



000171

LEGISMóvil 001

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., tres (03) de mayo (05) de dos mil trece (2013)

Radicación: 25000232500020020112101
Actor: Yaneth Aldana y otro
Demandado: Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A. y otros
Referencia: Acción Popular

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 2 de marzo de 2006 proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

Decidió el tribunal *a quo*:

1. *Conceder la presente acción popular por violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, vulnerado por las actas números 5 y 7 del 27 de febrero de 2001 y del 21 de mayo de 2002, respectivamente, suscritas entre FERROVIAS y FENOCO S.A., por las razones expuestas en esta sentencia.*
2. *DECLÁRASE sin efectos actas (sic) números 5 y 7 del 27 de febrero de 2001 y del 21 de mayo de 2002, respectivamente, suscritas entre FERROVIAS y FENOCO S.A., así como sus aclaraciones y complementaciones.*
3. *Ordenase (sic) a las empresas FERROVIAS y FENOCO S.A. abstenerse de seguir aplicando las modificaciones contractuales introducidas por las actas número 5 y 7 mencionadas.*
4. *En el término máximo de tres (3) meses, la sociedad FENOCO S.A. deberá reintegrar la suma de 12.5 millones de dólares pagados con fundamento en dichas actas y pagar la obligación de los 42 millones de dólares que debieron*

ser cancelados el día 30 de abril del año 2003. Igualmente, se deberán devolver los rendimientos financieros de la fiducia –indexados- y demás pagos realizados en exceso con base en las modificaciones contractuales.

En el evento de que por cualquier motivo la empresa FENOCO S.A. no cumpla con los reintegros ordenados en las fechas ya estipuladas, los demandados LUIS DIEGO MONSALVE HOYOS, MARIO FEDERICO PINEDA Y DIEGO LUIS NOGUERA, como ex servidores públicos (Presidentes de Ferrovías), entrarán a responder solidariamente; cada uno conforme a la conducta asumida en el acto contractual (suscripción contrato –sic- y/o actas modificatorias) desarrollado durante su gestión.

5. Fijar el monto del incentivo a favor de la ciudadana Janeth Aldana y la Fundación Gaia para el Desarrollo Sostenible en la suma cincuenta (sic) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que deberán ser pagados en forma solidaria y proporcional por los demandados FERROVÍAS, FENOCO S.A., LUIS DIEGO MONSALVE, MARIO FEDERICO PINEDA MÉNDEZ Y DIEGO LUIS NOGUERA RODRÍGUEZ.

6. Intégrese (sic) un comité para la verificación del cumplimiento de esta sentencia, en el cual participarán: El Señor Procurador General de La Nación, el Contralor General de la República, el Ministro de Transporte, el Ministro de Hacienda, el Defensor del Pueblo y la ciudadana Janeth Aldana.

7. Notifíquese a los actores populares y a los demandados de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo.

8. Remítase copia de esta sentencia al señor Procurador General de la Nación, al señor Contralor General de la República, al señor Ministro del Transporte, al señor Ministro de Hacienda, al señor Defensor del Pueblo (Registro Público) al señor Liquidador de la empresa FERROVÍAS, para los fines pertinentes.

9. Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría procédase al archivo correspondiente.

I. ANTECEDENTES

La Empresa Colombiana de Vías-Ferrovías, Empresa Industrial y Comercial del Estado dio en concesión a la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A. la rehabilitación, reconstrucción, mantenimiento, operación y explotación de 1.473 km de vía férrea, desde Bogotá D.C. hasta Santa Marta (Magdalena), por un término de 30 años. Ante controversias surgidas con ocasión de los términos en que fue celebrado y del

incumplimiento del pago oportuno de las obligaciones a cargo de la administración, las partes modificaron el contrato en aspectos relacionados con los aportes estatales, el plazo para la entrega de los bienes a la concesionaria y la rehabilitación de la vía, la contraprestación, la participación de la concedente en la explotación y los rendimientos financieros de los aportes estatales destinados a la financiación de la concesión, que debían manejarse a través de una fiducia.

Los actores populares pretenden que se proteja la moralidad administrativa y el patrimonio público, mediante las decisiones de terminar el contrato, dejar sin efectos las actas n.º 5 y 7 de 2001 suscritas entre las partes para modificarlo y ordenar las restituciones a que haya lugar.

1. Primera Instancia

1.1 Las demandas

Mediante demandas acumuladas en este proceso¹, la señora Yaneth Aldana y la Fundación GAIA para el Desarrollo Sostenible, a través de sus apoderados, ejercieron la acción popular contra la Empresa Colombiana de Vías-Ferrovías, la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A. y los señores Luis Diego Monsalve Hoyos, Mario Federico Pinedo Méndez, Diego Luis Noguera y Juan Gonzalo Jaramillo -ex gerentes de la concedente- en procura de la eficacia de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, a su juicio vulnerados por la celebración del contrato de concesión entre Ferrovías y Fenoco S.A. y las modificaciones introducidas con las actas n.º 5 y 7 de 2001, que las partes habrían suscrito para favorecer injustificadamente los intereses particulares de la contratista.

¹ La acumulación fue ordenada por el tribunal *a quo* mediante auto del 17 de enero de 2003, que obra a folio 255 del expediente 2002-1121.

1.1.1 Pretensiones

Con la acción ejercida², la señora Yaneth Aldana procura –expediente 2002-1121-:

1. PRETENSIÓN PRINCIPAL

*En aras de la protección o preservación de los principios de igualdad, transparencia y moralidad administrativa, se dé por terminado el contrato de concesión celebrado entre FERROVÍAS y FENOCO S.A., el cual tenía o tiene por objeto, la rehabilitación, construcción, mantenimiento y la operación durante treinta años, de los Mil Cuatrocientos Setenta y Tres Kilómetros de la vía férrea de Atlántico, y se proceda a su liquidación en el estado en que se encuentre, por haberse alterado o modificado, **sustancialmente**, las condiciones básicas del pliego de condiciones, a través de **actas posteriores** a la celebración del contrato, suscritas en las partes contratantes, lo cual significa notorias ventajas o condiciones diferentes, a los demás contratistas **que participaron en la licitación**, por lo tanto, una vez declarada la terminación del contrato, en aras de la moralidad administrativa, se deberá convocar a una nueva licitación, para que en igualdad de condiciones, los contratistas interesados, hagan sus propuestas a la administración.*

2. PRETENSIONES SUBSIDIARAS

A) Se deje sin efectos jurídicos las actas Nro. 5 y 7 suscritas por FENOCO S.A. y la empresa FERROVÍAS, referentes a modificaciones sustanciales y lesivas para el patrimonio público, efectuadas al contrato de concesión a través del cual FERROVÍAS, le entregó a FENOCO S.A. la rehabilitación, reconstrucción, mantenimiento, y la operación durante treinta (30) años, de Mil Cuatrocientos Treinta y Tres Kilómetros, de la vía férrea del Atlántico, uno de los corredores férreos más importantes del país.

B) Como consecuencia de la anterior decisión, se ordene a FENOCO S.A., reintegrar a favor de la empresa FERROVÍAS, la suma de 12.5 Millones de dólares que deberá ser actualizada, en aras de la conservación de su poder adquisitivo, desde la fecha en que se hizo entrega a FENOCO S.A. por parte de FERROVÍAS, y hasta el momento en que se concrete, la devolución o reembolso.

C) Igualmente, como consecuencia de la decisión de dejar sin valor, las modificaciones contenidas en las actas Nro. 5 y 7 relacionadas con el citado contrato, se declare que FERROVÍAS no está obligada a pagar a favor de FENOCO S.A. ninguna de las obligaciones económicas y pecuniarias, que de dichas actas se hallan derivado (sic), contrariando la esencia del contrato de

² Demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de julio de 2002.

concesión, y en contravía de la moralidad administrativa, del patrimonio público, y el interés general, en especial, lo resaltado en el hecho once de la presente demanda.

D) Todo lo cual implica, que adicionalmente, se tenga como pretensión de la presente demanda, se ordene el reembolso, a favor del Estado, de cualquier suma de dinero, que se hubiere pagado y se dé la orden de no pagar, cualquier suma de dinero que se halle pendiente de desembolso, con fundamento exclusivo en tales actas, constitutivas de francas vías de hecho, y simultáneamente, se condene de manera solidaria a los responsables, al respectivo pago de perjuicios.

3. Se imponga a FENOCO S.A. y a la Empresa FERROVÍAS y demás demandados solidarios, las costas y los incentivos que a favor de la parte demandante, establece la ley.

Por su parte, la Fundación GAIA para el Desarrollo Sostenible aboga por las siguientes medidas³ –expediente 2002-02060-:

- 1. Que en consideración a lo señalado en los apartados anteriores, se considere afectado el interés colectivo a la moralidad administrativa y al patrimonio público por parte de la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS y del consorcio FENOCO (sic) en los términos señalados en la presente acción.*
- 2. Que ambas entidades sean solidariamente responsables del pago de todas las obligaciones que se impongan por la presente acción y a favor de los intereses públicos.*
- 3. Se ordene a los organismos de control pertinentes realicen (sic) las investigaciones fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.*
- 4. Se ordene el reintegro de los US\$ 12.5 millones de dólares entregados como anticipo de FERROVÍAS al consorcio FENOCO (sic) y se entienda por tanto que han sido recuperados para el erario público. De igual manera, se ordene el pago de los intereses bancarios respectivos por todo el tiempo transcurrido entre la entrega del anticipo y la fecha en que dichos recursos sean íntegramente reintegrados al erario público.*
- 5. Se ordene el reintegro de las sumas dejadas de percibir por FERROVÍAS y entregadas por FENOCO por la modificación de la Cláusula 3.2. del Contrato de Fiducia por agregar la siguiente frase “neta (excepto impuesto, fondo del mantenimiento de Drummond, otros gastos, etc)” después de la palabra remuneración, en los términos señalados en el informe elaborado por la Contraloría General de la República.*

³ Según la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de agosto de 2002.

6. Se declare nula la cláusula del Acuerdo 5 numerales 3 y 4, que establece un cruce de cuentas entre FENOCO y FERROVÍAS por obras de adecuación de los tramos Grecia-San Rafael de Lebrija y la Loma-Puerto Drummond más las sumas de dinero que resulten de las valoraciones económicas del posible balasto contaminado.

7. Se ordene a la fiducia administradora de los recursos del contrato informar en qué casos se ha aplicado la retención de dineros al contratista por incumplimiento de las inversiones mínimas, así como de los intereses o rendimientos financieros generados y entregados a FENOCO, por dicho concepto.

8. Se ordene a la empresa FENOCO la devolución inmediata de los rendimientos financieros que han generado los fondos retenidos en la fiducia por aplicación de la cláusula 2 del Acta de Acuerdo 5.

9. Se ordene el reintegro por parte de FENOCO de la suma de \$1.918,5 millones de pesos que le han sido pagados por la fiducia, por concepto de las inspecciones físicas que debió realizar el concesionario por su cuenta y riesgo.

10. Se ordene por el Señor Magistrado un peritaje técnico, a realizarse por técnicos expertos de la Contraloría General de la República, o en su defecto por una firma de reconocido prestigio de Ingenieros o a fin (sic) de determinar si los precios unitarios que están siendo reconocidos a la firma FENOCO están dentro de los estándares nacionales e internacionales. De igual manera, se realice por el perito técnico un estudio comparativo entre los precios unitarios pagados en este contrato, con los que se hayan reconocido en contratos similares por parte de FERROVÍAS en épocas anteriores, por ejemplo con la Constructora Andrade Gutiérrez, y se presenten las explicaciones de las diferencias que se encuentren, así como ordenar los respectivos reintegros.

11. Se le conceda al actor popular el incentivo contemplado en el artículo 49 inciso primero de la Ley 472 de 1998, con base en todos los reintegros y ajustes que por concepto de la presente acción popular se logre recuperar, así como también sobre aquellos pagos que se logren evitar hacia el futuro, por concepto de las obligaciones contraídas en las actas mencionadas, en el caso de no haberse interpuesto la presente acción popular.

12. Se condene en costas al accionado.

1.1.2 Fundamentos de hecho

Las actoras apoyaron sus pretensiones, en síntesis, en la siguiente situación fáctica:

1.1.2.1 El 22 de febrero de 1999, mediante la resolución n° 157 de esa fecha, Ferrovías abrió la licitación pública n.° 001 con el objeto de otorgar en concesión la rehabilitación, reconstrucción-conservación, operación, mantenimiento y explotación de la red férrea del Atlántico; el 27 de julio siguiente se le adjudicó el contrato a la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A., constituida por el Grupo Dragados S.A., Tecsa S.A., Odinsa S.A., Rites Ltda. e In-Pocarga Ltda.

1.1.2.2 Con arreglo al contrato de concesión CO-ATLA-00-99-010, celebrado el 9 septiembre de 1999, la financiación estatal consistía en aportes por US\$80.000.000, pagaderos en 4 cuotas iguales, la primera de las cuales se defirió así: 40% el 1° de marzo, 30% el 1° de junio y 30% el 1° de octubre de 2000, en tanto las tres restantes se pagarían el 1° de abril de cada año siguiente; más los ingresos provenientes del contrato de transporte de carbón por la vía férrea que la concedente tenía suscrito con la sociedad Drummond Ltd., estimados en aproximadamente US\$30.000.000 anuales. Los aportes estatales serían manejados por una entidad fiduciaria y desembolsados periódicamente a la concesionaria, debiendo esta última pagar a la contratante US\$42.000.000 el 30 de abril de 2003, además de que debía concluir las obras de rehabilitación al cabo de los primeros cinco años.

1.1.2.3 Los precios unitarios convenidos en el contrato exceden los estándares internacionales en materia de costos de rehabilitación y reconstrucción por kilómetro de vía férrea y superan, hasta en un 300%, los precios pagados por Ferrovías a otros contratistas por los mismos servicios, como el caso del contrato n.° 01-0078-095 celebrado con la constructora Andrade Gutiérrez para la rehabilitación del tramo Grecia-San Rafael de Lebrija.

1.1.2.4 El 26 de octubre de 1999, Ferrovías y Fenoco S.A. suscribieron el acta n.° 1 con el fin de modificar los aportes correspondientes a los ingresos del contrato celebrado con Drummond Ltd., conviniendo en que se trataba de una remuneración "neta", esto es después de descontar lo correspondiente a

impuestos y al Fondo de Mantenimiento, lo que alteró las condiciones financieras iniciales en un valor de \$2.600,3 millones de pesos en favor del contratista, con detrimento del patrimonio público.

1.1.2.5 El 27 de febrero de 2001, invocando el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad estatal y la cláusula del contrato de concesión que versa sobre el arreglo directo de controversias, las partes suscribieron el acta n.º 5 de esa fecha, con el objeto de i) autorizar la entrega al concesionario de US\$12.500.000 antes de la fecha inicialmente convenida, sin exigirle garantías de manejo del anticipo y pese a la nula ejecución del programa de trabajos aprobado; ii) ampliar en 2 años el plazo para la conclusión de las obras de rehabilitación; iii) destinar los fondos provenientes del contrato con Drummond Ltd., para la compra de equipos, inspecciones técnicas y servicio de la deuda, ítems que, según lo convenido inicialmente, corrían por cuenta y riesgo de la concesionaria; iv) reconocer sumas adicionales, no debidas, por los tramos de vía la Loma-Puerto Drummond y Grecia-San Rafael que, a sabiendas del estado inconcluso en que los había dejado el consorcio conformado por J. Ferreira, Equipos Universal y Andrade Gutiérrez, la concesionaria recibió de la concedente para su rehabilitación, con cargo a la remuneración inicialmente convenida; v) reducir al 80% el nivel de ejecución trimestral del plan anual de obras; vi) transferir al concesionario los rendimientos financieros de los fondos de la fiducia y vii) reembolsarle \$1.918,5 millones de pesos por concepto de inspecciones físicas que, conforme con el pliego de condiciones, debía realizar el proponente a su cargo antes de presentar la oferta.

1.1.2.6 El 21 de mayo siguiente, mediante acuerdo contenido en el acta n.º 7 suscrita en esa fecha, las partes convinieron en ampliar hasta 2008 el plazo para el pago de US\$42.000.000, que conforme con esta modificación lo haría el concesionario mediante "*cruce de cuentas*" y no en efectivo como se acordó inicialmente.

1.1.2.7 En mayo de 2002 la Contraloría General de la República concluyó la "*Auditoría Gubernamental con enfoque integral especial a las concesiones férreas del Pacífico y del Atlántico, Ferrovías 1998-2000*"

señalando que, con las modificaciones introducidas al contrato de concesión mediante las actas n.º 5 y 7 de 2001, las partes, de manera indebida, alteraron sustancialmente las condiciones financieras iniciales del contrato otorgando privilegios injustificados al concesionario, en detrimento del patrimonio público. En consecuencia, el ente de control dispuso adelantar juicios de responsabilidad fiscal en contra de los gerentes de Ferrovías que intervinieron en tales actos.

1.1.3 Fundamentos de derecho

Sostienen las actoras que debe terminarse o dejarse sin efectos el contrato de concesión CO-ATLA-00-99-010 de 1999 celebrado entre entre Ferrovías y Fenoco S.A. y las actas n.º 5 y 7 de 2001 suscritas por la partes para modificarlo porque, además de que en su celebración los funcionarios públicos intervinientes incumplieron los deberes que les son exigibles en materia de moralidad administrativa y defensa del patrimonio, constituyen vías de hecho, en tanto actos contrarios i) a los artículos 24 y 32 de la Ley 80 de 1993, dado que se dispuso el pago de un anticipo ajeno al contrato de concesión y, por lo mismo, no previsto en el pliego de condiciones, que resulta discriminatorio frente a los demás proponentes que no tuvieron la oportunidad de incluir esa financiación en sus ofertas, además de que no se exigió al contratista la garantía de buen manejo, ni se dispuso lo relativo a su reembolso; ii) a los artículos 4 y 26 *ib.*, en cuanto con las modificaciones introducidas la entidad estatal faltó a los deberes de diligencia y responsabilidad que le son exigibles en el manejo de sus recursos; iii) a los artículos 43 de la Ley 714 de 2001, 16 y 101 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, a cuyo tenor los rendimientos financieros de los recursos públicos manejados en fiducias corresponden al tesoro nacional y iv) a las normas que rigen en materia de conciliación, porque la entidad pública solamente podía componer directamente las controversias contractuales que tienen vocación de ser tramitadas por la vía judicial, previa verificación de los requisitos de procedibilidad y de los elementos probatorios que permitan evidenciar que la responsabilidad patrimonial se encuentra comprometida, sin

perjuicio de que no caben modificaciones a los aspectos sustanciales del contrato con el fin de favorecer injustificadamente los intereses del contratista en contra del patrimonio público.

