cuantificación; si está probado lo anterior, la condena se hace *in genere*, indicando sus fundamentos y sus parámetros, punto en el cual es aplicable la doctrina de la Corte Constitucional que, refiriéndose al mismo aspecto en acción de tutela, señaló:

“A lo dicho debe agregarse que si el juez de tutela, fundado en la viabilidad de la condena “*in genere*” según los presupuestos legales en comento, accede a decretarla, debe establecer con precisión en qué consistió el perjuicio; **cuál es la razón para que su resarcimiento se estime indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental**; cuál es el hecho o acto que dio lugar al perjuicio; cuál la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado y **cuáles serán las bases que habrá de tener en cuenta la jurisdicción de lo contencioso administrativo o el juez competente, según que se trate de condenas contra la administración o contra particulares; para efectuar la correspondiente liquidación**”.⁵⁰

98.- En este caso, si el tribunal encontraba acreditada la ocurrencia de *perjuicios* a la moralidad administrativa y al patrimonio público, distintos de los generados como consecuencia de la anulación del Contrato y en relación con los cuales debía pronunciarse el juez del Contrato, podía disponer una condena *in genere* a favor de la entidad encargada de garantizar ese derecho, citada en tal condición para lo cual debía explicar cuál era esa entidad y por qué podía considerarse que ella no era tenía la condición de entidad culpable por no haber realizado injustificadamente las acciones dirigidas a garantizarlos.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia T-403 del 14 de septiembre de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



99.- La norma antes citada no contempla un incidente de liquidación de perjuicios como la alternativa por la que pueda optarse cuando no esté demostrada su cuantía: es una norma que le ordena al juez tramitar el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C., que se justifica en la naturaleza propia de la acción popular, en el tipo de perjuicios que puede reclamarse y en el carácter de la entidad acreedora de los mismos. El alcance de esa disposición –imperativa– no puede distorsionarse o desconocerse tornando el incidente como una alternativa residual solo para el caso en el cual –de acuerdo con las consideraciones del juez– no esté acreditado el monto del perjuicio. La norma no dispone que el juez podrá acudir al incidente de liquidación: contiene una orden clara que no permite otras interpretaciones: <<La condena al pago de los perjuicios se hará "in genere" y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C.>>

100.- La condena *in genere* por perjuicios estaba prevista en el artículo 307 del C.P.C.; su cuantía debía determinarse en un incidente posterior y, en ese caso, se disponía que debía hacerse <<señalando si fuere posible las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación>>. En la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989 se sustituyó esa alternativa por el decreto de pruebas oficiosas. Por tal razón, la alusión al incidente de liquidación que persistió luego de la reforma en el último párrafo del citado artículo que estaba vigente cuando se expidió la Ley 472 de 1998, que indica –de manera obligatoria– que ese incidente debe tramitarse en las acciones populares para determinar el perjuicio causado al interés colectivo.

101.- Ese incidente debe promoverse <<mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía>>, y en el mismo deben ofrecerse las pruebas para demostrarlo. Es la oportunidad que prevé el legislador en el caso de la acción popular para que la entidad encargada de proteger el derecho determine y pida las pruebas para reclamar el perjuicio y la oportunidad para que el responsable ejerza su derecho de defensa en relación con lo anterior.

102.- En relación con los daños derivados de los actos de corrupción, la Sala advierte de una parte, que en el artículo 60 de la Ley 2195 de 2022, que adicionó la Ley 472 de 1998, se dispuso:

<<Adiciónese el artículo 34A a la Ley 472 de 1998, el cual quedará así:
Artículo 34A. Sentencia en los casos de corrupción. En los casos en que la amenaza o vulneración al derecho colectivo hayan sido producto de un acto de corrupción que causare un daño al patrimonio público, el juez en la sentencia deberá imponer, adicional al daño probado en el proceso, una multa al responsable de hasta mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la cual atenderá a la gravedad de la conducta, el grado de participación del demandado y su capacidad económica. El pago de la multa impuesta deberá dirigirse al Fondo de Reparación de las Víctimas de Actos de Corrupción>>.



102.1.- La norma anterior, que faculta al juez de la acción popular para imponer una condena patrimonial al responsable de actos de corrupción atendiendo a <<la gravedad de la conducta, el grado de participación del demandado y su capacidad económica>>, no estaba vigente en el momento de ocurrencia de los hechos materia de esta acción popular.

102.2.- Así mismo, el párrafo 2 del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, al que se hizo referencia en las consideraciones del laudo arbitral, dispone:

<<PARÁGRAFO 2. El concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o los integrantes del mismo que hayan dado lugar a la causal de nulidad o la declaratoria de la misma por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, deberán pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, dicha suma será el cinco por ciento (5%) del valor del contrato.

Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades fiscales, disciplinarias o penales a que haya lugar>>.

102.3.- En las dos normas anteriores, que no podían ser aplicadas por el juez de la acción popular (la una no estaba vigente y la otra corresponde al juez del contrato), son disposiciones en las que se opta por establecer *sanciones o daños punitivos* que, al contrario de lo que ocurre con los perjuicios, no requieren de prueba ni de liquidación. Las disposiciones aplicables por el juez de la acción popular, en este caso requerían de la prueba y determinación mediante un incidente posterior al fallo.

O.- La acción popular no tiene como finalidad decretar inhabilidades ni el juez popular tiene competencia para imponerlas

103.- La sentencia de primera instancia inhabilitó por diez (10) años a las personas naturales y sociedades involucradas en los hechos de corrupción relacionados con la celebración y modificación del Contrato. Esta decisión se fundamentó en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que se refiere a las disposiciones que puede adoptar el juez de la acción popular en la sentencia, y en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, aplicable a los servidores públicos y a particulares que son declarados civil o penalmente responsables por actos relacionados con el contrato.

104.- El tribunal consideró que, en la medida en que la sentencia que se profiera en la acción popular puede contener una orden de hacer o no hacer para <<prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante>>, tal disposición le otorgaba competencia para inhabilitar a las sociedades que participaron en los hechos de



corrupción que dieron origen a la acción popular. En el fallo de primera instancia se lee:

<<Esto significa que la sentencia de acción popular, debido al carácter predominantemente preventivo que le es propio puede contemplar ordenamientos (sic) consistentes en formas de reparación que aseguren la no repetición de los hechos porque, justamente, lo que se pretende con este medio de control, particularmente en casos de violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, es evitar la ocurrencia de nuevas acciones u omisiones lesivas de estos o que constituyan una amenaza a los derechos, particularmente cuando dichas acciones u omisiones pueden provenir de los mismos perpetradores.