Concluyen las actoras populares que la vulneración de normas que rigen la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público en la actividad contractual de la administración, en que incurrieron los accionados, amerita que se tomen las medidas necesarias para volver las cosas a su estado inicial.

1.2 Intervención pasiva

1.2.1 Empresa Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías

La entidad pública, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó otros –fls. 68 a 69, exp. 2002 1121 y fls. 309 a 352, exp. 2002 2060-.

En su defensa sostuvo que la acción ejercida es improcedente, porque i) en tanto se funda en que con las actas posteriores al contrato celebrado se habrían modificado los pliegos de condiciones poniendo en desventaja a los proponentes no adjudicados, se pretende la protección de derechos ajenos a los intereses colectivos, además de que a la licitación pública solamente se presentó la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A. y ii) a través del mecanismo constitucional de protección ejercido no es posible enjuiciar la conveniencia de la ejecución de los contratos estatales, ni decidir su terminación a partir de razones de legalidad desprovistas del reproche referente al incumplimiento doloso de los deberes que la ley impone para el manejo de los recursos estatales, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Además, señaló que las actas n.º 5 y 7 de 2001 no violan normas superiores ni desconocen el contrato de concesión, dado que i) en tanto la Ley 80 de 1993 no prohíbe la prórroga del plazo, las partes en ejercicio autónomo

de su voluntad podían convenir, como lo hicieron, en un tiempo más favorable para el cumplimiento de las obligaciones de pagar los aportes estatales y concluir las obras de rehabilitación; ii) el pago de US\$ 12.500.000, convenido en febrero de 2001, tuvo como fin ponerse al día en el cumplimiento de obligaciones asumidas desde el contrato inicial y las garantías exigidas con posterioridad al desembolso fueron adicionales a las ya otorgadas por la concesionaria; iii) las cláusulas 3ª, 13, 27, 95 y 97 del contrato inicial permiten destinar todos los aportes estatales, sin límites, a la financiación de las obras de rehabilitación-reconstrucción de la vía, incluyendo el servicio de la deuda asociada a estos trabajos, en tanto que con el acta n.º 5 de 2001 se limitó esta destinación a los recursos provenientes del contrato con la Drummond Ltd., lo cual, lejos de afectar el patrimonio público, permite incrementar con créditos los fondos comunes destinados a la concesión; iv) con el sistema de reembolsos por parte de la fiduciaria al concesionario, introducido con estas actas, se hizo efectivo el control de la ejecución del plan de obras previsto en la cláusula 97 del contrato de concesión, favoreciendo los intereses de la administración; v) con los nuevos acuerdos se introdujo la obligación para el concesionario de cumplir niveles mínimos de inversión del 90% a efectos de obtener los reembolsos; vi) asimismo, se introdujo el derecho para la concedente de participar en el 10% de la explotación de los bienes de la concesión en actividades no ferroviarias y vii) se aclaró que la obligación del concesionario de revertir saneados los bienes de la concesión que hubieren sido invadidos debía entenderse como de medio y no de resultado.

En esas condiciones, sostuvo la demandada, no es dable concluir la vulneración de los derechos colectivos en que se funda el amparo que procuran las actoras.

1.2.2 Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A

La sociedad concesionaria, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó los demás. Fundó su defensa i) en la improcedencia de la acción popular, por considerar que este mecanismo judicial no es idóneo para declarar la nulidad de las actas que contienen las

modificaciones contractuales y para ordenar las restituciones o reintegros pretendidos, en tanto se trata de actos que gozan de la presunción de legalidad pasible de ser desvirtuada exclusivamente a través de la acción dispuesta por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y ii) en que los acuerdos, contenidos en las actas n.º 5 y 7 de 2001, se originaron en los incumplimientos en que incurrió la concedente en materia de entrega de los bienes de la concesión en el estado y cantidad prometidas, de saneamiento de los predios del corredor vial y de riesgos contractuales a cargo de la administración; además de que no cambiaron la destinación de los aportes estatales ni las obligaciones del concesionario y favorecieron a la administración, en cuanto *“dejó de estar incumplida con Fenoco S.A”*, obtuvo un plazo mayor para los aportes que no pudo pagar oportunamente, para “los cortes existentes” y para solucionar el problema de las invasiones y, asimismo, le trasladó al concesionario la rehabilitación de los dos tramos de la vía que debía entregarle en óptimas condiciones y obtuvo participación en la explotación de la concesión –fls. 123 a 134, exp. 2002 1121 y fls. 363 a 373, exp. 2002 2060-.

1.2.3 Luis Diego Monsalve Hoyos

El ex gerente Monsalve Hoyos, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y dijo no tener conocimiento de los demás – fls. 378 a 388, exp. 2002 2060-.

Fundó su defensa en *“...el carácter manifiestamente improcedente de la acción”* y en la ausencia de vulneración de los derechos colectivos. Al efecto manifestó que a través de la acción popular no resulta posible enjuiciar la conveniencia de celebrar y ejecutar un contrato por razones de interés general, ni amparar los intereses particulares de los proponentes en una licitación pública, como el de la igualdad en el que se fundan las pretensiones, al tiempo que sostuvo que en el *sub lite* las actoras se limitaron a proponer un juicio de legalidad del contrato y de las actas adicionales, que, en tanto no se refiere a hechos de corrupción administrativa, no tiene cabida a través de la acción ejercida.

En aras de la moralidad de sus actuaciones explicó que i) si bien bajo su administración se celebró el contrato de concesión *sub judice*, lo hizo con sujeción a las condiciones que sus predecesores planearon a partir de un proceso serio de estructuración del proyecto; ii) los pliegos de condiciones incluían la minuta del contrato de fiducia que debía celebrar el concesionario para administrar los aportes estatales destinados a la concesión, la autorización para que se destinaran estos recursos a las obras de rehabilitación, sin límites en lo que tiene que ver con el servicio de la deuda y demás aspectos relativos a la financiación y la previsión de que de las tarifas que pagaba Drummond Ltd., a Ferrovías se descontarían unas sumas para el Fondo de mantenimiento y emergencias destinado a la concesión y iii) las actas suscritas posteriormente adicionaron el contrato de concesión sin modificar sustancialmente sus estipulaciones. Sostuvo que, en esas condiciones, no resulta posible concluir que su actuación haya estado motivada por fines corruptos, en contra de los intereses de la administración.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que en tanto no actuó con dolo, no procede la acción en su contra.

1.2.4 Juan Gonzalo Jaramillo Restrepo

El señor Jaramillo Restrepo, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, admitió algunos hechos y dijo no conocer los demás. Sostuvo que la acción fue ejercida en su contra con temeridad y mala fe, dado que la única razón invocada con ligereza en la demanda para vincularlo, consistente en haber ordenado la conformación de una comisión de alto nivel para variar sustancialmente el contrato de concesión con el fin de beneficiar al concesionario, carece de fundamento, razón por la que considera que las actoras deben ser condenadas a pagarle las costas procesales.

Expuso que su participación en relación con los hechos que sustentan la *causa petendi* se limitó a darle cumplimiento a la cláusula 139 del contrato de

concesión celebrado previamente por la entidad, a cuyo tenor, en calidad de gerente encargado de Ferrovías, debía designar a dos personas con facultades suficientes para que junto con el interventor y la concesionaria analizaran las controversias surgidas durante la ejecución, como lo solicitó la contratista desde el 31 de agosto de 2000, por razón de los “cortes preexistentes”, esto es de interrupciones en la vía por inundaciones, hundimientos y derrumbes ocasionados por hechos de la naturaleza posteriores a la presentación de la propuesta adjudicada, de la aplicación de la cláusula 81 del contrato de concesión, de las dificultades relacionadas con la normalización de los pasos a nivel, de la entrega oportuna de los aportes conforme con las obligaciones contraídas por la concedente y de los problemas permanentes de orden público en el corredor férreo de la Costa Atlántica, por la presencia de grupos paramilitares, guerrilleros, de delincuentes dedicados al saqueo de los rieles y demás elementos de la carrilera y de invasores de los inmuebles que conforman la vía.

En ese orden, señaló que i) la comisión estuvo conformada por personas expertas en distintas disciplinas, con alto nivel técnico, prestigio e independencia profesional, como lo exigía la complejidad de las materias a tratar, ii) a los designados se les encomendó la tarea de analizar los puntos reclamados por la contratista, explorar alternativas con sujeción al ordenamiento y al contrato celebrado y rendir informes, sin que les hubiera dado instrucciones para adoptar decisiones predeterminadas y iii) en diciembre de 2000 se le notificó que el Gobierno Nacional se disponía a nombrar al gerente en propiedad, razón por la que si bien, al 14 de febrero de 2001 cuando dejó el cargo, había recibido informes de los negociadores sobre las gestiones adelantadas, no aprobó acuerdos ni suscribió actas relacionados con el contrato *sub judice*.

Adujo el ex gerente Jaramillo que, estando limitada su participación a las actuaciones referidas, no le cabe responsabilidad por los hechos traídos a juicio en el *sub lite*.

1.2.5 Mario Federico Pinedo Méndez

Actuando a través de apoderado, el señor Pinedo Méndez se opuso a las pretensiones, a la vez que aceptó unos hechos y negó otros –fls. 141 a 145, exp. 2002-1121 y fls. 235 a 261, exp. 2002-2060-. Señaló que el 15 de febrero de 2001, cuando se posesionó del cargo de presidente de Ferrovías para el cual fue nombrado por el Decreto 60 de los mismos mes y año, el contrato de concesión estaba produciendo sus efectos, al punto que la concesionaria ya había contratado con la Fiduciaria de Occidente S.A el manejo de los aportes estatales y con la Red Nacional de Ferrocarriles de España el apoyo técnico requerido para la rehabilitación, operación y mantenimiento de la infraestructura de transporte férreo y, por su parte, la administración incumplía sus obligaciones para con la contratista; asimismo, el contrato inicial había sido modificado en varias oportunidades, en razón a que los bienes de la vía férrea no se encontraban en las condiciones previstas en los pliegos de condiciones y se requería adecuar la ejecución a los fines estatales, además de que, para entonces, también las partes habían logrado acuerdo sobre 10 de 13 controversias sometidas al procedimiento contractual de arreglo directo, relacionadas con la interpretación de varias de las estipulaciones y con los incumplimientos de las obligaciones en que incurrió Ferrovías; todo lo cual, finalmente, debía plasmarse en actas, como se hizo en la n.º 5, suscrita 12 días después de su posesión, de conformidad con las recomendaciones de la comisión de alto nivel que adelantó las negociaciones directas y con lo aprobado por el Consejo Directivo de Ferrovías, como dan cuenta las actas de las sesiones de este cuerpo decisorio adelantadas los días 19 de septiembre y 4 de diciembre de 2000 y 27 de febrero, 21 de marzo y 2 de abril de 2001.

En cuanto a las modificaciones del contrato anteriores a los acuerdos plasmados en el acta n.º 5 de 2001, el accionado manifestó que tuvieron que ver con que i) todos los recursos que Ferrovías se obligó a entregar a Fenoco S.A. deben tratarse como aportes de la concedente –otrosí n.º 1 del 28 de febrero de 2000-; ii) se adicionó una bateadora a los bienes de la concesión y se acordó no entregar un furgón como estaba previsto inicialmente –otrosí n.º 2, del 4 de mayo siguiente-; iii) el plazo para la rehabilitación se amplió en 6

meses, debido a que, transcurrido un tiempo igual desde la suscripción del contrato, la administración no pudo entregar el objeto de la concesión por hechos ajenos al concesionario, además de que debió modificarse la relación de los bienes, muebles e inmuebles, por no corresponder a lo previsto en el pliego de condiciones –otrosí n.º 3, del 23 de julio posterior-; iv) se aclararon contradicciones entre el contrato de concesión y el de fiducia y se estableció un procedimiento para la entrega del material rodante –acta n.º 1, sin fecha-; v) se aplazó “la fecha de la iniciación de la concesión para el 3 de marzo de 2000” –acta del 19 de enero de 2000-; vi) se reguló lo relativo a la contratación que podía celebrar la concesionaria en desarrollo del objeto, el tratamiento de los cambios legislativos, las indemnizaciones y terminación anticipada, el riesgo laboral, el plan de obras, los derechos de acceso y paso de la vía, la colaboración del concedente al concesionario, los créditos no amortizados, el cierre financiero, el equilibrio contractual, la solución de controversias mediante el acuerdo directo, las licencias y reglamentaciones, la terminación del contrato por causas imputables a Ferrovías, la reversión, los recursos del fondo de mantenimiento para el tramo la Loma-Puerto Drummond, la estación del Corso, el uso del corredor férreo y el pago de los aportes de la concedente pactados para el año 2000 –acuerdo complementario n.º 3 del 28 de febrero del mismo año- y vii) se estableció un plazo de 6 meses, desde la fecha de entrega -ocurrida el 3 de marzo del mismo año-, para la verificación de la totalidad de los bienes de la concesión y para la presentación de los diseños de las obras a desarrollar –acuerdo complementario n.º 4 del 1º de junio de 2000-.

Asimismo, puso en contexto que en septiembre de 2000 las partes se encontraban adelantando la etapa final de la negociación directa orientada a resolver las controversias surgidas en torno a i) los reembolsos; ii) los “*cortes preexistentes*” y la interpretación de la cláusula 81 del documento suscrito; iii) el estado de los tramos la Loma-Puerto Drummond y Grecia-San Rafael de Lebrija; iv) el derecho de explotación del concesionario; v) el contrato celebrado por Ferrovías con Drummond Ltd., vi) la rotura del equilibrio financiero; vii) la seguridad de la línea férrea; viii) el acta de verificación de los bienes de la concesión; ix) la obligación del concesionario de revertir los

bienes libres de perturbación, cuando habiendo sido invadidos y habiendo puesto Fenoco los medios jurídicos apropiados, no se consiga su restitución; x) la oferta del concesionario para la sustitución y puntos de rehabilitación; xi) la indemnización a la contratista en caso de operar la reversión parcial anticipada; xii) el plan de regulación de pasos a nivel y xiii) la interventoría. Diferencias de las cuales, para el 4 de diciembre de ese año, las partes habían logrado acuerdo sobre diez puntos, como se lo informaron en esa fecha los negociadores Luis Fernando Sábica y Edmundo del Castillo al Consejo Directivo de Ferrovías, conformado por el Ministro de Transporte, los representantes del Presidente de la República, del Departamento Nacional de Planeación, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Presidente de Ferrovías, según consta en las actas de las sesiones llevadas a cabo para el efecto.

En ese orden, señaló el accionado que los acuerdos plasmados en el acta n.º 5 del 27 de febrero de 2001, pusieron fin a las controversias contractuales surgidas entre las partes con ocasión de la ambigüedad y contradicciones de las estipulaciones previamente definidas por la administración y de la responsabilidad que le cabía, por haber incumplido sus obligaciones debido, entre otras razones, al estado real de la vía y a las difíciles situaciones económica y de orden público del país, sobrevinientes al contrato, que afectaron las finanzas del Estado y de la contratante en particular.

A juicio del demandado, lejos de privilegiar los intereses del concesionario, los acuerdos logrados con el acta n.º 5 de 2001 beneficiaron a la administración, si se considera que i) no se modificó lo relativo a la destinación de los aportes estatales, sino que se corrigió la situación generada por la cláusula 4ª del contrato de fiducia en la que se omitió incluir la destinación de los aportes de Ferrovías para la financiación de las obras de rehabilitación, como estaba previsto en el pliego de condiciones, aclarando que si bien las cláusulas 13, 27, 95 y 97 del contrato de concesión permitían que con ellos se cubriera el servicio de la deuda, a partir del nuevo acuerdo el concesionario solamente podría hacerlo con los fondos del contrato de transporte con Drummond Ltd., garantizando que los demás aportes se

destinaran exclusivamente a la ejecución de la rehabilitación; ii) se logró que, sin exigir la cláusula penal, el concesionario continuara el contrato con el pago inmediato de aportes por US\$12.500.000 y se defiriera, a un plazo de 7 años y cuotas acordes con la difícil situación financiera de la contratante, el pago del remanente de los US\$80.000.000 convenidos inicialmente y iii) se acordó que las obras de rehabilitación se concluyeran en el plazo convenido para el pago de los aportes, cambiando el mecanismo inicial de desembolso independiente del avance de las obras por uno de reembolsos sujeto a la ejecución, con un sistema de verificación de niveles mínimos de inversión, dado que el contrato inicial carecía de estos mecanismo de control.

Concluyó el señor Pinedo Méndez que, en tanto i) era su deber respetar los acuerdos logrados por sus predecesores en el proceso de negociación directa, ya que se orientaban a cumplir las disposiciones de los artículos 4º, 13 y 63 de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor la administración debe tomar medidas eficaces para que por hechos suyos no se impongan sobrecostos al contratista y buscar, en forma ágil, rápida y directa la solución de las diferencias que surjan durante la ejecución; ii) no se alteraron las condiciones esenciales en que se celebró el contrato y iii) se pudo continuar la ejecución en condiciones favorables para la administración, no es dable concluir que en la suscripción del acta n.º 5 de 2001 haya actuado con dolo o culpa grave, requisito sin el cual no cabe imponerle al funcionario público la obligación de pagar lo que el contratista deba devolverle a la administración, como consecuencia de la sentencia de decida esta *litis*.