En el caso concreto, luego de probados los hechos de corrupción de que se trata y tomando en consideración que, de no adoptarse medidas de inhabilitación con respecto a las personas jurídicas y naturales concernidas, hay un riesgo significativo de que estas vuelvan a incurrir en tal clase de conductas, se dictarán providencias en ese sentido pues se trata de personas en relación con las cuales resulta previsible que mantengan su actividad en el sector de infraestructura y de licitaciones públicas.

El cometido de estas medidas inhabilitantes es doble. De una parte, persigue un objetivo retributivo y de prevención especial de la conducta, en la medida en que constituye un reproche al infractor de los derechos colectivos y, también, neutraliza su actuación por cuanto lo excluye mercado de potenciales oferentes de la contratación estatal, por haber defraudado la confianza pública, motivo por el que no constituye garantía para el establecimiento de futuras relaciones de tipo contractual al menos dentro de un lapso prolongado. De otro lado, esa inhabilitación persigue un propósito preventivo general porque pretende enviar un mensaje a la colectividad acerca de que el despliegue de tal clase de conductas ilícitas es una materia reprochada por la Administración; y la consecuencia de ello se ubica en el plano de una fuerte pero justificada prohibición en la búsqueda de nuevas posibilidades de contratación con el Estado. Al propio tiempo, este tipo de inhabilitaciones constituye un reconocimiento a los competidores que obran en condiciones de igualdad y transparencia y que ven defraudada su confianza en la Administración cuando, como en el presente caso, esta obra en colusión con uno de los proponentes; y contribuye al fortalecimiento de sistemas de integridad institucional, tanto públicos como privados, que son una proyección práctica del principio de moralidad administrativa, de manera que se reconozca como parte de sus valores el cumplimiento de normas en el comportamiento de las personas privadas, sean estas naturales o jurídicas, en sus relaciones con la administración pública>>.

105.- El tribunal también señaló que la inhabilitación podía decretarse con fundamento en lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, que, para el caso de declaratoria de responsabilidad civil, dispone que los particulares quedarán inhabilitados por diez años. Consideró que la acción popular era una acción de responsabilidad civil, pues de este modo estaba contemplada desde sus orígenes en el Código Civil.

Se lee en el fallo de primera instancia:



<<En este orden de ideas, cabe resaltar que las acciones populares en Colombia corresponden a un sistema de responsabilidad civil. Su origen se remonta a la expedición del Código Civil de 1887, cuando Don Andrés Bello, basándose en las instituciones romanas, redactó los artículos 1005 y 2359 de dicha codificación: (...)

<<El recuento anterior permite concluir que la acción popular, hoy medio de control de los derechos e intereses colectivos, hunde sus raíces en las formas más antiguas de protección judicial de los derechos de la colectividad, que esta noción de derechos comunales acompañe la evolución de nuestro derecho, desde las instituciones jurídicas clásicas del derecho romano, y que es una acción de naturaleza civil que se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible>>.

106.- Esa competencia ejercida por el tribunal en el fallo de primera instancia no puede derivarse del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que regula cuál es el contenido de la sentencia condenatoria en las acciones populares. No puede estimarse que, en la medida en que esta norma dispone que la sentencia puede contener una orden de <<no hacer>> dirigida a prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante, el juez puede imponer una inhabilidad de diez años para contratar. En la aplicación de cualquier sanción, el juez no puede hacer interpretaciones extensivas ni deducir competencias que no estén expresamente señaladas en la ley. Las consideraciones transcritas reflejan simplemente que el tribunal consideró *conveniente* la imposición de una inhabilidad para prevenir que los demandados no volvieran a incurrir en la misma conducta y no reparó en que este es un aspecto que debe ser determinado por el legislador, que es el competente para estructurar las sanciones; y tampoco tuvo en cuenta que los jueces solo pueden sancionar cuando tal determinación se haya establecido de modo preciso en una ley previa a la conducta que pretende sancionarse.

107.- El artículo 58 de la Ley 80 de 1993 tampoco le otorga al juez de la acción popular la competencia de imponer una sanción de inhabilidad a quienes han participado en actos de corrupción en un contrato.

Esta norma dispone:

<<**ARTÍCULO 58. DE LAS SANCIONES.** Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

1o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.

2o. En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.

3o. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades



estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente>>.

108.- La inhabilidad, al estar vinculada a una condena impuesta en un fallo de responsabilidad penal o civil, es una sanción que no puede ser impuesta por el juez de la acción popular porque a él no le corresponde pronunciarse sobre la responsabilidad penal o civil de los particulares que intervienen en la contratación estatal.

109.- El juez de la acción popular no es un juez de la responsabilidad: su función es preventiva y no resarcitoria, como claramente lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de las disposiciones citadas con anterioridad al hacer referencia a esta característica:

<<... d) Las acciones populares son de naturaleza preventiva. Esto significa que su ejercicio o promoción judicial no está supeditado o condicionado a que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se buscan proteger. Es suficiente que se presente la amenaza o el riesgo de que se produzca el daño, para que pueda activarse el mecanismo de la acción popular. Esto, en razón a que desde sus orígenes, las acciones populares fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público.

e) Las acciones populares tienen también un carácter restitutorio. En cuanto dichos mecanismos de protección persiguen el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos, se les atribuye también un carácter eminentemente restitutorio.

f) Las acciones populares no persiguen en forma directa un resarcimiento de tipo pecuniario. La ausencia de contenido subjetivo de las acciones populares conlleva a que, en principio, su ejercicio no persiga un resarcimiento de tipo pecuniario a favor de quien promueve la defensa de un interés colectivo. No obstante, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra el actor popular, o de una recompensa, que, en todo caso, no puede convertirse en el único incentivo que ha de tener en cuenta quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte>>⁵¹.

110.- Asignarle a la acción popular el carácter de acción resarcitoria para inferir que su objeto es declarar la responsabilidad civil de los demandados desconoce las normas que la rigen, que en ningún momento señalan que esta sea la acción procedente para obtener la reparación de perjuicios. La acción popular no tiene ese propósito y acudir a un argumento histórico para indicar que las acciones populares estaban consagradas en el Código Civil y que, por ende, deben considerarse acciones de responsabilidad civil para sustentar la legalidad de esta decisión, implica desconocer que las normas sancionatorias son de interpretación

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-622 de 2007.



restrictiva y desconocer el derecho fundamental al debido proceso de los sancionados.

111.- Así las cosas, sancionar con inhabilidad de diez años a los vinculados a la acción popular, afirmando en la sentencia que las acciones populares en Colombia son un mecanismo que <<pertenece al sistema de responsabilidad civil>> y que por eso se puede imponer esta sanción en la sentencia, es una clara violación de su derecho al debido proceso.