Con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación, el demandado señaló que, si bien la acción popular procede contra “*el funcionario público corrupto y el particular que lo corrompió*” –fl. 379- para recuperar o evitar pérdidas económicas del Estado por la descomposición de los valores supremos que rigen a la administración, en tanto con el contrato inicial y en los demás acuerdos *sub lite* no fueron vulnerados los derechos colectivos en que se apuntala la demanda y existen otros mecanismos judiciales para debatir los asuntos planteados con ocasión de la nulidad o la ineficacia pretendidas, no resulta procedente el amparo judicial impetrado.

Asimismo, el señor Pinedo Méndez propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que en cuanto no actuó con dolo en la suscripción del acta n.º 5 de 2001, no está llamado a soportar las consecuencias de la acción ejercida en este proceso.

1.2.6 Diego Luis Noguera

El señor Noguera, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó como ciertos algunos hechos y negó los demás.

Al efecto señaló que i) la acción ejercida es improcedente, en tanto el derecho a la igualdad que se pretende amparar no reviste interés colectivo y a la licitación pública no concurren proponentes distintos de Fenoco S.A, además de que en la celebración del contrato y la suscripción de las actas *sub lite* no medió la vulneración de la moralidad administrativa por actuaciones dolosas y ii) los acuerdos contenidos en las actas n.º 5 y 7 de 2001 se ajustan a la Ley 80 de 1993 y no alteran las condiciones iniciales del contrato, relativas a que la concedente debía aportar US\$80.000.000, de los cuales hacen parte los US\$12.500.000 que se ordenó pagar inmediatamente el 27 febrero de 2001 y a que la concesionaria debía devolver los US\$42.000.000 al finalizar la etapa de rehabilitación-reconstrucción, como se mantuvo –fls. 58 a 66, exp. 2002-1121-.

1.3 Alegatos de conclusión

1.3.1 Demandante

La Fundación GAIA para el Desarrollo Sostenible, a través de apoderado, expuso que, de conformidad con los artículos 2º, 9º, 34 y 40 de la Ley 472 de 1998, la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación, la impugnación de los contratos que amenazan o lesionan la moralidad administrativa y el

patrimonio público debe surtirse a través de la acción popular, en tanto mecanismo constitucional dispuesto con carácter autónomo, principal y prevalente para la protección de estos valores supremos que subordinan la actividad de la administración. En ese orden, expuso la actora, le corresponde al juez popular anular, modificar o dejar sin efectos los actos contractuales y adoptar las demás medidas que demande el caso concreto, sin que para el efecto resulten aplicables los límites dispuestos para otras acciones en lo que atinente al poder dispositivo en materia de pretensiones, *causa petendi*, pruebas y congruencia del fallo, pues en estos casos el juez no dirime conflictos entre particulares, sino que debe actuar como garante de la eficacia de los derechos colectivos, como se lo exigen los cánones constitucionales.

Asimismo, sostuvo que, si bien el juicio de moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público es ajeno a la indagación de aspectos volitivos o intencionales de los funcionarios públicos y apunta a la verificación objetiva del cumplimiento de los deberes de pulcritud, transparencia, diligencia y cuidado que les son exigibles, en el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, que concluyó con la destitución de los ex gerentes de Ferrovías, quedó establecido que estos funcionarios actuaron con culpa grave y dolo en la celebración y modificaciones del contrato de que trata el *sub lite*, mientras que la Contraloría General de la República dictaminó que con esas mismas actuaciones los demandados causaron grave detrimento patrimonial al Estado.

Trajo a colación, además, que la documentación aportada al proceso por la Superintendencia de Puertos y Transporte da cuenta de que en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, esta entidad igualmente detectó que Ferrovías incurrió en graves irregularidades en la celebración del contrato de concesión y en la suscripción de los acuerdos modificatorios, que imposibilitaron la verificación y el control de la debida ejecución del objeto a cargo del concesionario, pues esos actos contienen ambigüedades y contradicciones en las que se amparó el concesionario para oponerse al cumplimiento de las obligaciones que le eran exigibles, poniendo a la concedente en riesgo de ser penalizada o condenada por el incumplimiento de

las obligaciones contraídas en el contrato de transporte de carbón por la vía concesionada, que tenía celebrado con Drummond Ltd.

Agregó la actora que del simple análisis de las estipulaciones y precios acordados en el contrato suscrito y de su confrontación con las modificaciones contenidas en las actas posteriores, se establece objetivamente la conducta dolosa de los funcionarios públicos y el incumplimiento de los deberes de la entidad estatal en materia de moralidad administrativa y defensa de su patrimonio, si se considera que, sin razón que lo justifique, i) Ferrovías financió las obras de rehabilitación-reconstrucción con aportes y anticipos como en un contrato de obra, a pesar de haberse convenido inicialmente en una remuneración para el concesionario propia de un esquema de concesión con financiación y riesgos a su cargo; ii) la entidad estatal convino en una remuneración que excede significativamente los costos promedios internacionales y los precios pagados por Ferrovías a otros contratistas por actividades similares; iii) se cambió la destinación de los aportes generados con el contrato de transporte celebrado con Drummond Ltd., para afectarlos al servicio de la deuda, cuyo riesgo atribuía el pliego de condiciones al concesionario –actas n.º 5 y 7 de 2001-; iv) con la expresión “neta” adicionada unilateralmente por la concesionaria al literal b) de la cláusula 3.2 de la minuta del contrato de fiducia que debía celebrar, se disminuyeron en \$2.600,3 millones los recursos que debía transferir al fondo previsto para el contrato con Drummond Ltd., en contra de los intereses de Ferrovías –acta n.º 1-; v) se reconoció a la concesionaria una suma adicional de US\$10.895.749 por la rehabilitación y mantenimiento de los tramos Grecia-San Rafael de Lebrija y la Loma-Puerto Drummond, obras que, conforme con el pliego de condiciones, estaban a cargo de la contratista por el valor inicialmente convenido –acta n.º 5-; vi) se estableció un sistema de reembolsos a favor del contratista no previsto en el contrato inicial, con el cual la entidad concedente asumió la financiación de las obras que estaban a cargo del concesionario, a unos precios unitarios no previstos en el pliego de condiciones ni pactados en el contrato celebrado y que exceden los promedios del mercado –acta n.º 5-; vii) Ferrovías asumió la obligación de reembolsar a Fenoco S.A. los costos de las inspecciones de la infraestructura, talleres y material móvil, de estudios de

ingeniería, geología, topografía, geotecnia, hidrología, hidráulica, demanda y obras, así como de diseños y adquisición del material rodante, que el concesionario asumió de conformidad con el pliego de condiciones y el contrato inicial, -acta n.º 5-; viii) la entidad estatal entregó indebidamente US\$12.500.000 por concepto de un anticipo no previsto en el contrato y sin garantías, para que el concesionario realizara actividades que debía financiar con sus propios recursos; ix) la contratante interpretó indebidamente el contrato de concesión para extender hasta el 27 de febrero de 2008 el plazo para la rehabilitación, en contra de sus propios intereses, comprometidos en el contrato de transporte con Drummond Ltd. -acta n.º 5-; x) siendo factores determinantes de la adjudicación el monto, el plazo y la forma como la concesionaria debía devolver US\$42.000.000 a Ferrovías en abril de 2003, las partes convinieron posteriormente en que este pago se haría en 2008, con los fondos que estuvieran disponibles en la Fiducia y que, en caso de no ser suficientes, los faltantes los pagaría la concesionaria mediante el sistema de "cruce de cuentas" con los aportes que adeudara Ferrovías y con los fondos provenientes del contrato con Drummond Ltd., compensación que a juicio de la actora no era posible, dado que para esa fecha la contratante solamente debía a Fenoco S.A. US\$20.000.000 -actas n.º 5 y 7-; xi) la concesionaria modificó unilateralmente la cláusula n.º 20 de la minuta del contrato de fiducia que debía celebrar, para pagar las multas y sanciones en que incurriera con cargo a los recursos del fideicomiso y, mediante el acta n.º 7, so pretexto de introducir un procedimiento para la imposición de las multas, la concedente aceptó esas alteraciones en contra de las cláusulas 105, 107.6 y 107.7 del contrato de concesión; xii) Fenoco S.A. modificó unilateralmente la cláusula 7ª de la minuta del contrato de fiducia disponiendo en su favor de los rendimientos de los fondos de la fiducia que legalmente pertenecen al patrimonio autónomo, alteración que fue aceptada por la entidad estatal mediante el acta n.º 1; xiii) la contratista mutiló la cláusula n.º 10 de la minuta de fiducia, para despojar a Ferrovías de los ingresos que le correspondían de conformidad con el numeral 3.2. de la cláusula tercera del mismo proyecto, sin que la administración haya recuperado ese derecho; xiv) el contratista adicionó abusivamente la obligación del fideicomitente de "cancelar la comisión fiduciaria de que trata la cláusula novena del presente contrato", agregando el

texto *“que no esté cubierta con los rendimientos generados por los ingresos correspondientes al concesionario”* al numeral 17.3 del proyecto de contrato de fiducia que integraba el pliego de condiciones, lo cual fue aceptado por Ferrovías al suscribir el acta de reunión n.º 1; xv) se otorgó al concesionario la titularidad de los rendimientos financieros que generen los fondos que le fueren retenidos por la fiducia en razón del incumplimiento del plan de obras – acta 5-; xvi) se transfirió a la concedente la obligación de sanear los cruces a nivel que no estuvieren legalizados, asumida por la concesionaria al celebrar el contrato; xvii) se limitó a los trayectos rehabilitados el cumplimiento de las obligaciones de conservación intensiva y sistemática, contraídas por la concesionaria sobre todos los bienes de la concesión –acta n.º 7- y xviii) se interpretó en contra de los intereses de Ferrovías que *“independientemente del pago de las indemnizaciones previstas en las cláusulas 124 y 125 del contrato de concesión, la concesionaria tendrá derecho al pago de las prestaciones especiales descritas en las cláusulas 131, 132 y 133”*, a pesar de que se entendía que la contratista solamente tenía derecho a los reconocimientos previstos en las dos primeras cláusulas –acta n.º 7-

Por estas razones, concluye la actora, están acreditados los requisitos para la procedencia del amparo solicitado –fls. 597 a 633, c.p.-.

1.3.2 Demandados

1.3.2.1 Ferrovías y Fenoco S.A.

En esta oportunidad la entidad pública y la concesionaria demandada, a través de apoderados, presentaron similares alegatos, en los que insisten en la improcedencia de la acción ejercida, por considerar que i) no es el mecanismo idóneo para decidir sobre la terminación del contrato estatal, ni para amparar al derecho a la igualdad de los proponentes en que se fundan las demandas y ii) no vulneraron los derechos colectivos, si se considera que, en tanto no actuaron dolosamente, no es dable concluir que hayan corrompido moralmente a la administración y deteriorado su patrimonio.

Para apuntalar esto último, volvieron sobre los antecedentes de las actas n.º 5 y 7 de 2001, enfatizando en que esos acuerdos se originaron en la necesidad de corregir los graves incumplimientos en los que incurrió Ferrovías, al no poder pagar oportunamente al concesionario un saldo de US\$13.990.000 de la primera cuota de los aportes y al habersele imposibilitado entregar los bienes de la concesión, por cortes ocasionados en la vía por hechos de la naturaleza sobrevinientes, ataques terroristas, invasiones y colapso de la infraestructura, oposición de otras entidades propietarias de material y equipo integrantes del corredor férreo, así como por su equivocado entendimiento sobre el valor que debía reconocer al concesionario por la reposición de algunos tramos de la vía. Mora que, conforme con las estipulaciones convenidas en el contrato, le generaba a la concedente el pago de perjuicios por un valor aproximado de US\$48.000.000, de continuar con la ejecución o habilitaba al concesionario para proceder a la terminación anticipada y a la exigencia de la cláusula penal, convenida en US\$80.000.000.

En ese orden, señalaron que con las negociaciones llevadas a cabo en la etapa contractual de arreglo directo la administración logró i) revertir los efectos pecuniarios de su incumplimiento, ii) establecer mecanismos ágiles para ponerse al día con sus obligaciones, iii) acordar un plazo favorable para el pago de los aportes y iv) continuar con una ejecución más eficiente de la rehabilitación, sin alterar la naturaleza del contrato celebrado ni las condiciones financieras, en tanto del saldo adeudado pagó US\$12.500.000, sin otorgar anticipos ni incrementar el valor de US\$80.000.000 convenido y mantuvo la destinación de los aportes estatales para la ejecución de la rehabilitación, inclusive el servicio de la deuda asociado a esas obras, así como la devolución de la suma US\$42.000.000 que el concesionario debía cumplir al finalizar esta etapa, como estaba previsto desde el pliego de condiciones.

También señalaron que, como la administración no pudo pagar oportunamente los aportes destinados a la rehabilitación de la vía, no podía

exigirle al concesionario el cumplimiento de esta obligación en el plazo inicialmente convenido y que, conforme con las condiciones iniciales, solo podía hacerla efectiva al solucionar las suyas en materia de financiación, cuyo plazo fue prorrogado en favor y por hechos atribuibles a la administración.

Concluyeron que, por estas razones, los acuerdos contenidos en las actas impugnadas constituyen verdaderas transacciones para poner fin a las controversias contractuales y modificar el contrato en favor de los fines estatales, además de que la renuncia de la concesionaria a reclamar los perjuicios y los beneficios obtenidos por la administración permiten descartar la arbitraria liberalidad y el carácter conciliatorio con visos de vías de hecho en que las actoras fundan el amparo solicitado –fls. 633 a 654, c.p.e.

1.3.2.2 Luis Diego Monsalve Hoyos

En esta oportunidad el accionado, en calidad de abogado en su causa, reiteró la contestación de la demanda, enfatizando en la improcedencia de la acción popular para proteger el derecho a la igualdad de los proponentes de la licitación y en la ausencia de actuaciones dolosas suyas que vulneren la moralidad administrativa y el patrimonio público.

Agregó que la razón por la cual las actoras lo vincularon a esta actuación procesal, consistente en que de acuerdo con la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación habría incurrido en irregularidades al suscribir el acta n.º 1 de 2000 para modificar el contrato de concesión, carece de asidero, en tanto la primera de estas entidades se abstuvo de abrir juicio de responsabilidad fiscal en su contra y el segundo órgano de control si bien le formuló cargos por la celebración del contrato, no cuestionó la suscripción de la referida acta.

Señaló que los cuestionamientos que las actoras formulan a la modificación de la cláusula 3.2 de la minuta del contrato de fiducia con la expresión “neta” son infundados, por cuanto esta se introdujo antes del cierre

de la licitación, con el adendo n.º 5 al pliego de condiciones, dado que en esa oportunidad se modificó el contrato de transporte celebrado entre Ferrovías y Drummond acordando las partes que de los fondos provenientes de este negocio se descontaría una suma para mantenimiento y emergencias, que se manejaría en un fondo fiduciario independiente. Según el demandado, esto hizo necesario aclarar que a la fiducia que contrataría la concesionaria solamente ingresaba su remuneración neta, esto es los pagos efectuados por Drummond Ltd., después de descontar las sumas a las que se hizo mención – ffs. 575 a 584, c.p.-.

1.3.2.3 Juan Gonzalo Jaramillo Restrepo

En sus alegaciones, el demandado, a través de apoderado, concluyó que ninguna responsabilidad le cabe por los hechos en que se funda el amparo solicitado por las actoras, dado que no suscribió el contrato de concesión ni las actas enjuiciadas en el *sub lite*. Además de que en su contra no se adelantó investigación alguna por parte de los órganos de control competentes.

En ese orden, explicó que su gestión como presidente (e) de Ferrovías se centró en el cumplimiento del contrato celebrado, para lo cual debió i) encarar las dificultades sobrevinientes que imposibilitaron entregar la red, estaciones, material rodante, equipos, terrenos e instalaciones dispersos a lo largo de los 1.473 km de las vías objeto de la concesión; ii) requerir y apoyar al ejército y la policía para contrarrestar los hostigamientos de la guerrilla y de los paramilitares en los tramos del corredor férreo que atraviesan el Magdalena Medio y la Costa Atlántica, el saqueo de bandas de delincuencia común y las invasiones de los predios; iii) tramitar ante el Ministerio de Hacienda el desembolso de los recursos para cumplir con los aportes que, conforme al contrato inicial, se debían pagar a la concesionaria y iv) acudir al mecanismo de arreglo directo de controversias convocado por la concesionaria, con fundamento en la cláusula 139 del contrato de concesión, a través del cual, al término de su administración, no se habían logrado acuerdos definitivos.

A partir de estos razonamientos el demandado solicitó que, de oficio, se declare en su favor la falta de legitimación en la causa.

1.3.2.4 Mario Federico Pinedo Méndez

En esta oportunidad, a través de apoderado, el demandado recapituló las razones de la contestación de la demandada, sobre i) la improcedencia de la acción ejercida para debatir las controversias planteadas por las actoras en punto a la nulidad o ineficacia de los actos contractuales y para el amparo de intereses particulares de los proponentes, ii) su participación en la suscripción del acta n.º 5 de 2001 para poner fin a las controversias suscitadas por los graves incumplimientos de las obligaciones en que para entonces había incurrido Ferrovías y iii) los beneficios que obtuvo la administración con los acuerdos logrados en esa oportunidad.

Además, centró su atención en los antecedentes de la celebración del contrato, en las razones que llevaron a la contratante a los múltiples incumplimientos, en la amenaza real de que fuera demandada y condenada al pago de cuantiosas indemnizaciones al concesionario y en la necesidad de adecuar la ejecución del objeto a los fines estatales, para señalar que i) se trató del proyecto de mayor envergadura acometido sobre 1.473 kilómetros de vías férreas, cuyas planeación y estructuración se iniciaron en 1991 y se extendieron durante tres periodos presidenciales, al punto que de él se ocuparon varios documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES y las dos primeras leyes del plan nacional de desarrollo (1995 y 1999), ii) jurídicamente se debía definir y poner en ejecución por primera vez en el sector un novedoso esquema de concesiones, con financiación y riesgos a cargo del particular, pero con la necesidad de aportes estatales dado el avanzado deterioro de las vías férreas del país y iii) adicionalmente, se debía superar el ambiente hostil que rodeaba a la concesión, reflejado en el incremento de atentados y saqueos contra la infraestructura, las invasiones en los predios del corredor férreo, sumados a los desastres naturales que acrecentaron el deterioro de la vía. Circunstancias que, además de dificultar el

cumplimiento de las obligaciones contraídas por la administración, ameritaron que iniciada la ejecución se debieran introducir ajustes para corregir situaciones que a la postre resultaron ambiguas o insuficientes en las estipulaciones convenidas y, en especial, para adecuar la ejecución a la realidad de los bienes objeto de la concesión y a los fines estatales, al tenor de las exigencias de la Ley 80 de 1993. Razones que, a juicio del actor, desvirtúan los fines corruptos que las actoras pretenden atribuir a las actuaciones y acuerdos *sub judice* –fls. 585 a 596-.

1.4 Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, declarando sin efectos las actas n.º 5 del 27 de febrero de 2001 y 7 del 21 de mayo de 2002 y ordenando a la concesionaria y, en subsidio, a los señores Luis Diego Monsalve Hoyos, Mario Federico Pinedo Méndez y Diego Luis Noguera, reintegrar a Ferrovías la suma de US\$12.500.000 y pagar los US\$42.000.000 que Fenoco S.A. debía devolver el 23 de abril de 2003, junto con los rendimientos financieros de la fiducia indexados “y demás pagos realizados en exceso con base en las modificaciones contractuales”. Además de que fijó en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes el incentivo que los demandados deberán pagar a las actoras “en forma solidaria y proporcional”.

Después de encontrar procedente la acción popular para dejar sin efectos los actos contractuales de la administración que vulneran la moralidad administrativa y el patrimonio público, el tribunal *a quo* apuntaló su decisión en la afectación de estos derechos colectivos por haberse alterado el contrato inicial con i) la modificación de la remuneración y del sistema de financiación; ii) la prórroga, por cinco años, del plazo para que la concesionaria devuelva a la concedente la suma de US\$42.000.000; iii) la ampliación del plazo para la presentación del programa de obras y verificación de bienes; iv) la inclusión en el contrato de bienes que no eran parte del pliego de condiciones de la

licitación; v) la entrega al concesionario de los rendimientos financieros de las fiducias que administraban los aportes estatales por US\$80.000.000 y los fondos provenientes del contrato de transporte celebrado con Drummond Ltd; vi) la autorización para que el concesionario destinara estos últimos recursos al servicio de la deuda; vii) la ampliación a 7 años del plazo para la rehabilitación de la vía; viii) la modificación de la fecha de inicio de las obras; ix) la compra o adquisición de material rodante por parte de la concedente; x) la modificación del nivel de inversiones a cargo de la contratista; xi) la eliminación de los controles a la ejecución del objeto; xii) la explotación de los bienes de la concesión en actividades no ferroviarias; xiii) la modificación de la obligación de conservación de los bienes a cargo del concesionario y xiv) la exoneración de la responsabilidad que le cabía a Fenoco S.A. por las invasiones sobrevinientes al inicio de la concesión.

A juicio del tribunal *a quo*, tratándose de un contrato de concesión, en el que la entrega de los bienes del Estado se justifica en tanto la concesionaria tenga la solvencia suficiente para aportar los dineros requeridos para la construcción, rehabilitación y operación, no es dable que, sin haber empezado la ejecución, las partes varíen el sistema de financiación, como lo hicieron al i) introducir el anticipo de US\$12.500.000, no previsto en el pliego de condiciones, en el contrato inicial y sin exigir garantías, ii) transferir al contratista los rendimientos financieros de los fondos fiduciarios; iii) haber permitido que el concesionario atendiera con los aportes estatales el servicio de la deuda a su cargo y iv) haber modificado las obligaciones en condiciones ventajosas para el concesionario, en lo relativo al plazo y la forma de pago de la suma que debía devolver la concesionaria, al tiempo para concluir la rehabilitación y al nivel de inversiones.

Concluyó el *a quo* que estas modificaciones, que pusieron en desventaja económica a la entidad estatal, en tanto originadas un contrato *“...mal planificado, desventajoso y deficiente, en donde se comprometieron unos recursos estatales por 80 millones de dólares, sin saber a ciencia cierta cuál era la inversión del contratista y en que se iban a emplear los aportes públicos, faltó planeación, programación de inversiones, controles sobre los dineros*

estatales a entregar, precisión del objeto y de las obligaciones de las partes..." como lo señaló la Procuraduría General de la Nación y que se asignó al contratista *"al parecer con la cédula, sin aportar un peso"*, como lo puso de presente la Contraloría General de la República, constituyen vulneración de la moralidad administrativa y, especialmente, de los principios de transparencia e igualdad rectores de la actividad contractual de la administración, además de que se tradujeron *"en un grave deterioro del patrimonio público"*.

En lo relativo al reconocimiento del incentivo, señaló que en tanto las sumas que deben restituir los demandados no son valores perdidos por la administración, sino que resultan de las modificaciones introducidas por las partes al esquema financiero del contrato, procede su tasación en salarios mínimos legales y no conforme al porcentaje previsto en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

2. Segunda Instancia

2.1 La apelación

La actora Fundación GAIA para el Desarrollo Sostenible y los demandados Empresa Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías en Liquidación, Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A., Luis Diego Monsalve Hoyos, Mario Federico Pinedo Méndez y Diego Luis Noguera recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia.

2.1.1 Demandante

La Fundación GAIA para el Desarrollo Sostenible interpuso el recurso de apelación para que sea modificada la sentencia de primera instancia, en lo relativo a las actas que deben dejarse sin efectos, a las sumas que los demandados deben restituir a Ferrovías y al incentivo fijado para las actoras.

Al efecto sostuvo que, en tanto el Tribunal *a quo* consideró que con las

modificaciones introducidas por las partes al contrato inicial se vulneró la moralidad administrativa y el patrimonio público, por las mismas razones debe i) dejarse sin efectos el acta n.º 1 del 26 de octubre de 1999 que redujo el valor que la concesionaria debía girar a Ferrovías, ii) ordenarse a los demandados restituir a la concedente todos los valores actualizados que resulten de la aplicación de las modificaciones contenidas en las actas n.º 1 de 2000 y 5 y 7 de 2001, incluyendo lo relativo a las sumas que Fenoco S.A. descontó de los recursos que debía girar a la contratante, al pago del anticipo por US\$12.500.000, a la devolución de los aportes por US\$42.000.000, a los rendimientos financieros de la fiducia transferidos al concesionario, al pago del servicio de la deuda con los aportes estatales, a las multas pagadas por el concesionario con recursos de la fiducia, a los valores reconocidos adicionalmente por la rehabilitación de los tramos Grecia-San Rafael de Lebrija y la Loma-Puerto Drummond, y a los reembolsos en favor de la concesionaria por concepto de inspecciones físicas, estudios y diseños, que en total estima en un valor no inferior a US\$81.777.784,80 y iii) fijarse el incentivo en el equivalente al 15% del total que deben restituir los demandados, dado que se trata de valores que la administración recuperará como resultado de la acción ejercida y del amparo otorgado a la moralidad administrativa, como lo prevé el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, con independencia de que se trate de sumas resultantes de los cambios introducidos por las partes al esquema financiero del contrato -fls. 852 a 889-.

2.1.2 Demandados

2.1.2.1 Ferrocarriles del Norte de Colombia-FENOCO S.A

La sociedad concesionaria, a través de apoderado, ejerció el recurso de apelación para que sea revocada la decisión y se nieguen las pretensiones de las demandas, fundado en que el tribunal *a quo* declaró la ineficacia de las actas n.º 5 y 7 de 2001 con efectos retroactivos, sin razón que lo justifique, además de que no le era posible ordenar las restituciones, dado que si al juez administrativo no le es posible afectar situaciones jurídicas consolidadas a

través de la acción de nulidad, con mayor razón no puede hacerlo mediante la acción popular, en tanto mecanismo improcedente para controlar la legalidad de los contratos.

En ese mismo orden, pone de presente que las razones invocadas por el *a quo* para otorgar el amparo solicitado, consistentes en que la Contraloría General de la República concluyó en su informe inicial la alteración sustancial de las condiciones financieras del contrato para otorgar privilegios injustificados al concesionario en detrimento del patrimonio público, carecen de fundamento, dado que, con posterioridad a la decisión de primera instancia, el ente fiscal dispuso el archivo de los juicios de responsabilidad adelantados con fundamento en el citado informe, por inexistencia de daño.

Asimismo, la recurrente sostiene que la decisión del *a quo* se funda en conclusiones erradas, en tanto i) de la mora en que incurrió la contratante no es posible deducir que el contrato no hubiera producido efectos, si se considera que un año antes de las modificaciones introducidas con las actas n.º 5 y 7 de 2001, esto es el 3 de marzo de 2000 las partes dieron inicio a la ejecución del objeto, siendo la realidad que para el mes septiembre siguiente la concedente ya había incumplido las obligaciones de pagar los aportes y de entregar la infraestructura, poniéndose en situación de pagar perjuicios hasta por US\$80.000.000 y de acudir al procedimiento de arreglo directo, conforme con lo convenido en las cláusulas 116, 125 y 139 del contrato celebrado, como lo reconoció el Gobierno Nacional en el debate ante el Senado de la República el 1º de octubre de 2002, la Contraloría General en la decisión del 6 de marzo de 2006 con la que dispuso el archivo de los juicios de responsabilidad fiscal y el Tribunal de Arbitramento convocado por Fenoco S.A. al condenar a Ferrovías, mediante el laudo arbitral del 24 de octubre de 2005, por los incumplimientos en los que continuó incurriendo aún después de las transacciones logradas con las actas *sub judice*; ii) el pago de los US\$12.500.000, de que trata el acta n.º 5 de 2001, no alteró el sistema de financiación, habida cuenta de que se trata de una obligación que debía pagar la concedente por el valor de US\$80.000.000, de conformidad con la cláusula 97.1 convenida en el contrato de concesión, por concepto de aportes sobre los

que Fenoco S.A. adquiriría la titularidad y no simplemente de una suma que esta recibía a título de anticipos reembolsables, como lo concluyó el Tribunal de Arbitramento y la Contraloría General de la República, en las decisiones citadas; iii) las sumas que debía pagar la concesionaria a la concedente, de que trata el acta n.º 7 de 2001, constituyen obligaciones con fisonomía distinta al reembolso de anticipos; iv) no resulta posible sostener que la entrega de los bienes del Estado en concesión solo procede si el concesionario asume la totalidad de la financiación y los riesgos asociados, pues el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 le permite a la administración remunerar al concesionario, tal como se previó en el pliego de condiciones al disponer que Ferrovías aportaría US\$80.000.000 para la financiación de las obras de rehabilitación, siendo a riesgo del concesionario los demás requerimientos financieros; v) lejos de eliminar los controles a la ejecución, con las actas n.º 5 y 7 se limitó la destinación de los aportes estatales distintos del contrato de transporte a la ejecución de las obras y se sustituyó el sistema de desembolsos inicialmente acordado por uno de reembolsos contra el avance del objeto, como dio cuenta de ello el órgano de control fiscal en su decisión del 6 de marzo de 2006; vi) es falso que la concesión se le hubiera adjudicado a la concesionaria "simplemente con la cédula", dado que Fenoco S.A, además de estar constituida con participación de importantes sociedades españolas, indias y colombianas dedicadas al sector de los ferrocarriles y a la construcción de infraestructura para el transporte público, cumplió con la capacidad financiera y demás requisitos legales exigidos; vii) de conformidad con la cláusula 7 del contrato de fiducia celebrado entre Fenoco y Fiduoccidente, los rendimientos financieros son de Ferrovías, razón por la que nunca se entregaron a la concesionaria; viii) el plazo para el pago de los US\$42.000.000 por parte de Fenoco S.A. se mantuvo en las condiciones inicialmente pactadas, esto es, al finalizar las obras de rehabilitación y son imputables a la administración los hechos que dieron lugar a la prórroga de la ejecución; ix) de conformidad con las cláusulas 14.12 y 16.4 del contrato de concesión celebrado, la obligación de revertir los bienes saneados es de medios y no de resultados, sin que en las actas *sub judice* se haya modificado su alcance; x) a pesar de que las partes convinieron en la cláusula 97.1 del contrato celebrado que la concesionaria podía destinar todos los aportes para los requerimientos de

financiación de la rehabilitación, incluido el servicio de la deuda, Fenoco S.A. no ejerció ese derecho; xi) de conformidad las cláusulas 22 y 23 del contrato de concesión, la concesionaria se obligó a ejecutar un plan mínimo de obras, asunto que, en tanto no tratado en las actas n.º 5 y 7, mal puede entenderse modificado por estos actos y xii) las modificaciones introducidas al contrato no pusieron en desventaja a la administración, dado que con el acta n.º 5 de 2001, purgó la mora, le trasladó a Fenoco la reconstrucción de los tramos la Loma-Puerto Drummond y Grecia-San Rafael que no estaban en las condiciones señaladas en el pliego de condiciones, para lo cual la concesionaria debió poner sus propios recursos y someterse al esquema de compensación, a través del cruce de cuentas y privó a la concesionaria del derecho que tenía de recibir los US\$40.000.000 al 27 de febrero de 2001, pues sumando los US\$12.500.000 para esta fecha la contratante solamente pagó US\$ 33.211.856, como lo señaló la Contraloría General de la República.

También, pone de presente la recurrente que, conforme con los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional –sentencia C-127/93-, no le es dado al juez llenar el vacío legal en materia del contenido de la moralidad administrativa, además de que, a su juicio, resulta contrario a la defensa del patrimonio público dejar sin efectos las transacciones legítimamente celebradas, sin costo para la administración y exponerla a un juicio de responsabilidad contractual por el pago de perjuicios hasta por el monto de US\$80.000.000 convenido a título de cláusula penal, por el grave incumplimiento en que incurrió, como sucedería al dejarse sin efectos los acuerdos que pusieron fin a las controversias contractuales de que tratan las actas n.º 5 y 7 de 2001.

2.1.2.2 Empresa Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías

La entidad concedente, a través de apoderado, interpuso el recurso de apelación para que sea revocada la sentencia de primera instancia y sea negado el amparo popular pretendido.

Al efecto i) reitera que, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación⁴, al juez popular solo le resulta posible la protección de la moralidad administrativa y de la defensa del patrimonio público comprometida con la actividad contractual, a través de medidas distintas de las declaraciones de nulidad y de ineficacia, en tanto estas últimas son exclusivas del "juez ordinario de la contratación estatal"; ii) señala que a pesar de que el juicio de moralidad administrativa y de defensa del patrimonio público a cargo del juez popular difiere del que le corresponde a los demás órganos estatales de control, el tribunal *a quo* omitió hacer lo propio y, con un criterio sesgado, se limitó a reproducir las conclusiones de la Procuraduría General de la República sobre la responsabilidad disciplinaria de los exgerentes, en su opinión erradas, descartando caprichosamente las decisiones que sobre los mismos aspectos adoptaron la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República que, en lo de su competencia, dispusieron el archivo de las investigaciones por no encontrar irregularidades o daño en lo que tiene que ver con la celebración del contrato y las actas de que trata el *sub judice* y iii) pone de manifiesto el carácter infundado de la decisión, señalando que el amparo concedido se apuntala en interpretaciones erradas del *a quo* sobre el contrato, los fines y alcance de los acuerdos de que tratan las actas afectadas por la ineficacia dispuesta con la decisión impugnada, siendo que, según considera, la realidad tiene que ver con la inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos en que se fundan las pretensiones.