112.- Vale la pena advertir, por último, que la misma Ley 472 contempló la posibilidad de que el juez de la acción popular impusiera una inhabilidad y lo hizo de manera expresa y precisa en su artículo 32, de acuerdo con el cual, cuando el perito designado omita el deber de declararse impedido, el juez de la acción popular puede <<decretar su inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco (5) años>>. Ello simplemente es indicativo de algo que, por lo demás, resulta obvio: la imposición de inhabilidades es una sanción que el legislador contempla expresamente.

SEGUNDA PARTE: La garantía de los derechos colectivos y el alcance de la prohibición de anular el contrato estatal en la acción popular

P.- La violación constatada de la moralidad administrativa y el patrimonio público no autorizaba al juez popular a adoptar las medidas propia del juez del contrato o de la entidad estatal

113.- Para la Sala no hay duda de que los actos de corrupción evidenciados en la celebración del Contrato y sus modificaciones desconocieron la moralidad administrativa y afectaron el patrimonio público y de que su vulneración debe ser declarada en relación con los particulares que intervinieron en tales actos. Esta constatación justificaba la intervención del juez de la acción popular teniendo en cuenta las competencias que pueden ejercerse dentro de ella y las que deben ejercerse por el juez del contrato; la invocación de la violación del derecho a la libre competencia y el derecho a la prestación de los servicios públicos solo sirvió para hacer pronunciamientos relativos a la causales de nulidad del Contrato y a los perjuicios derivados de la no ejecución del proyecto, que no eran de la competencia del juez de la acción popular.

114.- El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo⁵² incluía dentro de los principios de la actuación administrativa: la economía, la celeridad, la eficacia, la imparcialidad, publicidad y contradicción. La Constitución Política de 1991 adicionó a los principios anteriores el de la *moralidad* (art. 209) y le otorgó a la

⁵² Decreto 01 de 1984.



moral administrativa la naturaleza de *derecho colectivo* (art. 88). El artículo 4 de la Ley 472 de 1998, al regular las *acciones populares*, incluyó, como *derecho o interés colectivo*, el de la *moralidad administrativa*⁵³ y el parágrafo de dicho artículo dispuso: <<Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley>>.

115.- La moral en sí misma comprende una serie de valores que están determinados por el momento histórico y por el sistema político o social, que son los que fijan tipos ideales de comportamiento. Por ello, hablar de moral sin referirlo a determinada ideología o conjunto de principios (moral cristiana, moral socialista), dificulta más su precisión. Y es por esta razón que la jurisprudencia se ha ocupado de establecer parámetros que impidan que los jueces resuelvan con criterios subjetivos cuáles son las conductas administrativas que deben calificarse de *inmorales*; advertirles que deben sujetar sus decisiones al *ordenamiento jurídico* y, al mismo tiempo, intentar distinguir las conductas que pueden considerarse como atentatorias de la *moralidad administrativa* de aquellas que simplemente pueden estimarse como contraventoras de la *juridicidad*, con el objeto de *delimitar* el ámbito dentro del cual resulta procedente la acción popular.

En efecto:

a.- La regla es que el juez obre *conforme* con el *derecho* que está compuesto de normas o enunciados jurídicos conocidos previamente por sus destinatarios. Si le exigimos que, además de *garantizar* esos *derechos*, garantice también la vigencia de la *moralidad administrativa*, le estamos asignando una función adicional. Sin embargo, permitir que un juez fundamente su decisión exclusivamente en lo que él considere como ajustado a la *moralidad* implicaría permitir la existencia de decisiones *arbitrarias* que, adicionalmente, pueden atentar contra otros derechos constitucionales y legales.

b.- El primer concepto expuesto por la jurisprudencia para establecer el alcance de esta competencia consiste en afirmar que el juez de la *acción popular* solo puede considerar como violatoria de la moralidad administrativa la conducta que sea contraria a una disposición perteneciente al ordenamiento jurídico legal⁵⁴ y que, adicionalmente, esté acompañada de alguna circunstancia que permita calificarla de *inmoral*:

⁵³ Literal "b" del artículo 4.

⁵⁴ La doctora Marta Nubia Velásquez en votos particulares ha indicado que la moralidad administrativa es un concepto autónomo frente al derecho positivo y que, si bien la legalidad puede ser uno de los criterios para concretar esta noción, no es el único y puede ocurrir el caso en que se vulnere el derecho colectivo a la moralidad administrativa aun cumpliendo estrictamente con la ley.



<<...no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración de 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..."⁵⁵

"En todo caso, las violaciones a la normatividad administrativa no pueden ser acusaciones gaseosas, ambiguas o vacías de contenido. El actor debe demostrar objetivamente que los representantes de la administración asumieron verdaderas conductas contrarias a la probidad, la honorabilidad y la imparcialidad de la acción estatal. De no ser así, se caería en el absurdo de que cualquier yerro o equivocación técnica o cualquier criterio jurídico o profesional discutible, fueran vistos como atentados contra la moralidad administrativa, lo que no se compadece con el principio de eficacia y el manejo preciso del lenguaje jurídico. También ahí, en ese manejo, radica la seguridad jurídica"⁵⁶.

116.- Lo adicional que exige la jurisprudencia es una especie de *calificación* de la conducta del servidor público o del particular involucrado. No basta que nos encontremos ante el desconocimiento de una disposición legal, sino que es necesario que esta sea *ostensible o protuberante*⁵⁷. Sin que sea menester acreditar el *dolo o la culpa grave* en relación con servidor público, es necesario que su conducta evidencie el propósito de alcanzar fines personales o, en todo caso, distintos de aquellos que está obligado a perseguir de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

<<Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral 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...

<<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"⁵⁸.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2006. Exp. No AP-130012331000200300239-01. Ponente Dra. Ruth Stella Correa P.

⁵⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia del 3 de febrero de 2004, ponente Dr. Hugo Bastidas B. Exp. 02-2704.

⁵⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 2007, radicación AP-0228. Ponente, Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2006. Exp. No AP-130012331000200300239-01. Ponente, Dra. Ruth Stella Correa P.



117.- La jurisprudencia también señala que la moralidad administrativa no solo puede vulnerarse por los funcionarios públicos sino por los particulares cuando participan en la celebración de un contrato estatal, razón por la cual la objeción de los recurrentes relativa a que la moralidad administrativa no puede ser vulnerada por *particulares* sino únicamente por *funcionarios públicos*, no es de recibo.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 9 de diciembre de 2003, precisó:

<<Por razón de su participación en un contrato estatal, que le confiere la calidad de colaborador de la Administración, el particular queda sometido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo al momento de juzgar si con su conducta en las etapas de formación y ejecución del contrato ha lesionado derechos colectivos (...)

Desde luego que la conducta (del particular) en examen constituye una irregularidad en la contratación, que lesiona la moralidad administrativa, al tenor del artículo 40 de la ley 472... Este comportamiento desplegado en la etapa precontractual y en la celebración del contrato mismo, resulta contrario al deber que tienen los particulares de concurrir al perfeccionamiento de relaciones jurídicas lícitas con la Administración Pública, respetando los derechos de terceros y adquiriendo los propios con arreglo a la ley>>⁵⁹.

118.- Toda vez que los actos de corrupción tienen por finalidad perseguir intereses económicos particulares, desviando las finalidades de interés público a las cuales deben estar dirigidos los recursos asignados para la ejecución de un contrato, en estas acciones se invoca también el derecho colectivo a la <<defensa del patrimonio público>>, punto en el cual la jurisprudencia ha señalado que existe una *conexidad* entre los dos intereses colectivos.

<<Con base en lo anterior se puede afirmar que la relación de conexidad que existe entre los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en modo alguno significa que deban analizarse de manera conjunta, como si se tratara de derechos interdependientes. Tampoco quiere decir dicha conexidad que, si en un caso no se encuentra vulnerado el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, ello releva al juez de analizar la vulneración que existe, o no, del derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público, como lo interpretó e hizo el Tribunal en la Sentencia que se revisa. En otras palabras, la conexidad que se ha reconocido entre moralidad administrativa y defensa del patrimonio público no implica que el juez no deba hacer un estudio independiente de cada uno de estos derechos e intereses colectivos en cada caso>>⁶⁰

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade. Sentencia del 9 de diciembre de 2003. Rad. No. 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)J

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 14 Especial de Decisión. Sentencia del 31 de mayo de 2022, exp. 20001-33-31-000-2007-00042-01 (AP), M.P. Alberto Montaña Plata.



119.- La Procuraduría sostuvo en sus alegaciones que en la medida en que <<el patrimonio público se entiende como la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del Estado que sirven para el cumplimiento de sus deberes>>, tal derecho se entendía vulnerado cuando tales recursos no eran administrados <<de forma eficiente y transparente, con sujeción a las normas aplicables>>. Y agregó que <<era razonable concluir que, cuando un proponente ha pagado coimas para obtener la adjudicación de un contrato estatal, tiene previsto recuperar esas sumas mediante los recursos asignados para la ejecución de la obra, lo que afecta gravemente el patrimonio público>>.

120.- Este argumento fue acogido en la sentencia de primera instancia donde se señaló que <<era ilógico que los sobornos fueran pagados con fondos particulares de la empresa que incurrió en el cohecho, debido a que el propósito criminal era compensarlos con la obra pública misma>>. Y esta consideración, junto con las pruebas que evidencian el efectivo pago de sobornos para la adjudicación, permite concluir que en este caso los actos de corrupción afectaron no solo la moralidad administrativa, sino el patrimonio público.

121.- Sin embargo, al analizar este derecho colectivo, el tribunal agregó que <<la adjudicación irregular también causó un detrimento al patrimonio público porque, entre los tres proponentes que concurrieron a la licitación pública, se eligió la oferta más onerosa>>. Y consideró que estaba amenazado porque las entidades públicas quedaron expuestas a eventuales demandas por la adjudicación indebida del Contrato, así como por los sobrecostos en los que se tendrá que incurrir para darle continuidad a la obra.

122.- La Sala considera que la constatación de la vulneración del patrimonio público, que efectivamente se presentó en este caso, no legitimaba al juez de la acción popular para realizar consideraciones y adoptar decisiones que eran del resorte del juez del Contrato; que resultaban consecuenciales a su anulación; y que se referían a los derechos patrimoniales de la ANI como parte en el mismo.

123.- El simple hecho de que la afectada con la violación del derecho sea una entidad pública, no permite que ella sea desplazada por el actor popular en la defensa de sus intereses. La defensa del interés patrimonial de una entidad pública debe realizarse por su representante legal, por lo que solo cuando se constate que no se está ejerciendo, o que no se está haciendo de manera adecuada, puede acudir a la acción popular; ella debe estar dirigida a lograr que quien debe hacer tal defensa la realice efectivamente, si se verifica que no lo está haciendo: no a sustituirla. No tener este tipo de consideraciones conduce, como ocurrió en este caso, a activar la acción constitucional sin tener en cuenta la actividad procesal adelantada por la entidad contratante y las pretensiones formuladas –en la acción contractual– por los mismos hechos y en defensa del interés patrimonial la citada entidad.



124.- Con la noción del derecho colectivo al patrimonio público como cualquier interés patrimonial de una entidad pública, el tribunal también terminó declarando que, aunque una de las sociedades miembros de la concesionaria (CSS) era ajena a los actos de corrupción, dicha sociedad debía considerarse como vulneradora de este derecho colectivo porque pudo obtener beneficios patrimoniales.

El tribunal señaló textualmente:

<<Por su parte, CSS Constructores, si bien no puede ser declarado como responsable en relación con el derecho a la moralidad administrativa, como ya se reseñó, si debe serlo con respecto al derecho a la defensa del patrimonio público, por virtud del principio de responsabilidad solidaria contenido en el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, que fue analizado más arriba, en la medida en que se benefició de la adjudicación irregular de la que se trata>>.

125.- Si la entidad contratante consideraba que el supuesto <<*incremento patrimonial*>> recibido por la sociedad CSS Constructores S.A. significó una lesión de sus intereses patrimoniales, podía acudir a las acciones ordinarias previstas para ese efecto, ejercidas por cualquiera de las personas que de acuerdo con la ley están legitimadas para hacerlo. Y al no estar probado que participó en los actos de corrupción que afectaron el patrimonio público, esta sociedad no podía ser declarada responsable de la vulneración de este derecho.

126.- En la primera instancia también se declaró violado el derecho colectivo a la libre competencia porque se dedujo que los actos de corrupción estuvieron dirigidos a crear condiciones para la contratación que favorecieran a Odebrecht, y a excluir indebidamente a los demás proponentes. Y aunque no se indicaron los medios de prueba que evidenciaban lo anterior, ni se precisaron cuáles fueron las consideraciones favorables a dicha empresa, ni se tuvieron en cuenta los pliegos de condiciones en relación con los criterios para hacer la evaluación económica de las propuestas, el tribunal concluyó que la oferta de la Concesionaria fue seleccionada pese a ser la más costosa y que las otras fueron indebidamente rechazadas.

127.- Por último, el tribunal, también consideró violado el derecho al acceso a los servicios públicos, sin indicar el sustento probatorio a partir del cual lo consideró vulnerado. En el expediente no se acreditó que los hechos de corrupción hubiesen afectado la disponibilidad de los tramos viales correspondientes al proyecto Ruta del Sol ni que el corredor vial no hubiese contado con las condiciones de seguridad necesarias para su uso. Tal y como se indicó anteriormente, el acuerdo de terminación del contrato, realizado precisamente con el objeto de que no se afectara este derecho, no fue objetado por el Tribunal de Arbitramento en el laudo en el que se decretó la anulación del Contrato.