En orden a precisar los errores de juicio del *a quo*, expone que i) resulta contrario a la eficacia de la autonomía de la voluntad de la administración y de los principios rectores de la finalidad su actividad contractual, desconocer los acuerdos de que tratan las actas n.º 5 y 7 de 2001, encaminados al cumplimiento de los deberes que le imponen los artículos 3, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993, en cuanto con ellos se readecuó la ejecución del objeto a los fines estatales comprometidos en la continuidad del servicio público de transporte férreo, sin alterar las condiciones financieras sustanciales, pese a que el grave incumplimiento de las obligaciones al que quedó expuesta le imponían

⁴ Trae en cita a la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 24 de junio de 2004, consejero ponente Filemón Jiménez Ochoa, expediente AP-819.

enfrentarse al pago de perjuicios tasados anticipadamente en US\$80.000.000; ii) el pago de los US\$12.500.000 acordado en el acta n.º 5 de 2001, en tanto constituye el cumplimiento de la obligación de dar los aportes prevista en el contrato inicial, no puede entenderse como un anticipo reembolsable modificadorio del esquema financiero de la concesión y, por tanto, que debiera ser objeto de una garantía adicional a la de cumplimiento otorgada por el concesionario, como en este mismo sentido lo concluyó la Contraloría General de la República; amén de que, conforme con la jurisprudencia⁵, nada impedía que, sobrevenido el incumplimiento de la administración, a través de la transacción se conviniera en el pago de recursos adicionales para el cabal cumplimiento de las obligaciones a su cargo, como lo autoriza el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; iii) carece de fundamento legal y se opone a la realidad de la ejecución del contrato estatal concluir que las modificaciones para adecuar el objeto a los fines estatales obedecen necesariamente al incumplimiento del deber de planeación; iv) desconoció que en tanto el contrato de fiducia celebrado entre Fenoco S.A y Fiduoccidente no fue modificado, la titularidad de los rendimientos financieros seguía siendo de Ferrovías como estaba previsto desde el inicio; v) ignoró que los plazos para la ejecución de las obras de rehabilitación y para el pago de US\$42.000.000 por parte de la concesionaria se debieron prorrogar por hechos imputables exclusivamente a la administración; vi) entendió que al concesionario se le puede exigir el cumplimiento de la obligación de revertir los inmuebles libre de invasiones, más allá del postulado general de que nadie está obligado a lo imposible, pues una vez iniciado los juicios de restitución la decisión de desalojar a los invasores depende del juez; vii) interpretó indebidamente que la cláusula 97.1 del contrato de concesión no permitía destinar los aportes estatales al servicio de la deuda y el fin de los acuerdos logrados con el acta n.º 5 de 2001, en tanto en realidad estos últimos se orientaron a limitar que la concesionaria solamente dispusiera de los aportes provenientes del contrato con Drummond Ltd., para ese fin y viii) entendió incorrectamente que el contrato fue modificado para reducir el nivel de inversiones al 80%, siendo que esta

⁵ Cita la sentencia del 8 de septiembre de 2004, proferida por la Subsección A de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para negar la acción popular contra Ferrovías y la concesionaria Tren de Occidente S.A., promovida contra actos que modificaron en un sentido similar al que se enjuicia en esta oportunidad.

proporción tiene como único fin controlar que a la concesionaria no se le efectúen reembolsos con cargo a la fiducia si la ejecución de las obras de rehabilitación es inferior a ese porcentaje –fls. 1039 a 1065-.

2.1.2.3 Luis Diego Monsalve Hoyos

El demandado Monsalve Hoyos, a través de apoderado, promovió la alzada para que sea revocada la sentencia de primera instancia, en cuanto a la condena solidaria al pago de las restituciones ordenadas y, en subsidio, para que se anule esa decisión *“...por la evidente motivación ambivalente o dialógica, pues las contradicciones que contiene la motivación impiden desentrañar el verdadero sentido finalmente consignado en la parte resolutive”*.

Expone el señor Monsalve que el tribunal i) le vulneró el derecho a la igualdad, dado que pese a que no participó en la suscripción de las actas n.º 5 y 7 de 2001, no recibió el trato dispensado al ex gerente Juan Gonzalo Jaramillo a quien el *a quo* exoneró de responsabilidad por no haber suscrito las actas modificatorias del contrato; ii) lo condenó por el hecho de haber celebrado el contrato, sin que sobre este acto inicial medie decisión de fondo en lo que tiene que ver con los derechos colectivos amparados; iii) desconoció el debido proceso, porque a pesar de que la demandante lo vinculó al proceso por haber suscrito el acta n.º 1, el *a quo*, basándose en el conocimiento personal que tuvo de la decisión de la Procuraduría General de la Nación en las investigaciones disciplinarias que adelantó en su contra, fundó la decisión en una supuesta violación del deber de planeación del contrato de concesión, cargo sobre el que, en cuanto excede la *causa petendi* y no se le garantizó el derecho a la defensa, no podía pronunciarse el juez popular, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación⁶ y iv) le impuso una responsabilidad solidaria improcedente, dado que no es posible asignarle a cada uno de los gerentes que tuvo Ferrovías las consecuencias de las actuaciones que, sobre

⁶ Cita a la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de marzo de 2005, consejera ponente María Elena Giraldo, expediente 2500023270002003230401(AF).

el contrato *sub judice*, adelantaron las otras personas que desempeñaron el mismo cargo –fls. 974 a 975-.

Posterlormente, dentro del traslado para la sustentación del recurso, el demandado, a través de apoderado, adicionó los motivos de inconformidad con el fin de poner de presente i) la improcedencia de la acción popular, en tanto con su ejercicio las actoras pretenden enjuiciar la legalidad de unos actos contractuales y obtener el restablecimiento del equilibrio contractual en asuntos que “...*habrían afectado, exclusivamente, los intereses particulares de Ferrovías, siendo esta entidad la única legitimada para reclamar su protección en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo*” –fl. 1152-, además de que, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación⁷, no le es dado al juez popular decidir sobre pretensiones anulatorias; ii) la incongruencia del fallo de primera instancia, por haberlo tenido como sujeto pasivo de la acción incoada por la actora Yaneth Aldana sin que esta lo hubiera vinculado como parte demandada y por condenarlo solidariamente al pago de las restituciones ordenadas como consecuencia de la ineficacia de las actas n.º 5 y 7 de 2001, sobre las que no versa la *causa petendi* alegada por la Fundación GAIA para vincularlo procesalmente y iii) la carencia de fundamento de la condena impuesta en su contra, habida cuenta que no tuvo participación en las actas declaradas ineficaces por el *a quo*, no se acreditó que hubiere vulnerado el derecho colectivo con una conducta dolosa, de mala fe o corrupta que le fuere imputable, no existe el presupuesto exigido por la ley para imponerle la solidaridad de que trata la sentencia recurrida y el tribunal *a quo* no adoptó medida alguna relativa al contrato celebrado durante su gestión administrativa –fls. 1159 a 1193-.

2.1.2.4 Mario Federico Pinedo Méndez

El señor Pinedo Méndez, por intermedio de apoderado, interpuso el

⁷ Se apoya en la sentencia del 6 de octubre de 2005, proferida por la Sección Tercera, consejera ponente Ruth Stella Correa Palacio, expediente AP-13001-23-31-000-2002-00135-01.

recurso para que sea revocada la sentencia de primera instancia, por considerar que el tribunal *a quo* i) le impuso el pago solidario de la obligación de restituir, con violación del derecho a la igualdad, dado que pese a no haber participado en la suscripción del acta n.º 7 no lo absolvió de responsabilidad como sí lo hizo con el demandado Juan Gonzalo Jaramillo; ii) dejó sin efectos las actas n.º 5 y 7 de 2001, desconociendo el debido proceso que impide la adopción de esta medida a través de la acción popular; iii) negó el trámite de las excepciones propuestas en su defensa, a partir de una interpretación indebida del artículo 23 de la Ley 472 de 1998, en tanto resta la eficacia del derecho fundamental a la defensa; iv) al condenarlo solidariamente al cumplimiento de las obligaciones de restituir los bienes libres de invasión le trasladó injustamente la responsabilidad por la seguridad que está en cabeza del Estado en lo relativo al control de las invasiones y a la protección de los bienes de la vía férrea; v) interpretó erróneamente la finalidad y alcance de los acuerdos contenidos en el acta n.º 5, desconociendo que se orientaron a evitar que la administración fuera condenada por los desequilibrios e incumplimientos que le son imputables y vi) el supuesto incumplimiento de las obligaciones de Fenoco S.A, en que se apuntala la decisión impugnada, no es suficiente para concluir la responsabilidad solidaria de los funcionarios de la concedente -fls. 849 a 851-.

2.1.2.5 Diego Luis Noguera Rodríguez

El demandado, a través de apoderado, accedió a la segunda instancia para que sea revocada la sentencia del tribunal *a quo* y en su lugar se condene en costas. Señala que, en tanto sobre los hechos de que trata este proceso la Contraloría General de la República y la Fiscalía General de la Nación concluyeron la no existencia de daño patrimonial, resulta incomprensible la vulneración de los derechos colectivos alegada en las demandas y carente de fundamento la responsabilidad solidaria que le endilgó el *a quo* y que, asimismo, el acta n.º 7 de 2001 que suscribió en su condición de gerente de Ferrovías no es contraria a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, si se consideran los beneficios obtenidos por

haberse convenido en que i) los aportes estatales se pagaran a través de un sistema de reembolsos contra las obras ejecutadas, ii) solamente la fiducia constituida con los recursos provenientes del contrato con Drummond Ltd., pudiera utilizarse para garantizar las deudas contraídas por la concesionaria para financiar las obras de rehabilitación, iii) la imposición de multas a la concesionaria no estuviera sometida al proceso previo de conciliación, iv) las actividades de conservación sistemática e intensiva se ejecutaran sobre los tramos rehabilitados, para no malgastar recursos en los sectores de la vía que debían reconstruirse antes que conservarse, v) se priorizaran las obras en función de la demanda de transporte para hacer más eficiente la concesión y vi) el cierre financiero de la concesión se determinara por un valor total de US\$250.000.000, que debe asumir la concesionaria por su cuenta y riesgo.

2.2 Alegatos finales

2.2.1 Fundación GAIA para el Desarrollo Sostenible

La actora, a través de apoderado, reitera que i) de conformidad con el artículo 88 de la Constitución, la Ley 472 de 1998 y la jurisprudencia de esta Corporación⁸, la acción popular es el mecanismo idóneo para proteger la moralidad administrativa y el patrimonio público afectado por la actividad contractual de las entidades estatales, para lo cual le corresponde al juez anular, modificar, revocar los actos contractuales y tomar la demás medidas que sean necesarias; ii) de conformidad con el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 tiene derecho a que se le fije un incentivo correspondiente al 15% del valor que recupere la entidad pública en razón del amparo otorgado a la moralidad administrativa y iii) por las características especiales de la acción popular y la naturaleza de los derechos colectivos, al tenor de los deberes que le imponen los artículos 2º y 95 constitucionales le corresponde al juez

⁸ Cita a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade; Sección Tercera, sentencias del 17 de junio de 2001, consejero ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez y del 4 de abril de 2002, consejero ponente Ricardo Hoyos Duque; Sección Cuarta, sentencia del 31 de mayo de 2002, consejero ponente Ligia López Díaz y Sección Quinta, sentencia del 19 de julio de 2002, expediente AP-098.

popular, en aras de la eficacia sustancial "...valorar todas las circunstancias de afectación del derecho colectivo, hayan sido o no planteadas por las partes" -fl. 1370- además de que debe reconocer mérito probatorio a las pruebas aportadas en cualquier momento del proceso que contribuyan a la eficaz protección de los intereses colectivos, conforme con los criterios de la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹.

Seguidamente, la actora reiteró las razones expuestas en su recurso de apelación, tendientes a demostrar que los funcionarios demandados incurrieron en actuaciones dolosas contrarias al cumplimiento de los deberes de diligencia, cuidado y pulcritud que, conforme con la moralidad administrativa, le son exigibles en el manejo de los recursos públicos, al modificar indebidamente el esquema financiero del contrato en contra del patrimonio público y con favorecimiento injustificado de los intereses de la concesionaria. Razones por las que considera que la sentencia de primera instancia debe ser modificada, para que se ordene la restitución de los recursos que percibió la contratista por la aplicación de todas las alteraciones de que fue objeto el contrato de concesión con las actas n.º 1 de 2000, 5 y 7 de 2001 -fls. 1364 a 1428-.

2.2.2 Empresa Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías

La accionada concurrió en esta etapa, a través de apoderado, para expresar que se reafirma en los motivos de inconformidad del recurso de apelación y se opone al mérito probatorio de la copia -allegada por la actora- del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por Drummond Ltd., en contra de Ferrovías y Fenoco S.A, ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, para que se resolvieran las controversias originadas en el contrato de transporte suscrito por estas entidades, por considerar que además de que fue presentada extemporáneamente y la decisión judicial adolece de falta del exequátur, versa sobre un contrato distinto del *sub judice* y la condena impuesta en esa

⁹ Refiere la sentencia C-215 de 1999, magistrada ponente Marta SÁCHICA de Moncaleano.

oportunidad a las demandadas no es suficiente para acreditar la vulneración de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público en que las actoras populares fundan las pretensiones –fls. 1281 a 1284-.

2.2.3 Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A.

La concesionaria demandada, a través de apoderado, reitera los argumentos expuestos en su impugnación, tendientes a sustentar la improcedencia de la acción popular y a demostrar los yerros que atribuye a las conclusiones en que el *a quo* apuntaló la decisión de primera instancia –fls. 1304 a 1361-.

2.2.4 Mario Federico Pinedo Méndez

En esta etapa, el accionado, a través de apoderado, reiteró los motivos de inconformidad con el fallo impugnado en lo relativo a la improcedencia de la acción ejercida, a la ausencia de fundamento legal para imponerle la obligación solidaria de pagar la condena y a los antecedentes y a su participación en la suscripción del acta n.º 5 de 2001 –fls. 1285 a 1303-.

2.2.5 Luis Diego Monsalve Hoyos

El demandado compareció, a través de apoderado, para manifestar que “ratifica” los argumentos expuestos en el recurso de apelación, así como su oposición a que se tenga como prueba la copia el laudo arbitral allegada por la actora en copia simple al proceso –fl. 1279-.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Conforme a los artículos 15 de la Ley 472 de 1998¹⁰ y 1º del Acuerdo

¹⁰ Según esta norma, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acciones

número 55 de agosto 5 de 2003¹¹ expedido por la Sala Plena esta Corporación, la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que el 2 de marzo de 2006 resolvió la acción popular de la referencia, sobre asuntos contractuales, relacionados con el derecho a la moralidad administrativa en contra de Ferrovías, creada por el Decreto 1588 de 1989 como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Transporte.

2. El asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 2 de marzo de 2006, proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para amparar la moralidad administrativa, defender el patrimonio público y fijar el incentivo a los actores en 50 salarios mínimos legales mensuales, por considerar que esos derechos fueron vulnerados con la celebración y las modificaciones al contrato de concesión CO-ATLA-00-99-010 introducidas con las actas n.º 5 y 7 de 2001.

Lo anterior, por cuanto la actora Fundación GAIA para el Desarrollo Sostenible considera que también debe dejarse sin efectos los acuerdos modificatorios del contrato contenidos en el acta n.º 1 de 2000, ordenarse la restitución de los valores que resulten de aplicar todas las modificaciones de que tratan los actos ineficaces y reconocérsele el incentivo del 15% del valor que recupere la administración por el amparo otorgado a la moralidad administrativa, mientras los demandados fundan la impugnación en i) la

populares originadas en "(...) actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas". Por esta razón, sin necesidad de ahondar en el criterio material contenido en la ley, basta verificar la calidad de entidad pública que detenta Ferrovías E.I.C.E. para concluir que esta jurisdicción debe conocer de este asunto. Así se ha reiterado, por ejemplo, en sentencia de 16 de agosto de 2007, exp. AP-2004-00992-01, Actor: Per Olof Rodolfo Elsin Sabino.

¹¹ Conforme a lo dispuesto en esta norma, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de "(...) las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquéllas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa".

vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad; ii) la improcedencia de la acción popular para declarar la nulidad o la ineficacia de los contratos estatales; iii) lo imposible que resulta decretar la vulneración de los derechos colectivos, en razón de un derecho como la moralidad administrativa, el que adolece de falta de contenido legal y iv) por no haberse acreditado actuaciones dolosas, gravemente culposas o corruptas de los funcionarios públicos, ni daño al patrimonio público.

Para el efecto, la Sala abordará el estudio de i) la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, ii) el alcance de la acción popular frente a la eficacia de los contratos estatales, iii) el procedimiento de formación y el contenido del contrato de concesión celebrado y iv) los antecedentes y efectos de las modificaciones introducidas con las actas *sub judice*, para establecer si con estas actuaciones los accionados vulneraron los derechos colectivos por haber incumplido los deberes exigibles en la actividad contractual de la administración y haber introducido alteraciones al esquema financiero para privilegiar injustificadamente los intereses de la concesionaria, en contra del patrimonio estatal. Pues de ser así, deberán adoptarse las medidas que sean necesarias para amparar los intereses colectivos que se encuentren afectados.

2.1 La moralidad administrativa

2.1.1 Naturaleza y contenido

La Constitución Política trata de la moralidad administrativa como un derecho colectivo (art. 88) y un principio rector de la administración (art. 209). Y la jurisprudencia ha puesto el contenido de este concepto jurídico en los campos de lo axiológico, político e ideológico, que no corresponden ser limitados por la norma jurídica, de donde resulta que la moralidad es en sí misma un valor constitucional de aplicación directa, esto es, no supeditado a la existencia de definición legal de su contenido y que, en consecuencia, le corresponde al juez de la acción popular dotarlo de contenido y alcance de cara a garantizar su eficacia, conforme con las exigencias del artículo 2°

constitucional.

Efectivamente, sobre la naturaleza dual y el contenido de la moralidad administrativa ha resaltado la Corporación –se destaca-¹²:

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

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

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

En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal - en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones¹³ desconozcan fundamentos éticos o morales - en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

En ese contexto, para la Sala resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente,

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, consejero ponente Enrique Gil Botero, radicación 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP).

¹³ En términos de la filosofía Hegeliana, toda modificación en el mundo exterior.

tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, **desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.**

II) Ahora bien, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político - jurídica Social y Democrático de Derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, en tanto se abandona la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basamenta y estructura la organización estatal. En esa medida, el nuevo catálogo de derechos de diversas generaciones se yergue como el principal derrotero a través del cual debe ejercerse el poder público.

En esa perspectiva, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. Así las cosas, como lo reconoce Tugendhat, el sustrato de los derechos no puede ser el principio de libertad e igualdad, sino el de necesidad¹⁴, dado que no todos los individuos actúan de forma autónoma y autosuficiente en la reclamación de la protección de sus derechos subjetivos (fundamentales), sociales, o colectivos. Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados - en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad.

En esa medida, es válido afirmar que el derecho bajo estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo - de abstinencia- o de carácter social -prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de lo que se ha definido doctrinalmente como derechos netamente subjetivos (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad)¹⁵, y los denominados derechos sociales - que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal¹⁶. Así

¹⁴ [Cita del texto transcrito:] Cf. Tugendhat, E. "Lecciones de Ética", Ed. Gedisa, Pág. 338.

¹⁵ [Cita del texto transcrito:] "(...) Este concepto de derecho individual coincide con el concepto de derecho subjetivo de la dogmática jurídica en la medida que todos los derechos individuales son derechos subjetivos y todos los derechos del individuo son derechos individuales... los términos derecho individual y derecho subjetivo son intercambiables." ALEXY, Robert "El concepto y la validez del derecho", Ed. Gedisa, Pág. 181.

¹⁶ [Cita del texto transcrito:] "Más bien, la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera como se determina su objeto: una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos. Todos los derechos fundamentales tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. En los derechos sociales, la indeterminación se presenta porque la distinción que establece el derecho no

las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho).

Asimismo, ha señalado la Sala, que la moralidad administrativa como valor constitucional subordina la producción normativa jerárquicamente inferior, pues *...como principio, orienta la producción normativa infraconstitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular...*¹⁷.

De igual manera, se ha ilustrado, por la vía de enunciación de casos concretos, la vulneración el contenido de la moralidad administrativa:

18.1. La Sección Tercera en múltiples pronunciamientos ha intentado darle contenido y alcance al derecho colectivo a la moralidad administrativa, para lo cual se ha dicho que existe amenaza o vulneración de este derecho, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular¹⁸ –noción que la aproxima a la desviación de poder¹⁹--; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas²⁰; cuando se desconocen los valores y

precisa con claridad en todos los casos cuál es la prestación mediante la que se satisface el derecho. Como consecuencia, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social. Esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta del mismo modo en los derechos de libertad, por cuanto en estos últimos la conducta debida es una abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta." BERNAL Pulido, Carlos "El derecho de los derechos", Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 302. Ver igualmente: ARANGO, Rodolfo "El concepto de derechos sociales fundamentales", Ed. Legis.

¹⁷ Sección Tercera-Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, radicación 08001-23-31-000-2004-02553-01(AP).

¹⁸ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación N° 2500023240002003 (AP-2305) 01, actor: William Reini Farias Pedraza. Demandado: DIAN, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación N° 0800123310002002 (AP-2214) 01, Actor: Jairo Torres Moreno y otros, demandado: Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla, C.P.: Dra. Ruth Stella Correa".

¹⁹ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación N° 5200123310002000105901 (AP-518), actor: Jesús Orlando Mejía Yepes, demandado: Empresa de Licores de Nariño y otros, C.P. Ricardo Hoyos Duque".

²⁰ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., 13 de febrero de 2006, radicación: 190012331000200301594 01, actor:

principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación²¹ –concepción que reconoce la importancia axiológica del ordenamiento, en un contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados²²–; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento²³. También ha dicho la Sala que los intentos de definir la moralidad administrativa no la limitan sino que simplemente la explican, en vista de que en relación con este tipo de conceptos, es el caso concreto el que brinda el espacio para que la norma se aplique y para que se proteja el correspondiente derecho colectivo²⁴.

También, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de que el juicio de moralidad administrativa se conduzca por las convicciones subjetivas del juez, puesto que no se trata de imponerle a la administración normas de conducta extraídas del fuero interno del fallador sino de exigirle que, en cada caso concreto, sus actuaciones se acompañen con los valores supremos que expresan las aspiraciones legítimas de la sociedad a que sus gobernantes enderecen el ejercicio del poder a los fines en que hunde su razón de ser la organización política.

En este orden, la jurisprudencia ha acotado el juicio de moralidad administrativa a los siguientes criterios objetivos²⁵ –se destaca–:

Gerardo Aníbal Paz Gómez y otros, demandado: Municipio de Popayán y otros, C.P. Germán Rodríguez Villamizar

²¹ [Cita del texto transcrito:] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación N° 2500023270002003 (AP-00720) 02., actor: Fundación Un sueño por Colombia, demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones, C.P. Dra. Ruth Stella Correa. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación N° 7600123310002004 (AP-01645) 01, actor: Andrés Alberto Gómez Orozco, demandado: Municipio de Santiago de Cali”.

²² [Cita del texto transcrito:] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N° 4100123310002004 (AP-00690) 01, actor: María Nubia Zamora, demandando: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”, C.P. Enrique Gil Botero”.

²³ [Cita del texto transcrito:] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de agosto de 2007, actor: Linnette Andrea Gutiérrez y otro, demandado: Municipio de Bucaramanga, radicación: 68001231500020030022801, C.P. Ramiro Saavedra Becerra”.

²⁴ [Cita del texto transcrito:] «Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente: AP 2002-2943, actor: Alejandro Ramírez Brandt, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. “Es claro que tratándose de conceptos generales y abstractos que acusan la falta de concreción (como buena fe, equidad, corrección, etc.) las nociones que acompañan su aplicación han de estar referidas al caso concreto que motiva su invocación. Por ello, para la Sala, las situaciones particulares en las cuales se analiza si existió o no vulneración o amenaza de la moralidad administrativa serán las que den lugar a la utilización de uno u otro concepto”».

²⁵ Sección Tercera-Subsección A, sentencia del 17 de noviembre de 2011, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 08001-23-31-000-2003-00586-01(AP).

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

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

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

Esta Corporación ha abordado la moralidad administrativa desde diferentes ángulos:

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

"Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario".²⁶

ii) Desde una perspectiva teleológica, ha sostenido que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad ha de referirse a la finalidad que inspira la actividad de la Administración (acto, contrato²⁷, omisión, etc.). Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contraria a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder²⁸.

iii) Desde su acepción constitucional, se ha destacado que la moralidad no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la

²⁶ [Cita del texto transcrito:] "Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia AP-0007 de 20 de junio de 2002. en el mismo sentido: Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia ap-0446 de 24 de octubre de 2002, actor: Jorge Alberto Javier Correal, demandado: Lotería del Meta".

²⁷ De acuerdo con el estatuto de contratación, los fines de la contratación estatal implican que, con ella, los funcionarios deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas. art. 3º ley 80 de 1993.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, sentencia AP-518 del 31 de octubre de 2002, actor: Jesús Orlando Mejía Yepes, demandado: Empresa Licorera de Nariño y otros.

gama del comportamiento que la sociedad, en un momento dado, espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad²⁹.

iv) Frente al carácter de derecho colectivo de la moralidad administrativa, se ha puntualizado que: a) debe concretarse en cada caso, de conformidad con los principios de la sana crítica; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador, de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza³⁰.

v) Una característica general que se advierte en el tratamiento jurisprudencial que se ha dispensado al tema radica en asociarlo a la defensa del patrimonio público³¹ y a la lucha contra la corrupción administrativa. En efecto, se ha sostenido que el tema de la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente con la idea de degradación: la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral. En consecuencia, cuando tal degradación obra sobre los valores que soportan la función administrativa, el ordenamiento jurídico debe proveer a la sociedad de mecanismos para erradicar las conductas corruptas del escenario de las relaciones administrativas³².

vi) Se ha entendido la moralidad administrativa como "el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr una convivencia libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social"³³.

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

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ Consejo de Estado Sentencia AP-518 de 31 de octubre de 2002. M.P: Ricardo Hoyos Duque.

³¹ Consejo de Estado, Sentencia AP-446 de 24 de octubre de 2002. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez, Sentencia AP-170 de 16 de febrero de 2001, Actores: Epaminondas Moreno Parrado y otros.

³³ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva, sentencia AP-054 de 9 de febrero de 2001, actor: Olga Virginia Yepes Fonseca".

del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.³⁴

viii) La Sala ha reconocido³⁵ que la moralidad administrativa es un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución.

Se trata de una tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de dichos principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas³⁶.

La moralidad administrativa, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica; por esta razón, para definir su contenido en un caso concreto es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales y las instituciones jurídicas se sirven los unos a los otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación.³⁷

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

Además, se destaca que la jurisprudencia también ha señalado la necesidad de que el juicio de moralidad se soporte en el principio de legalidad.

³⁴ [Cita del texto transcrito:] "Sentencia del 6 de octubre de 2005, AP 2214, M.P. Ruth Stella Correa Palacio".

³⁵ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sección Tercera exp. AP-170 de 2001, AP-166 de 2001 y AP-0787 de 2002".

³⁶ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AP- 166 de 2001".

³⁷ [Cita del texto transcrito:] "Sentencia de 19 de abril de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. radicación número: 41001-23-31-000-2004-00819-01(ap)".

Así lo señaló la Sala de Sección, al precisar que si bien el juicio de moralidad atiende a un contenido distinto del puramente jurídico, no resulta posible fundarlo en criterios extra normativos acudiendo al efecto a un contenido moral autónomo –se destaca³⁸:

La relación entre la moralidad y la juridicidad debe tener un espacio en esta providencia para efectos de dar un alcance más preciso a lo dicho recientemente por la Sala, a saber:

"la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública."

La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal.

(No significa lo anterior que esté proponiendo una interpretación restringida del orden jurídico a lo expresamente dispuesto en las normas, dado que existen fuentes jurídicas que se pueden extraer mediante una labor de interpretación del mismo ordenamiento, sin que éste haya prescrito literalmente su contenido, como es el caso de la costumbre, la buena fe, las buenas costumbres, la analogía (iuris y legis), los principios generales del derecho, entre otras, pero siempre dentro del ámbito de lo consagrado por las normas.)

La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como "correcto" y "bueno" para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución Política y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración.

Para la Sala, es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace

³⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo 2008, ponente Ramiro Saavedra Becerra, radicación número 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de juridicidad.

Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es "correcto" y "bueno" de conformidad con el "sentido común ético" y la "razón", sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

El derecho es una ciencia social, en la cual la objetividad se presenta como lo que es generalmente aceptado por la comunidad, cosa que se puede lograr con la expedición de normas legales, con el desarrollo de valores y principios constitucionales y con el comportamiento conforme, congruente, lícito y reiterado de los asociados, como ocurre con el evento de la costumbre praeter legem.

Pero esa objetividad no se logra si se recurre, sin consultar a las normas, a términos como "correcto", "bueno", "razón", los cuales, a pesar de contar con un significado natural y obvio en las diferentes acepciones que la perspectiva del lenguaje brinda, en los terrenos del derecho dan lugar a las más enconadas discusiones por la dificultad de su concreción, aplicación y acertamiento, y más aún por los riesgos que representan para la administración de justicia, al constituir un reto para los intentos de dar seguridad jurídica a la sociedad. Más difícil todavía resulta establecer el alcance del "sentido común ético" como factor para ponderar la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, dada la falta total de desarrollo de esta fórmula dentro de nuestra tradición jurídica.

Esa indeterminación abre un espacio para el libre juego de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales del juez, quien a pesar de desempeñar una actividad judicial, como individuo, de manera consciente o inconsciente, difícilmente renunciará a lo que tales inclinaciones le sugieren en su tarea de determinar en el caso concreto, y por fuera de lo que las normas ordenan, lo que es "correcto" y "bueno", de acuerdo con la "razón" y el "sentido común ético".

Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que

representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico.

El juez se encuentra investido en todo momento de un grado importante de subjetividad respecto de sus fallos, pero esa subjetividad debe tener como asidero un objeto sobre el cual pueda desarrollar sus apreciaciones, es decir, unos cimientos firmes para edificar su decisión. **La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa**, para determinar el alcance de ésta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos.

En consecuencia, la Sala afirma que lo "correcto", lo "bueno" y la "razón", son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, **pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración**. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada.

Y ha reiterado en el principio de legalidad como supuesto sobre el que debe fundarse el juicio de moralidad:

(...) la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa **puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos**.

En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, el interés general, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación³⁹.

³⁹ *Ibidem*. "Así las cosas, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo permite censurar la actividad de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, puesto que el juicio en estos eventos se relacionará con el respeto por los parámetros éticos que, desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales, deben regir el cumplimiento de la función pública. En esa perspectiva, no corresponderá al juez de la acción popular imponer una postura subjetiva o individual de la moralidad, sino que, conforme a la multiplicidad de principios y valores

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del "fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad"⁴⁰.

En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad⁴¹. En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que:

*"(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa."*⁴².

Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con "el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero"⁴³, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder⁴⁴.

reconocidos expresamente a lo largo del texto constitucional, junto con el sentido común (sensus communis), definir si en el caso concreto se vulneró o trasgredió el derecho."

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-046 de 1994. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-913 de 2009. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente AP-166 de 2001.

⁴² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007. Exp. 35501 y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. "Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la 'moralidad administrativa' con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública".

⁴³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2005. Expediente AP-03113. "En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa".

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

En los criterios jurisprudenciales reseñados es fácil advertir consenso en torno i) a la naturaleza dual de la moralidad como principio y derecho de rango constitucional; ii) al carácter normativo de jerarquía superior de este concepto jurídico; iii) a la necesidad de integrar sistemáticamente su contenido a partir de principios, valores y normas que integran el ordenamiento, iv) a que su positivización está orientada a controlar eficazmente que las actuaciones de las autoridades públicas se enderecen en cada caso concreto al cumplimiento de los fines estatales y v) a que el juicio de moralidad se adecúe con rigor a las circunstancias particulares del caso, a partir de criterios objetivos, ajenos a las nociones morales o éticas del juez.

Empero, también se observa dificultad en lo que toca con la fuente del contenido sobre el que debe adelantarse el juicio de moralidad; así, desde un extremo se sostiene que debe fundarse en el principio de legalidad, al tiempo que se plantea que la moralidad y la legalidad no se implican necesariamente, al punto de que la ilegalidad *per se* no es suficiente para concluir la inmoralidad y que esta última puede configurarse sin que sea *condictio sine qua non* la violación de la “norma legal positiva”.

Asunto que, sin desconocer el alto grado de complejidad que reviste, dado que en él subyacen centenarias discusiones *iusfilosóficas* sobre el deslinde o la vinculación entre el derecho y la moral⁴⁵ y disímiles posiciones ideológicas sobre el carácter normativo de la constitución, el juez de la acción

Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Exp. AP-2305- 01. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, Exp. AP-2214. C.P.: Ruth Stella Correa.

⁴⁵ Cfr., ALEXY, Robert, quien al abordar la vinculación y separación entre en el derecho y la moral desde las distintas concepciones positivistas, no positivistas y el realismo jurídico señala que –se destaca– “...la cuestión decisiva no [es] si el derecho ha de definirse o conjuntamente por la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento o por la corrección moral, sino más bien si la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento han de estar, de un modo u otro, vinculadas o no con la corrección moral. **Existen tres posibles formas de tal vinculación.** La moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y, en tercer lugar, porque la moral fundamente un deber de obediencia al derecho. En consecuencia, pueden distinguirse tres problemas de la relación entre derecho y moral: el problema de la inclusión, el problema del límite y el problema de la fundamentación”. *La Institucionalización de la Justicia; Editorial Comares, 2005, pág. 20.*

popular debe abordar con criterios uniformes, pues sobre sus decisiones gravita el deber constitucional de asegurar la eficacia de la moralidad administrativa, conforme con las disposiciones constitucionales de los artículos 2°, 13 y 88.

A juicio de esta Sala, es dable sostener que la diversidad de criterios anotada apuntan a la necesidad de establecer si los deberes de corrección a los que está sujeta la administración y que son demandables a través de la acción popular, necesariamente deben estar contenidos en normas de orden legal o si por el contrario vienen dictados por la moralidad entendida a partir de un contenido axiológico, político y social, más allá de las exigencias en materia de legalidad.

Existen trascendentales razones que ameritan acoger la postura jurisprudencial a partir del criterio consistente en que la moralidad administrativa, en tanto valor constitucional con carácter normativo vinculante, por sí misma impone deberes de corrección a las autoridades públicas, más allá del principio de legalidad. De donde deviene que la circunstancia de hallar violaciones de la moralidad aparejadas al quebrantamiento de normas legales, no es una condición relevante para limitar el juicio de moralidad, propio de la acción popular, a la definición legal de los deberes exigibles de la administración.

A continuación se ocupará la Sala de dar cuenta de las razones que fundamentan la postura que se acoge:

a) La moralidad administrativa es un valor supremo dotado de fuerza normativa y protección constitucionales, encaminado a que la actividad de la administración pública se enderece al cumplimiento de los fines del Estado. En ese orden, no resulta atendible el entendimiento en el sentido de requerirse un reconocimiento normativo adicional que legitime a la moralidad administrativa como fuente coercible de cara a controlar la actividad de las entidades públicas.

Consecuencia inmediata de este atributo, es que la moralidad administrativa está impregnada del carácter normativo vinculante y la jerarquía superior que ostentan las normas constitucionales; lo que apareja i) deberes de corrección inmanentes a la positivización misma desde el orden constitucional, suficientes para enjuiciar la actuación de la administración en orden a la exigencia de su cumplimiento y ii) la unidad normativa y coherencia de la normatividad que rige la actuación de la administración en torno a la moralidad, razón que descarta la subordinación de este valor al principio de legalidad, también demandable de las autoridades.

En ese orden, la eficacia de la moralidad administrativa no radica solo en llevar la ley al campo de su eficacia material, sino, principalmente, en la prevalencia de la Constitución Política, que con sus normas, valores y principios subordina tanto a la ley como al mismo ejercicio del poder. Razón por la que, a todas luces, resulta ilusoria la pretensión de agotar el contenido de la moralidad administrativa en la legalidad, máxime si, como se deriva de la misma constitución, la moralidad subordina la producción normativa en las distintas esferas infra-constitucionales.

b) La moralidad administrativa es objeto de control judicial directo. De ahí que, más allá de las diferencias ideológicas sobre este valor supremo y de los desacuerdos que suelen suscitar las decisiones judiciales por cuestiones relativas a los razonamientos de orden jurídico, moral y político en que se fundan, las normas constitucionales sometieron al control judicial el ejercicio del poder público por razones de moralidad y de legalidad, de ahí que resulta contraria a la Constitución Política la insinuación de rehusar el poder de decisión judicial argumentando que no es dable imponer a la administración, en el caso concreto, deberes de corrección fundados en el contenido axiológico de la moralidad y no exclusivamente en la legalidad. Siendo así, la vinculación entre moralidad y legalidad no es una condición que deslegitime el control judicial del ejercicio del poder público a partir del primero de estos valores.

c) La moralidad, desde la naturaleza de principio rector de la

administración, atribulda por las disposiciones constitucionales —art. 209—, lejos de estar limitada por la legalidad y el alcance de las reglas de orden legal, constituye un punto de partida imperativo para el logro de los fines esenciales del Estado. Por ende, no es dable poner, con carácter excluyente, la moralidad administrativa en el campo de las reglas legales; por el contrario, la naturaleza que le corresponde constitucionalmente exige que su análisis se aborde a partir del juicio de ponderación propio de la aplicación de los principios, que permita la sistematización de su significado o contenido con los demás valores y principios constitucionales, de cara a la garantía de su eficacia.