Q.- El carácter preventivo de las acciones populares y la prohibición legal de anular contratos

128.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares están previstas para proteger los intereses colectivos y se ejercen <<para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible>>; de acuerdo con el artículo 9, proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que haya violado o amenace violar los derechos e intereses colectivos y <<pueden promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo>>; y conforme con el artículo 34, la sentencia que acoja las pretensiones del actor popular <<podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo>>.

129.- Las medidas que puede adoptar el juez de la acción popular tienen una finalidad *preventiva* o *protectora*. Las órdenes que pueden impartir están dirigidas a conjurar situaciones fácticas que están amenazando o vulnerando derechos colectivos. El juez ordenará, por ejemplo, suspender la producción de una planta en donde hay líquidos contaminantes vertidos a un río, o la construcción de un reductor de velocidad en una intersección en la que han ocurrido muchos accidentes, porque el propósito de su intervención es hacer cesar una amenaza latente o una vulneración que está ocurriendo.

Sobre este punto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

<<Las acciones populares se dirigen a la protección de los derechos e intereses colectivos bien sea de modo preventivo para evitar el daño contingente, para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio, o, restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (Art. 2, Ley 472 de 1.998), más no para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción u omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos>>⁶¹

<<es necesario que la conducta que se indique como causante de amenaza o vulneración o amenace o esté vulnerando, pues la acción popular tiene como objeto, entre otros, hacer cesar o detener. Y se afirma jurídicamente así porque partiendo de que el derecho es un sistema de normas jurídicas que deben guardar unidad no se concebiría que, existiendo acciones judiciales naturales para conductas consumadas, se utilizara la acción popular cuando dicha conducta ya no se puede hacer cesar o detener...>>⁶²

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de marzo de 2004. Exp. 6800123150002003(AP-00014)- 01. M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 2002; A.P. 612. M.P. María Elena Giraldo G.



130.- De manera concordante con la naturaleza de la acción popular, la jurisprudencia del Consejo de Estado había establecido, desde antes de la entrada en vigencia del CPACA, la prohibición al juez popular de decretar la nulidad de los contratos estatales y pronunciarse sobre sus efectos. Esta decisión debe adoptarse mediante la acción contractual que la ley contempla para tal fin, en la cual: (i) la legitimación por activa está limitada a las partes del contrato, a quienes demuestren interés directo y al Ministerio Público; (ii) está prevista la adopción de medidas cautelares y los requisitos para adoptarla y (iii) deben aplicarse las normas sustanciales que regulan los efectos que produce esta determinación.

131.- Las partes en el contrato estatal –así como todas las personas que derivan derechos de este– están sometidas a las normas sustanciales y procesales vigentes que disponen: (i) cuáles son las circunstancias que conducen a declarar su nulidad; (ii) cuáles de ellas pueden ser verificadas por la propia entidad para terminar unilateralmente el contrato y (iii) cuáles deben ser declaradas por el juez mediante la acción contractual. Cuando estas decisiones se toman mediante una acción que no está prevista para tal fin, en la cual está expresamente prohibido anular los contratos estatales, se afecta el derecho fundamental al <<debido proceso>>. El artículo 144 del CPACA dispone textualmente:

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

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

132.- Esta norma recogió la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, que, en vigencia del Decreto 01 de 1984, teniendo en cuenta la existencia de una acción y especial para anular el contrato y considerando que en la acción popular están expresamente determinadas las decisiones que puede adoptar el juez, había señalado:

<<En las acciones populares iniciadas en vigencia del Decreto 01 de 1984 la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene facultad para decretar la nulidad de contratos administrativos que se consideren causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez tiene la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro de ello. [...] **Conforme al contenido [del artículo 87 del C.C.A.], la sede en la**



que debe discutirse la legalidad del contrato es en el proceso contractual, de forma que es al juez natural de conocimiento al que le corresponde declarar la nulidad total o parcial del referido acto jurídico y determinar las consecuencias jurídicas que tal declaración implica. En este supuesto es que la Sala considera que el control de la legalidad del contrato debe exceptuarse del conocimiento del juez popular, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual. (...) **La interpretación de la Sala también encuentra apoyo en el análisis del artículo 34 de la Ley 472 de 1998. Conforme a su sentido literal, la disposición señala de forma inequívoca una regla de competencia para el fallador que sólo puede revestir tres modalidades:** i) una orden de hacer o no hacer, ii) la condena al pago de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y; iii) "exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible". Así, se puede establecer que la norma no determinó de forma expresa la posibilidad de la anulación de contratos administrativos>>⁶³.

133.- El mandato impuesto al juez de la acción popular en el artículo 144 del CPACA, de acuerdo con el cual *no puede anular el contrato*, no es una prohibición formal para que no pronuncie una palabra. Tal prohibición implica considerar que es el juez del contrato el que, dentro de la acción contractual regulada en la ley, tiene competencia para: (i) decretar las medidas cautelares <<*preventivas, conservativas, anticipativas, o de suspensión*>> reguladas en el CPACA, las cuales pueden ser ordenadas <<*de urgencia*>> luego de hacer un juicio de ponderación de intereses que permita concluir <<*que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*>>; (ii) establecer si quien impetra la anulación está legitimado para hacerlo y si la pretensión se formuló oportunamente; (iii) determinar si se configuró la causal; (iv) establecer cuál parte la determinó o si fue determinada por las dos; (v) pronunciarse sobre las restituciones a las que tiene derecho el contratista; y (vi) resolver sobre los perjuicios causados con el decreto de la nulidad.

134.- Declarar la suspensión definitiva del Contrato y de sus modificaciones como consecuencia de los actos de corrupción, que fue lo que hizo en este caso el tribunal en el fallo de primera instancia, equivale a disponer su terminación anticipada, que es el efecto previsto por la ley cuando se anula un contrato de tracto sucesivo.

A estos aspectos ya se ha referido el Consejo de Estado y sobre ellos ha señalado:

<<. La acción popular no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos. Ello no implica que las facultades del juez de la acción popular sean ilimitadas, pues es claro que este medio de control no procede para controvertir las leyes de la República y discutir decisiones judiciales de constitucionalidad; ni para cuestionar la

⁶³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Expediente No. 52001-33-31-008-2008-00304-01(AP) REV-SU_20211004 de 4 de octubre de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



constitucionalidad del proceso de concertación y entrada en vigor de Tratados Internacionales; tampoco para discutir decisiones judiciales; no es el medio idóneo de verificación y cumplimiento de lo decidido por otras autoridades judiciales ; **ni es el mecanismo para cuestionar la validez de contratos estatales o estudiar controversias que deben tramitarse a través de los medios de control ordinarios (v.gr. acción de controversias contractuales)**

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

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

11. Aún más, el juez de la acción popular no puede evadir la prohibición de anular actos administrativos o contratos estatales, a través de medias alternativas, por ejemplo, la suspensión o la inaplicación de un acto, o dejar sin efectos un contrato -facultad reservada a las partes a través de la institución del mutuo disenso art. 1602 CC-.