Establecido que el propósito fundamental de la moralidad administrativa sirve a que las actuaciones de la autoridad pública se enderecen estrictamente a la consecución de los fines esenciales de la organización política de la sociedad, su contenido responde a la sistematización de los valores y principios en que se funda el Estado, que en esencia son aquellos que concurren a la protección de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales, a la organización del poder para su acceso y ejercicio - incluidas las relaciones entre la administración y el administrado-, a los servicios y funciones a su cargo y a la revisión judicial de las actuaciones de la autoridad a través distintos mecanismos, como una de las diferentes manifestaciones del control del poder y, cuya eficacia, imponen a la administración distintos deberes de conducta.

En esta dirección, bien vale ilustrar sobre el entendimiento que en la doctrina extranjera se viene dando a la moralidad administrativa —se destaca-

46.

La disposición que sirve de punto de partida para la construcción del principio de moralidad se halla en el art. 37 de la Constitución Federal [de la República Federativa do Brasil], que sitúa la moralidad como uno de los principios fundamentales de la actividad administrativa. La Constitución Federal, lejos de conceder una palabra aislada a la moralidad, le atribuye una gran importancia en varias de sus disposiciones. La sistematización sumaria del significado preliminar de esas disposiciones demuestra que la Constitución Federal se preocupó de modelos de conducta de varias formas:

En primer lugar, estableciendo valores fundamentales, como la dignidad, el

⁴⁶ Cfr. ÁVILA, Humberto, Teoría de los Principios, Edt. Marcial Pons, 2011, págs. 84 a 86.

trabajo, la libre iniciativa (art. 1), la justicia (art. 3), la igualdad (art. 5...), la libertad, la propiedad y la seguridad, la estabilidad de las relaciones, El establecimiento de estos valores implica el deber de tenerlos en consideración en el ejercicio de la actividad administrativa, así como la prohibición de restringirlos sin justificación plausible.

En segundo lugar, instaurando un modo objetivo e impersonal de actuación administrativa, basado en los principios del Estado de Derecho (art. 1), la separación de poderes (art. 2) y la impersonalidad (art. 5). La instauración de un modo objetivo de actuación implica la primacía de los actos ejercidos al amparo jurídico en detrimento de los practicados de forma arbitraria.

En tercer lugar, creando procedimientos de defensa de los derechos de los ciudadanos, mediante la universalización de la jurisdicción (art. 5)... el control de la actividad administrativa a través del recurso de amparo y la acción popular, incluso contra actos lesivos de la moralidad (...) y la anulación de actos de corrupción administrativa (art. 37, § 4). La creación de procedimientos de defensa permite anular actos administrativos que se alejen del modelo de conducta jurídicamente elegido.

En cuarto lugar, consagrando los requisitos para el ingreso en la función pública (...). La consagración de esas condiciones para el ingreso en la función implica elegir la seriedad y la reputación como requisitos del hombre público.

En quinto lugar, instituyendo distintos mecanismos de control de la actividad administrativa, incluso mediante el control de la legitimidad de los actos administrativos por parte de los tribunales de cuentas (...).

Como se puede percibir, el principio de moralidad exige conductas serias, leales, motivadas y esclarecedoras, aunque no estén previstas en la ley. Por lo tanto, constituyen una violación del principio de moralidad tanto la conducta adoptada sin parámetros objetivos y basada en la voluntad individual del agente, como el acto practicado sin considerar la expectativa creada por la administración.

d) Como derecho subjetivo, la moralidad administrativa en su extremo activo, pese a su titularidad difusa, consiste en la facultad de los ciudadanos para exigir, inclusive individualmente, que la actividad de la administración en sus distintas facetas –actuaciones, operaciones, hechos y contratos– se adecúe al cumplimiento de los fines estatales y se le imponga por la vía judicial, en cada caso concreto, la eficacia del derecho de que se trata; en tanto su aspecto pasivo tiene que ver con el cumplimiento de los deberes de corrección que obligan a la administración trascender, desde las exigencias formales hasta el campo donde su actuación se acompase con los valores y

principios rectores de la sociedad política.

Quiere decir entonces, que, mientras las funciones se definen en la Constitución, la ley y el reglamento y están sujetas enteramente al principio de legalidad, los deberes de corrección que debe observar la autoridad para materializar esas funciones habrán de responder a los principios y valores inmersos en estas últimas, esto es a la moralidad administrativa. En ese orden resulta posible afirmar, por ejemplo, que así como la legalidad de la actuación de la administración no puede deducirse de la honestidad, lealtad o los buenos propósitos del funcionario que actuó sin autorización de la ley, también es entendible que esos valores resultan aplicables de cara al juicio de moralidad administrativa al margen de estar definidos o exigidos expresamente por la ley, pues no se comprende cómo, siendo exigibles en las conductas de todos los asociados, no tengan los funcionarios públicos el deber de acompañar el ejercicio de sus funciones a esos imperativos.

En ese orden, sin lugar a dudas, la eficacia que la Constitución Política exige de este derecho –arts. 2° y 88- constituye uno de los mayores avances en el control al ejercicio del poder, pues la moralidad impone que los deberes de la administración se ubiquen, más allá de las exigencias de la legalidad con que tradicionalmente se ha querido controlar su actividad, en el campo de los valores fundantes de la sociedad y que, en tanto tienen que ver con la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos y propugnan por una estricta corrección en el obrar que habría de analizarse en cualquier caso, escapan a la posibilidad de que el legislador provea su contenido con antelación; pero que en todo caso se encuentran inmersos en lo público, por ser necesarios para que su manejo se encauce estrictamente por los fines que la carta fundamental atribuye al ejercicio del poder, como razón de ser de la organización política y de las garantías civiles.

2.1.2 La moralidad frente a la eficacia del contrato estatal. Alcance de la acción popular

La moralidad administrativa como valor supremo rige las distintas actividades de la administración; con mayor razón la contractual, en tanto se trata de una de las indispensables para el logro de los acometidos estatales, mediante la ejecución de los recursos públicos y, por ende, con mayores riesgos de que, por el oportunismo de funcionarios proclives al ejercicio del poder en beneficio particular, la desidia o negligencia, la arbitrariedad o en fin, la inmoralidad en la conducta, la contratación se desvíe de los fines públicos.

Si el contrato estatal encuentra su razón de ser en la adecuación a los fines estatales, no existe justificación para que se lo sustraiga del control judicial a que constitucionalmente tienen derecho los ciudadanos por razón de los deberes de corrección que impone la moralidad administrativa en las etapas de formación, ejecución, terminación y liquidación.

Y siendo la moralidad administrativa objeto de control judicial directo, no se acompasa con la protección constitucional otorgada a este valor la idea de conducir el juicio de moralidad que debe recaer, en cada caso, sobre la actividad contractual de la administración, exclusivamente por los cauces de la legalidad y de las acciones enderezadas a la protección de este último principio.

En ese orden, debe tenerse en cuenta que, en general, la eficacia de los negocios jurídicos, esto es, el reconocimiento de los efectos queridos por las partes, además de la autonomía de la voluntad requiere que su formación, contenido y fines se adecúen al ordenamiento superior; de lo contrario se predica su ineficacia, esto es la carencia de efectos. Y, en el devenir del derecho, distintas posiciones se han asumido frente a los mecanismos idóneos para controlar que la autonomía de la voluntad no desborde los deberes de corrección que imponen el derecho y la moral en la actividad contractual; de cara a la eficacia del negocio jurídico.

Así, en la etapa conocida como el periodo arcaico del Derecho Romano, los contratos formados por palabras solemnes (contratos *verbis*), escapaban al control judicial del contenido y fines, pues su eficacia jurídica provenía del valor sacramental de las palabras pronunciadas para obligarse. En épocas posteriores, a partir de la protección de la buena fe por parte del pretor romano, se reconoció eficacia al contrato *bona fides*, a condición de que no resulte contrario a la confianza, la honestidad, la lealtad y la moral. Al efecto, la ineficacia revistió las formas de i) nulidad –*negotium nullum, nullius momenti*–, conforme con la cual se niega la existencia misma del negocio (*nullius* es condición de *nihil*, esto es, negación de la existencia), sin ser necesaria la declaración judicial y ii) anulabilidad, como mecanismo de control judicial para destruir el negocio existente, por vicios o defectos que impiden su eficacia. Se consideraron como causas de nulidad radical, *ipso iure*, la imposibilidad de la prestación, el contenido inmoral, la infracción de norma legal, la imposibilidad de la condición, la falta de capacidad de obrar, los vicios de la voluntad y los defectos formales⁴⁷.

Empero, en el Derecho Francés y por la influencia que su codificación tuvo en la legislación civil vernácula, al amparo de las variaciones que sufrieron las instituciones en la codificación Justiniana y de la ideología individualista de la época, se abandonó la existencia y eficacia del negocio jurídico a la primacía de la voluntad privada, a partir del entendimiento de que con, independencia de las irregularidades en que se haya incurrido, el acto nace a la vida jurídica y se presume válido en tanto no se le declare nulo, distinguiéndose entre nulidad absoluta y relativa –rescisión o anulabilidad–, según si el vicio atenta directamente contra la ley, o la seriedad (simulación), la rectitud u honestidad (fraude pauliano), la voluntad (error, dolo y fuerza), en síntesis, contra la buena fe.

Si bien el Código Civil sometió los vicios o irregularidades del contrato originados en razones de moralidad a la decisión de nulidad -autorizó al Ministerio Público para pedir la declaración de nulidad absoluta en el interés

⁴⁷ Cfr. IGLESIAS, Juan; Derecho Romano, Historia e Instituciones; edit. Ariel Derecho; 1993, págs. 167 y 168.

“de la moral” (art. 1742)-, lo hizo bajo la subordinación a la que doblegó la moral frente a la ley, al señalar que es “*moralmente imposible el [objeto] prohibido por la ley*” –art. 1518-. De manera que la acción de nulidad es un mecanismo válido para enjuiciar los contratos estatales por razones de moralidad en aquellos casos en que se vincula la moral con la legalidad, pero insuficiente para controlar directamente la moralidad administrativa en la actividad contractual del Estado como lo exige la Constitución Política.

En épocas actuales, desde el ámbito legal, la ineficacia del negocio jurídico ha trascendido el campo de la nulidad y la rescisión a la que se le enterró en el Código Civil, retornándose parcialmente a los antiguos postulados de que el contrato igualmente puede carecer de efectos, *ipso jure*, cuando faltan los requisitos para su formación –inexistencia- o cuando la ley ha declarado que el acto es ineficaz de pleno derecho, así mismo cuando es inoponible, o anulable, etc. –Código de Comercio, arts. 897 a 901-.

Superados, política y jurídicamente, el individualismo y el Estado liberal de derecho, bajo cuyas ideologías se domó la moralidad administrativa al principio de legalidad, resulta del caso concretar el alcance del primero de estos principios-derecho en el Estado social y democrático de derecho, frente a la eficacia del contrato estatal.

Establecido está que la Constitución Política impone su carácter normativo vinculante y su jerarquía superior sobre la actividad contractual de la administración, incluyendo la formación, ejecución, terminación y liquidación del contrato estatal; de donde resulta que el control judicial de este negocio no se agota en la legalidad y en el ejercicio de las acciones contractuales encaminadas a la protección de este último principio.

Ahora, si las disposiciones constitucionales sometieron la actividad contractual de la administración a los controles judiciales de legalidad y de moralidad, los titulares de este último derecho no pueden menos que reclamar una acción para su control, acorde con los atributos y alcances específicos de la moralidad administrativa. Y en ese orden, la Constitución introdujo la

popular como una acción principal para controlar la moralidad en los contratos estatales.

Ahora bien, el control de los fines no es ajeno siquiera al negocio jurídico entre particulares, pues los motivos ilícitos dan lugar a la nulidad absoluta. Pero no por ello puede entenderse que este sea el único tratamiento que debe dispensarse a la violación de los fines del contrato estatal, por la potísima razón de que en tanto el negocio entre particulares sirve a sus propios intereses, el control de los motivos se encamina específicamente a la prevalencia del ordenamiento jurídico sobre la autonomía de la voluntad privada; mientras que el contrato estatal sirve a los intereses estatales, el control de sus fines, más allá de la prevalencia del ordenamiento a la que se orienta el juicio de legalidad-nulidad, persigue, principalmente, la adecuación de la actividad estatal a los principios y valores que legitiman las actuaciones de la administración y la supremacía de los objetivos estatales, esto es, el control de los fines del contrato estatal se enfila a la prevalencia de la moralidad administrativa.

Dentro de este marco, ¿deben reconocerse plenamente los efectos de un contrato estatal que no se adecúa a los fines del Estado? La eficacia que la Constitución Política exige de la moralidad administrativa y el derecho que les otorga a los ciudadanos para reclamar, a través de la acción popular, que aún contra la voluntad de las partes el contrato estatal no contraríe los fines estatales, imponen la respuesta negativa. Y en tanto no pueden coexistir la eficacia del contrato ajeno a los fines estatales y la eficacia de la moralidad administrativa, se concluye, sin hesitación, que el juez popular debe adoptar las medidas que sean necesarias para adecuar el contrato estatal a los intereses generales, de ser ello posible o, en su defecto, imponer la ineficacia del acto o negocio, sumada a las órdenes de retrotraer las cosas al estado anterior, cuando las circunstancias del caso y la protección de los derechos colectivos así lo amerite.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en

sentencia del 9 de diciembre de 2003⁴⁸, acogió la jurisprudencia de esta Sección según la cual, al tenor del ordenamiento constitucional y legal, se impone la procedencia de la acción popular como mecanismo principal de control para garantizar la eficacia de los derechos colectivos, cuando quiera que son puestos bajo peligro de vulneración o son violados por la actividad contractual de la administración.

Casos en los que corresponde al juez popular tomar todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones potencial o efectivamente generadores de la afectación de los interés colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, a las que sirven entre otras, la declaratoria de nulidad de los contratos viciados de estas irregularidades, la pérdida de todos sus efectos y la imposición de las restituciones mutuas, conforme con las disposiciones de los artículos 34 y 40 de la Ley 472 de 1998⁴⁹.

Así lo precisó la Sala Plena en la referida sentencia –se destaca el texto con subrayas–:

Por lo que hace relación a los contratos de las entidades públicas, en el artículo 40 de la Ley 472 se mencionó expresamente que las irregularidades en la contratación dan motivo a la Acción Popular como medio de defensa de la moralidad administrativa. Su tenor es como sigue:

«Artículo 40. Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. 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.*

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los

⁴⁸ Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, radicación número 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ.

⁴⁹ Normatividad que es la aplicable al caso concreto, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011.

000203

documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.» (Resalta la Sala).

Síguese de esta norma que la actividad de las entidades estatales en materia de contratación es susceptible de control a través de la Acción Popular. Con tanta más razón si se atiende a que el Estado dispone de una alta proporción de sus bienes y recursos a través de los cauces de la actividad contractual. El Consejo de Estado ya había tenido ocasión de examinar la procedencia de la Acción Popular frente a contratos estatales. Así, en sentencia de 31 de octubre de 2002⁵⁰, la Sección Tercera consignó las siguientes consideraciones, que la Sala hace suyas:

«II. La acción popular frente a los contratos estatales

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que **con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.**

2. (...)

El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem).

(...)

3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, **se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.»** (Resalta la Sala).

En conclusión, la Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley.

Con fundamento en estas razones, en el caso sujeto a consideración de

⁵⁰ Expediente AP-059.

la Corporación i) se declaró la nulidad e ineficacia de un contrato de compraventa de acciones ejecutado cinco años y medio atrás, por encontrarlo viciado de objeto ilícito, en tanto fue celebrado incurriendo en irregularidades violatorias de la moralidad administrativa y atentatorias del patrimonio público y ii) se resolvió volver las cosas a su estado anterior, “... como si nunca se hubiese realizado la enajenación”, incluyendo las restituciones que se encontraron procedentes.

Destacando en esa oportunidad, que a partir de la vigencia del acuerdo n.º 55 de 2003, que le atribuyó el conocimiento de las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y las relacionadas con los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio, se ha mantenido la línea jurisprudencial reseñada, superando así pronunciamientos anteriores a cuyo tenor se considera improcedente la acción popular para discutir la eficacia de los contratos de la administración y privarlos de sus efectos.

La Sección puso de presente lo que hasta la fecha de la decisión, esto es 5 de octubre de 2005, venían sosteniendo las distintas secciones de la corporación sobre el punto⁵¹:

2. Las acciones populares frente al contencioso contractual

No ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en punto a determinar el alcance de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de los alcances de sus atribuciones, en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos le permite adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la Administración.

La interpretación de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el alcance de las facultades del juez popular, en lo que hace a revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración, ha experimentado una evolución, no exenta de contradicciones, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Hay que señalar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia se debió -en parte- a que en un comienzo todas las secciones conocían de los más disímiles asuntos, circunstancia que vino a ser remediada

⁵¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra, radicación número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP).

con la expedición del Acuerdo 55 de 2003, por el cual se reformó el reglamento interno del Consejo de Estado, el cual atribuyó exclusivamente a la sección tercera el conocimiento de las acciones populares interpuestas en materia contractual, lo mismo que las atinentes a la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.⁵²

Una primera línea jurisprudencial⁵³, si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de la legalidad del contrato, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual⁵⁴. En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.⁵⁵; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto⁵⁶(...).