Un proceder en ese sentido equivaldría a violar un mandato expreso del legislador, mediante figuras que soterradamente se intentan asemejar a la nulidad. Con esta perspectiva, en relación con los negocios civiles y comerciales, el ordenamiento prevé que la sanción contra un acto que contraviene la ley por objeto ilícito es la nulidad, sin que sea posible que el juez, por vía de otro camino, entre a confrontar la validez de ese acto (arts. 6, 16, 1502.3, 1519, 1523, 1741 y 1742 CC y 899 C. de Co.)”>>⁶⁴

R.- La moralidad administrativa y el régimen de nulidad del contrato estatal

135.- El estudio de la moralidad administrativa a partir de las disposiciones legales dirigidas a regular las actuaciones de la Administración, que excluye consideraciones subjetivas del juez de la acción popular que no tengan en cuenta este contexto, ha sido explicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos:

<<En efecto, sobre el papel del juez al analizar el concepto de moralidad administrativa, **es importante que la determinación de su vulneración, o no,**

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 27 de abril de 2020. Rad No. 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP). M.P. Guillermo Sánchez Luque



no dependa de la concepción subjetiva de quien deba decidir, sino que debe estar relacionada con la intención o propósito que influye el acto frente a la finalidad de la ley. En esa dirección y para la comprensión del motivo del actuar del funcionario, sirven como parámetros **la desviación de poder; el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal;** la conducta antijurídica o dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función. Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, **siempre reglada y de la que siempre se espera esté al servicio del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado>>.**

<<La moralidad administrativa está **ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico** y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. **Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo,** sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan **guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia.** Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones>>⁶⁵.

136.- En el contexto anterior, es necesario considerar que la demostración de actos de corrupción en la celebración de los contratos estatales y la evidencia de que a través de ellos se buscó en realidad favorecer intereses particulares, está sancionada por la ley con la declaratoria de nulidad por causa ilícita y por desviación de poder; y las disposiciones legales establecen las sanciones que deben imponerse a quienes participen en este tipo de conductas. Pero esta normativa busca también garantizar el interés general vinculado a la celebración del contrato. La moralidad administrativa desarrollada por el legislador tiene en cuenta estos elementos, de los cuales se resalta la necesidad de proteger la ejecución de la obra que es objeto del contrato estatal; y esa moralidad administrativa no puede ser sustituida por las consideraciones subjetivas del juez de la acción popular, como lo indica la jurisprudencia antes citada.

137.- Para determinar el alcance de los derechos colectivos y, particularmente, el de la moralidad administrativa, hay que *pasar* por el derecho y sus normas:

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1° de diciembre de 2015. Radicación número: 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP). M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.



dicha determinación no puede hacerse a partir de posturas enteramente subjetivas; a partir de la percepción de la situación fáctica, sin considerar las complejidades de la regulación de intereses diversos. A la moral que le interesa al derecho no se llega con base en la razón o la iluminación, sino a partir de las disposiciones de derecho positivo. La *moralidad administrativa* no puede ser la moral a secas: hay que pasar por las normas jurídicas “administrativas” para encontrarla.

138.- Por todo lo anterior, se insiste en que la opinión general puede considerar que, ocurrido un acto de corrupción en un contrato estatal, no es ajustado a la <<moralidad administrativa>> que la contratista (que intervino en los actos de corrupción) siga ejecutándolo, que siga percibiendo pagos provenientes del Estado y mucho menos que siga recibiendo utilidades. Y esa misma opinión puede considerar que resulta <<inmoral>> que quien haya incurrido en tales conductas pueda seguir contratando con el Estado. Pero estos criterios de *moralidad* no son los que deben guiar al juez administrativo, pues la moralidad que le interesa a él es la moral que se desprende de las normas jurídicas. Antes de encontrar lo inmoral, hay que dotar a ese criterio de algo de juridicidad, a partir de la vulneración de una ley o norma jurídica, y mostrar por qué ese desconocimiento afecta el derecho colectivo.

139.- El derecho colectivo a la moralidad administrativa fue vulnerado por los actos de corrupción ocurridos en la celebración del Contrato, como se señaló anteriormente. Pero esta consideración no le permitía al juez de la acción popular desconocer las normas legales que regulan su competencia y establecen un marco jurídico para regular la nulidad de los contratos estatales atendiendo la vinculación de su objeto con el interés general.

140.- El régimen legal vigente que regula la nulidad de los contratos, y particularmente de los de concesión de obra pública, está desarrollado actualmente en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1882 de 2018 y persigue (i) sancionar con nulidad los contratos celebrados con causa ilícita, objeto ilícito y por desviación de poder, y condenar al responsable al pago de perjuicios punitivos, que el legislador calcula a partir de la cláusula penal o del valor del contrato, lo que refleja la importancia que le otorga a la vigencia de la moralidad administrativa en los contratos estatales; pero también busca (ii) garantizar el interés general involucrado en la ejecución de la obra o del proyecto objeto del contrato.

141.- La defensa de la moralidad administrativa y de los dineros destinados a la a una obra pública (que son dineros públicos) es lo que determina que la Ley 1882 de 2018, que fue aplicada en este caso por el juez del contrato y no fue considerada por el juez de la acción popular, haya dispuesto sanciones pecuniarias cuando se anule el contrato por esta causa y que se haya ocupado



de establecer específicamente el punto, en relación con la terminación anticipada de los contratos de concesión por actos de corrupción.

142.- El artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 dispone en su parágrafo segundo que <<el concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o los integrantes del mismo que hayan dado lugar a la causal de nulidad o la declaratoria de la misma por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, deberán pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, dicha suma será el cinco por ciento (5%) del valor del contrato>>.