En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo,⁵⁷ de modo que la acción popular en estos

⁵² "Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003: "El Consejo de Estado conoce, hoy en día, de las acciones populares -en segunda instancia- por la disposición del parágrafo del artículo 16 de la ley 472 de 1998, competencia que, en el enunciado legal, es transitoria, hasta tanto se pongan en funcionamiento los juzgados administrativos que fueron creados por la ley 446 de 1998.//Probablemente por la provisionalidad de la atribución legal, el conocimiento de tales acciones se distribuyó por igual, entre las cinco secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo para que las decidieran en última instancia, circunstancia que ha generado interpretaciones diversas, en ocasiones contrapuestas, sobre puntos que merecían idéntico tratamiento, sin que exista posibilidad alguna de unificación jurisprudencial, dado que por decisión de la propia corporación, frente a tales fallos no procede el recurso extraordinario de súplica.//Por ello, el Consejo de Estado, mediante Acuerdo No. 55 de 2003, reformó su reglamento interno para lograr una distribución racional de las acciones constitucionales; concretamente, en cuanto atañe a las acciones populares, la reforma prevé que la sección tercera conocerá de las que versen sobre asuntos contractuales así como de las relacionadas con el derecho colectivo a la moralidad administrativa; en los demás casos, la competencia corresponderá a la sección primera de la Corporación."

⁵³ "Se han agrupado en dos grandes tendencias obviando las diferencias de matiz. Quizás es más procedente desde el punto de vista metodológico un estudio en función de cada Sección como el que se encuentra en HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003".

⁵⁴ "En CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Pero esta postura no es uniforme al interior de las providencias expedidas por esta sección. // Es también el criterio de algunas de las providencias de la Sección Cuarta. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 30 de mayo de 2002, Exp. AP 0106; Sentencia de 16 de agosto de 2002, Exp. AP 1768".

⁵⁵ "Fue el criterio adoptado por la Sección Segunda. Ver CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, C.P. Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 156, C.P. Jesús María Lemos B.; Sentencia de 5 de julio de 2001, AP 068 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia de 4 de abril de 2002, AP 897".

⁵⁶ "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de abril de 2001, Exp. AP 0089".

⁵⁷ "Es el criterio de otro grupo de providencias de la Sección Primera, que sin ocuparse de

eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.

Criterio respaldado por varios comentaristas, que sostienen que:

“ (...)En el caso de los contratos, la acción popular es procedente, sólo

teorizar al respecto entró a evaluar la legalidad de los contratos acusados vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 3 de mayo de 2002, Exp. AP 0308; Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Exp. AP 115. En providencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 20020055901, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta La Sección Primera fue explícita al señalar que “...la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnere o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva. //La Sección Tercera desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. AP 057, C.P. Jesús María Carrillo), en ocasiones ha reconocido su procedencia aunque no se haya ocupado de analizar la legalidad de los contratos atacados en la práctica ha terminado por suspender el contrato estatal (Sentencia de 17 de junio de 2001, Exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enriquez), mientras que en otras oportunidades ha admitido la posibilidad de decretar la nulidad de un contrato o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. AP 1136 y Sentencia de 21 de marzo de 2002, Exp. AP 285, C.P. Jesús María Carrillo). De modo que “[a] partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala parece estar más encaminada a trazar los límites entre la acción contractual y la acción popular...mostrando preocupación por evitar fallos contradictorios” (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit.), vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

La Sección Cuarta en Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. AP 300, C.P. Ligia López Díaz revisó la legalidad de una conciliación: “el fallo...al parecer, entendió el asunto como de naturaleza contractual y aceptó que la acción popular procede en su contra” (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit.). En sentencia de 10 de julio de 2002, Exp. AP 0465, la misma sección avocó el conocimiento en sede popular del dominio.co. Por auto de 12 de mayo de 2003, Exp. 1300123310002003-90011-01 la misma Sala revocó la decisión del A Quo que rechazó una acción popular por estimar que las pretensiones que discuten la validez de un contrato no son susceptibles de estudio en sede popular.

La Sección Quinta también admitió en su momento la procedencia de la acción popular en tanto se acredite la vulneración del derecho colectivo invocado e incluso ordenó la suspensión del contrato o anuló las estipulaciones de algunas cláusulas por ser contraria a los valores que tutelan la moral administrativa: vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 1 de febrero de 2001, Exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sentencia de 12 de febrero de 2001, Exp. AP 008; Sentencia de 24 de agosto de 2001, Exp. AP 100, C.P. Darío Quiñones; Sentencia de 19 de julio de 2002, Exp. AP 098; Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro”.

para conjurar el daño contingente, siempre y cuando la medida preventiva no conlleve adoptar decisiones que sean del resorte del juez del contrato en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A., sino únicamente las que tengan relación directa con la amenaza del daño colectivo. A manera de ejemplo, es factible una acción popular para obligar a un contratista a restituir el tránsito de una carretera deteriorada por la ejecución de una obra cuando quiera que esta circunstancia origine una amenaza a un derecho colectivo. Al igual, creemos que el juez de la acción popular si observa vicios de ilegalidad en la celebración del contrato, deberá señalarle al demandante que existe el camino de las acciones contenciosas.

La posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato mediante la herramienta de la acción popular, a nuestro juicio deviene porque el juez no está facultado para negar esta acción aduciendo que existe otro medio de defensa judicial, basta únicamente que advierta la violación del derecho colectivo para que proceda a decidir de fondo el asunto⁵⁸ (subrayas originales).

Desde una similar óptica se ha considerado que:

“[d]e conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de la función administrativa, debe guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. Esto significa que a través de los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos. (...)”

Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

⁵⁸ ORDÓNEZ MALDONADO, Alejandro La acción popular...op. Cit. p. 161 y 162.

Al decir de Botero “...nos referimos exclusivamente a los actos jurídicos bilaterales (contrato estatal, actas de acuerdo, actas de liquidación por mutuo acuerdo, etc.), que contienen tanto voluntad administrativa como voluntad privada y que pueden, bien desde su celebración (v. gr. violatorio de la seguridad pública o del patrimonio público) violar o amenazar un derecho colectivo.” (...) Como ocurre con los actos administrativos, en ninguna parte se incluyó una causal de nulidad expresa sobre la violación o amenaza de derechos colectivos. A pesar de ello, en nuestra opinión, dicha causal de nulidad podría enmarcarse en la de objeto ilícito, pues como ya se demostró, un acto violatorio de un derecho colectivo es, en principio violatorio de la Constitución.(...) /Esta Sentencia (Consejo de Estado, Sección Quinta, 19 de julio de 2002, Rad. 25000-23-26-000-2000-010401) acogió la tesis garantista y reconoce que, a pesar de que el objeto de la acción popular no es controvertir la legalidad de actos administrativos o contratos, si estos son la causa de la afectación o amenaza de un derecho colectivo, el juez puede anularlos de oficio” (BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. Acción popular y nulidad de actos administrativos. Protección de derechos colectivos. Serie Lex Nova, Ed. Legis, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, primera edición, 2004, p. 139 a 144)”

La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.⁵⁹

Nótese que la jurisprudencia ha adoptado soluciones disímiles, por no decir antinómicas, que

"van desde la negativa rotunda a cualquier control -incluido el de la validez- de los contratos estatales, hasta la plena aceptación del mismo, la admisión de la posibilidad de que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular⁶⁰ (subrayas del texto en cita).

No obstante lo expuesto, **debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo.** Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, **toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato.** Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso"⁶¹ (...) –se destaca–.

⁵⁹ HOYOS DUQUE, Ricardo, La acción popular frente al contrato estatal, XIV Congreso Colombiano de Derecho procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santiago de Cali, septiembre de 2003.

⁶⁰ "HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit".

⁶¹ "CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 eiusdem que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en "actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas" (...).

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo⁶².

Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez".

⁶² "La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el momento, parece referirse únicamente a la posibilidad de declarar la nulidad absoluta, excluyendo la relativa; esa conclusión se conforma mejor con la preceptiva legal en esta materia que sanciona la generalidad de las irregularidades con la nulidad relativa y reserva la absoluta para casos excepcionales, tanto en el código civil y en el de comercio como en la ley 80 de 1993; permite el saneamiento, sin exclusiones, de la primera, bien por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, mientras que restringe el de la segunda, a veces de manera absoluta, en otras de manera parcial; mientras la nulidad relativa debe ser pedida, en todos los casos, por las partes, su declaración, desde que está vigente el artículo 2º de la ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte, la cual puede ser formulada también por "todo el que tenga interés en ello" y por el ministerio público.// Está, pues, proscrita legalmente toda posibilidad de que el juez, cualquiera él sea y por lo tanto también el de la acción popular, declare oficiosamente una nulidad relativa, y no se atisba tampoco la posibilidad de que una irregularidad de esa naturaleza pudiera amenazar o quebrantar los derechos colectivos, circunstancia que, en la práctica, deja vigente únicamente la hipótesis de la nulidad absoluta." (HERNÁNDEZ, Alier. Las acciones populares...op. cit.). // En otro documento el mismo autor plantea las dificultades que enfrenta el tema en materia contractual: "... mientras en relación con los actos se ha instituido únicamente la nulidad, sin calificativos, para los contratos existe la nulidad absoluta y la relativa que tienen causas y fundamentos distintos y la legitimación para pedirlos varía en uno y otro casos; la competencia para conocer de las controversias contractuales (y ésta de la nulidad es una de ellas), no siempre está radicada en la sede del juez administrativo : esa es la regla general del artículo 75 de la ley 80 de 1.993 lo cual no impide que algunas de ellas estén sujetas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (...)si el propósito que mueve al actor es el interés general de restablecer el orden jurídico violado, puede pedirse por cualquier persona (siendo, desde este ángulo una acción popular), la nulidad de los contratos, si es relativa sólo se puede pedir por las partes, y, si es absoluta, pueden hacerlo, además, el ministerio

Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso (...).

También destacó la Sala en el pronunciamiento transcrito, que la acción popular no es, en manera alguna, subsidiaria ni residual frente a las dispuestas ordinariamente para controlar la legalidad de la actividad de la administración; razón por la que las medidas que corresponde adoptar al juez deben garantizar la protección integral del derecho colectivo vulnerado, teniendo en cuenta la nueva dimensión que exige su valoración desde el ámbito constitucional vigente.

Ahora bien, considera la Sala en esta oportunidad mantener la línea jurisprudencial unificada desde 2005, pues la prevalencia del orden superior y la exigencia de la eficacia de los valores supremos que el juez de la acción popular debe preservar no permiten restringir sus facultades frente a las que le asiste al juez ordinario, sino acrecentarlas, teniendo como límite, únicamente las garantías previstas en el artículo 29 constitucional.

En ese orden de ideas, conviene no pasar por alto que Colombia es un Estado social de derecho, fundado sobre la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la superioridad de los derechos inalienables y la supremacía de las normas constitucionales. Y que, entre otros fines esenciales

público o un tercero con interés directo.

No hay decisiones judiciales que hayan elaborado aproximaciones generales sobre este punto; sin embargo, tomando en cuenta la legislación existente, se podría aventurar la tesis de que, siendo la regla general que compete al juez del contrato pronunciarse sobre su validez, la situación varía cuando se trata de la nulidad absoluta, pues, en los términos del artículo 87 del C.C.A., "El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso" y, siempre que en él (en el proceso) "intervengan las partes contratantes o sus causahabientes".// Según lo han entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre que se cumpla esa doble condición, el juez administrativo dispone de la prerrogativa de declarar la nulidad absoluta del contrato en cualquier proceso, y no solo en los procesos contractuales, lo cual, estimo, que admite la posibilidad de que tal cosa ocurra en el proceso originado en una acción popular." (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, conferencia dictada en el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 26 de octubre de 2001, en Revista del mismo Instituto, 2002).

a los que sirve, esta forma de organización política, se encuentra el deber de sus autoridades de garantizar la efectividad de los valores y principios que enmarcan los intereses y derechos de los asociados. Todo ello conforme con los artículos 1º, 2º, 4º y 5º, constitucionales.

Una de las razones que sirven para justificar la supremacía de la norma constitucional tiene que ver con su origen. La Constitución –como lo señala su Preámbulo–⁶³, es el resultado del ejercicio del poder soberano del pueblo colombiano. En todo caso, para asegurarse que la titularidad del poder conserve la magnitud pluralista que abarca tanto a las mayorías como a las minorías constitucionales, el ordenamiento superior prevé restricciones al ejercicio del poder de la administración pública –art. 209- y mecanismos de control jurisdiccional que las hacen efectivas a través de acciones que facilitan la participación ciudadana, para el efecto las acciones populares, instituidas constitucionalmente para garantizar, entre otros intereses colectivos, la moralidad administrativa y el patrimonio público con mayor proyección que las acciones ordinarias.

Es precisamente bajo estas coordenadas constitucionales que el Estado social de derecho aparece como *“un modelo político organizado en un sistema de efectivas limitaciones al ejercicio del poder, en orden a garantizar la vigencia real y permanente de los derechos así como de los intereses, creencias y libertades de los asociados en todos los espacios y circunstancias, inclusive ante situaciones excepcionales”*⁶⁴. De esta manera, se configura un complejo normativo con la Constitución en la cúspide que incluye –como la ha recordado la doctrina– *“el diseño de mecanismos eficaces de control en todas las instancias, acompañados de medidas de colaboración y responsabilidad institucionales que los aseguren real y efectivamente”*⁶⁵.

⁶³ “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”.

⁶⁴ ARAGON REYES, Manuel. Constitución y control del poder. Universidad Externado de Colombia, 1999, p.36.

⁶⁵ Ibid.

El sistema de restricciones al ejercicio del poder, al que se ha hecho mención se sustenta, pues, en el carácter normativo de la Constitución, propio del Estado constitucional –arts. 4, 6, 122, 237 y 241 entre otros–, postulado superior del que emanan los principios de i) jerarquía y unidad normativa; ii) legalidad y moralidad a los que están sometidas las autoridades públicas a la normatividad jurídica y iii) el control jurisdiccional de la actividad de la administración, en sus distintas facetas, tan por razones de legalidad como de moralidad. En otras palabras, el principio de jerarquía normativa tiene que ver con el carácter vinculante, directo y prevalente de la Constitución, orientado a garantizar la unidad y la coherencia del sistema jurídico, como lo ha señalado la Corte Constitucional⁶⁶:

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4° de la Carta a la letra expresa: ‘La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’. Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3° del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible.

Desde este redimensionamiento del orden jurídico, la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de la moralidad administrativa con la eficacia que su trascendencia exige.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

Desde antaño se conoce que un derecho se garantiza si quien ejerce el control está dotado de mecanismos de protección judicial eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza el derecho a la moralidad administrativa y que para el efecto otorga la acción popular si a la misma se le resta eficacia.

Para la Sala, es prioritario que el juez impregne a la acción popular de los principios de unidad y coherencia del orden jurídico que emanan del carácter normativo supremo de la Constitución, de manera que el derecho objetivo, el derecho colectivo y la acción aseguren los principios rectores de la actividad administrativa, particularmente aquellos que como la moralidad administrativa se erigen además como derechos colectivos y su control se confía al actor popular dentro del marco del ejercicio de una acción apropiada para facilitar su ejercicio y garantizar su eficacia.

Así las cosas, aunque el constituyente haya confiado el desarrollo de la acción popular a la ley, ésta no puede menos que otorgar al juez todas las facultades para asegurar sustancialmente la eficacia de los derechos colectivos protegidos constitucionalmente, de forma que pueda corregir las irregularidades que los lesionan, restableciéndolos cuando hayan sido vulnerados e incluso restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible, como efectivamente lo prevé la Ley 472 de 1998.

Como lo ha reiterado esta corporación, la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente en orden a que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de valores supremos. Se pretende, por tanto, con esta acción corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

No es, pues, a un juicio formal de legalidad al que debe limitarse la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público a través de la acción popular, si se considera que lo que se busca es precisamente que se controle directamente la moralidad a la que debe sujetarse la administración y, por tanto, se superen los límites que a las acciones ordinarias se les presentan cuando deben protegerse derechos de contenido difuso que permiten al juez superar la legalidad formal que degrada o subordina los fines estatales en pro de oscuros, deshonestos y repudiables oportunismos individuales.

Tales experiencias indican que si se le resta facultades al juez de acción popular, pueden resultar igualmente ineficaces las constantes reformas legislativas que procuran conjurar las insospechadas formas en las que se echa de menos la corrección, enquistadas en la actividad de contratación en amplios sectores de la administración pública.

Sobre este fenómeno y el fin esencial del Estado al que sirve la acción popular, los puso de presente la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los artículos 40 y 55 de la Ley 472 de 1998⁶⁷ -se destaca-:

*Constituye cabal desarrollo de la Carta Política, pues la prevalencia del interés general (art. 1); la proclamación de un orden justo (art. 2) **y la vigencia de los principios axiológicos que en el Estado Social de Derecho guían la contratación pública**, como modalidad de gestión que compromete el patrimonio y los recursos públicos, cuya intangibilidad las autoridades están obligadas a preservar (arts. 209) hacen, a todas luces, necesario que el legislador adopte mecanismos idóneos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los responsables de la contratación estatal, con miras a la recuperación de la totalidad de las sumas que se desvían del patrimonio público, a causa de la corrupción administrativa, en materia de contratación pública.*

Es de todos conocido que la corrupción administrativa es uno de los más devastadores flagelos que carcomen el patrimonio público, y que ésta ha encontrado terreno fértil principalmente en el campo de la contratación pública, en el cual ha alcanzado en el