143.- La moralidad administrativa justifica que la ley sancione con nulidad los contratos estatales también por la desviación de poder: el contrato estatal estará afectado de nulidad cuando se acredite que los intereses determinantes en la celebración del contrato fueron particulares y no generales. Además de las causales ordinarias aplicables a todos los contratos, la ley consagra como causal de nulidad de los contratos estatales la “*desviación de poder*” con lo cual permite que el juez examine si el contrato está sujeto formalmente a las disposiciones legales y estudie, de una manera que no lo haría un juez ordinario, si el contrato fue celebrado con finalidades distintas a las previstas por la ley. Dominique Poayaud hace la siguiente apreciación sobre la relación entre el concepto civil de la ilicitud de la causa con el concepto administrativo de la desviación de poder:

<<Las definiciones de las dos nociones, son, en efecto, bastante próximas. La desviación de poder resulta de que el espíritu de la regla de derecho ha sido desconocido, aunque su tenor literal parece haber sido respetado. *La defensa de la sociedad impone anular ciertos contratos que son perfectamente regulares si se examinan objetivamente, pero que han sido subjetivamente determinados por la búsqueda de una finalidad ilícita o inmoral...*

La causa, en el sentido del derecho civil, parece más adaptada al control de los móviles de los particulares, mientras que la desviación de poder parece reflejar mejor la complejidad de reglas que encierran la actividad de la administración...

La unidad puede realizarse alrededor del concepto único de finalidad que podría ser aplicado indiferentemente a las dos categorías de contrato. La adopción de la noción de finalidad tendría la ventaja de poner fin a la confusión proveniente de los dos sentidos de la palabra causa. El concepto civilista de causa sería reservado a la causa próxima, mientras que la búsqueda de la finalidad correspondería al análisis de la causa remota. En ese análisis deben distinguirse los fines perseguidos por la persona privada y por la persona pública, pues ésta última es mucho menos libre en la escogencia de los motivos que la determinan a contratar>>⁶⁶.

144.- Sin embargo, al regular la nulidad del contrato estatal, la ley también tiene en cuenta que su objeto es la ejecución de un proyecto en el cual está involucrado

⁶⁶ Dominique Pouyad, La nullité des contrats administratifs, L.G.D.J., 1991, pág. 174.



el interés general, y esta es una de las características más importantes de esta clase de contratos.⁶⁷ Esa característica es la que justifica: (i) los poderes excepcionales de la entidad pública para interpretarlo, modificarlo y para caducarlo solo cuando el incumplimiento sea tan grave que evidencie que puede conducir a la paralización del contrato, adoptando de manera inmediata las medidas para continuar la ejecución de la obra con el garante o con otro contratista y (ii) la obligación a cargo de la entidad estatal de restablecer el equilibrio financiero del contrato cuando surjan circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que afecten la ecuación financiera que se tuvo en cuenta al momento de formular la propuesta, para que la obra pueda culminarse correctamente.

145.- En relación con la anulación de los contratos estatales, es evidente la inclusión de una serie de disposiciones legales particulares dirigidas a mantener la vigencia del contrato, que van más allá de las establecidas por el derecho privado y que tienen una justificación distinta a la simple defensa de la autonomía de la voluntad, que es el principio que informa la excepcionalidad de la nulidad del contrato en dicho régimen:

<<La desaparición del contrato (como consecuencia de su anulación) está circunscrita porque el contrato administrativo se integra generalmente en operaciones complejas, puede ocurrir que produzca efectos devastadores par la acción pública, en razón de la anulación en cadena de actos de aplicación de la convención afectada de nulidad. Aunque esto no sea siempre necesariamente el caso, el juez velará – en tanto que sea posible – a preservar las decisiones o contratos periféricos y separables. El Consejo de Estado ha recordado que <<la anulación de la concesión no tiene por efecto destruir retroactivamente los actos celebrados en su aplicación. Las consecuencias eventuales para esos actos no son nunca *automáticas* y dependen de diferentes factores, como las peticiones de los interesados, la identificación de un vicio suficientemente grave, o la presencia de motivos de interés general>>⁶⁸.

146.- El principio de la autonomía de la voluntad sirve en derecho privado para sostener que el mismo no puede ser afectado ni por una ley ni por el juez que debe respetar su carácter obligatorio. Por esta razón, el régimen de nulidades es excepcional en el sentido de que solo pueden declararse por petición de parte y en relación con determinadas irregularidades graves.

⁶⁷ La doctrina señala que <<el contrato administrativo está marcado con hierro por su función que es servir al interés general que persigue la Administración, lo que constituye una justificación de su fuerza obligatoria frente a las partes y de su mutabilidad, en contradicción con lo que imponen los principios del derecho privado ...Desde una perspectiva de análisis económico del contrato, es la ganancia aportada al bien estar colectivo lo que puede justificar la fuerza obligatoria del contrato>> (Cfr. Vincent – Legoux, Marie-Caroline, en *Le juge et l'efficacité du contrat en droit comparé interne*, IFJD, 2020, p. 13) <<...el primer reflejo del juez del contrato debe ser, poner en la balanza el imperativo de restablecimiento de la legalidad que depende de la gravedad de la ilegalidad y los atentados al interés general que ese restablecimiento puede comportar, principalmente por la interrupción o la perturbación del servicio público... eso hace del mismo, más que un árbitro un partícipe preocupado de los intereses y las complejidades particularmente financieras de la relación contractual>> (Emmanuel Glaser, citado en la misma obra, por Christelle Coutant-Lapalus, p. 41)

⁶⁸ Sebastian Hourson et Vincent Mazeaud, en o.p. cit. p. 91.



147.- Pero a este principio se agrega en derecho público el carácter de interés público del objeto del contrato. Gaspar Ariño explica que permitir que los particulares, mediante la figura del contrato administrativo, se incorporen a la misión pública encomendada al Estado, genera el riesgo de que el contratista <<movido por su particular interés se desentienda en mayor o menor medida de la finalidad pública que le ha sido encomendada>>. Y en tales casos, <<al no haber sido satisfecha la finalidad pública que con el contrato se pretendía atender, en última instancia será la Administración la que, como titular de la función, habrá de responder del referido incumplimiento ante la sociedad (...)>>; la doctrina también se refiere a la nulidad del contrato como la *ultima ratio* y agrega que <<teniendo como propósito el servicio público, el imperativo supremo parece ser asegurar la continuidad del contrato, porque el interés general debe prevalecer sobre los diferentes intereses particulares y porque es toda la teoría de la ejecución del contrato administrativo la que está profundamente dominada por el deseo de estabilidad>>⁶⁹.

148.- Las siguientes son las disposiciones legales que evidencian la voluntad del legislador de proteger el interés general en la ejecución del proyecto al regular los efectos de la anulación de los contratos (disposiciones que fueron desconocidas con la sentencia del tribunal, cuando actuó como juez del contrato):

148.1.- El artículo 47 de la ley 80 de 1993, que introdujo la noción de nulidad parcial del contrato y dispuso que <<la nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando este no pudiese existir sin la parte viciada>> y la doctrina reconoce que esta regulación tiene por finalidad mantener en lo posible la vigencia del contrato:

<<Si se lee con cuidado el conjunto de normas que nos encontramos con que en ellas subyace un principio general de derecho no enunciado expresamente pero presente en toda la codificación el de la preservación o conservación del negocio jurídico de acuerdo con el cual el legislador propende porque el negocio genere los efectos a que está llamado; la ley vela por su defensa, no por su destrucción, como con alguna ligereza podría pensarse.

(...)

Al celebrar un negocio jurídico es probable que las partes conculquen una norma legal bien en abierta rebeldía frente al dictado de la ley o bien por ignorancia a algún punto específico de quien redacta el clausulado. No obstante, ello no significa el derrumbamiento ineludible del negocio y el resto se puede salvar, el legislador opta por esta última solución en razón de la filosofía que lo anima (...). Propende el legislador por la salvación de un negocio nulo en parte o con alguna cláusula nula, a menos que la proporción viciada comporte tal gravedad que arrastre consigo al negocio todo. La ablación de la estipulación sana lo fundamental del negocio en una especie de cirugía

⁶⁹ Pouyaud, op. Cit. P 363.



jurídica. Este mecanismo es muy útil para el salvamento de aquellos negocios jurídicos complejos (...)>>⁷⁰

148.2.- El artículo 141 del CPACA, que limita la legitimación para solicitar la nulidad del contrato a quien tenga <<interés directo>>, con lo cual recoge la tendencia del derecho contemporáneo de proteger el contrato. En consonancia con lo anterior, el literal c del artículo 164 del CPACA habilita al proponente vencido en el proceso de selección para debatir los actos previos exclusivamente mediante la acción de nulidad y restablecimiento, sin que sea necesario pedir la anulación del contrato, como ocurría antes de la vigencia del CPACA y sin que se le deba tener como parte en el proceso de nulidad del contrato.

149.- En este sentido, la jurisprudencia francesa ha admitido que <<La anulación por el juez del exceso de poder, pedida quien tiene la condición de tercero frente al contrato (el proponente vencido, por ejemplo) y relativa a un acto separable del mismo (el acto de adjudicación) no tiene por ella misma ningún efecto directo sobre ese contrato. El contrato permanece siendo la ley de las partes que lo celebraron y su ejecución en el interés del servicio público puede en principio continuar bajo reserva de los derechos a la indemnización del demandante. De este modo el Consejo de Estado Francés afirma la posibilidad de llevar este contrato hasta su terminación teniendo en cuenta notablemente el interés que esta ejecución presenta para el servicio público, el grado de ejecución de las prestaciones previstas en el contrato, la urgencia en su cumplimiento, y de las consecuencias financieras de su eventual interrupción>>⁷¹.

150.- La regulación legal de acuerdo con la cual, así la nulidad se decrete por causa u objeto ilícito, deben reconocerse al contratista las prestaciones ejecutadas <<cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido>>, entendiéndose en este caso que <<la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público>>. En derecho privado se establece la imposibilidad de reclamar las prestaciones derivadas de la ejecución de un contrato que se anula por objeto o causa ilícitos. De acuerdo ella, la parte que no ha recibido la contraprestación de dicho contrato no puede reclamarla y está fundamentada en el principio de la improcedencia de alegar su propia culpa y tiene por objeto desincentivar esta conducta al saber que al incurrir en ella se correrá el riesgo de perderlo todo⁷².

⁷⁰ Bohórquez Antonio, Los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, Anotaciones para una teoría general: elementos, estructurales, eficacia e ineficacia. Ediciones Doctrina y Ley 2019, pgs 264 a 268.

⁷¹ Lafaix Jean Francois, Essai sur le traitement des irrégularités dans le contrat de l'administration. Dalloz 2009, p. 637.

⁷² La doctrina indica que, en derecho civil, la regla de no permitir reclamar contraprestaciones de un contrato con causa ilícita se justifica <<por su rol preventivo que disuade la conclusión de contratos inmorales (como los relativos a casas de tolerancia o a mantener relaciones de adulterio o de concubinato)>>. Pero esa doctrina es criticada porque conduce a <<perennizar una situación de inmoralidad, con lo cual se agregará una situación de injusticia de un contrato desarticulado, que permanece eficaz para una parte y no para la otra>> (Cf. Pouyaud, op. Cit. P. 487).



151.- En derecho público, la obligación de reconocer al contratista lo ejecutado – con las limitaciones propias de la teoría de enriquecimiento sin causa– tiene como fundamento precisamente la prevalencia del interés general en la ejecución de la obra objeto del contrato: aquí el contratista, en cualquier caso, tiene derecho a que se le reintegre la prestación cumplida en favor de la entidad pública, siempre y cuando su cumplimiento haya beneficiado el interés general que se persigue con la celebración de este tipo de contrato.

152.- Las anteriores reglas desarrollan las consecuencias de vulnerar la moralidad administrativa en un contrato estatal cuando tal violación acarrea como consecuencia la nulidad del contrato. Con la consideración de que los actos de corrupción ocurridos en la celebración del contrato vulneraron la moralidad administrativa, el juez popular no podía adoptar las medidas que tomó, sin considerar las normas legales que regulan su competencia y establecen un marco normativo distinto para regular la nulidad de los contratos estatales atendiendo la vinculación de su objeto con el interés general.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Revócanse los numerales segundo, quinto, sexto y décimo cuarto de la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Revócase parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia en relación con la declaratoria de responsabilidad por la vulneración de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la libre competencia económica, salvo en relación con la ANI, de Gabriel Ignacio García Morales y de Otto Nicolás Bula Bula, porque estas decisiones no fueron apeladas.

TERCERO: Revócase el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia en relación con las declaraciones de responsabilidad contra CSS Constructores S.A. por la vulneración del derecho a la defensa del patrimonio público.

CUARTO: Revócase el numeral octavo de la sentencia de primera instancia únicamente en relación con la orden impuesta a la Superintendencia de Industria y Comercio.



QUINTO: Revócanse los numerales noveno, décimo, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **levántense** las medidas cautelares decretadas en el curso del proceso.

SEXTO: En caso de que, como consecuencia de las medidas cautelares decretadas en el curso del proceso, existan sumas de dinero a disposición del tribunal que correspondan a saldos que provengan de la ejecución del Contrato respecto de los cuales deban cumplirse las decisiones adoptadas en el laudo arbitral y su aclaración, tales sumas deberán ser entregadas a la ANI para que las aplique (pague o compense) cumpliendo estrictamente lo dispuesto en tales decisiones; la compensación procederá en el caso de que las sumas ya hayan sido pagadas.

SÉPTIMO: Confírmense los demás numerales de la sentencia de la sentencia del 6 de diciembre de 2018 proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

OCTAVO: Sin condena en costas en esta instancia.

NOVENO: En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al tribunal de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Presidente

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada
Aclara voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Aclara voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclara voto

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada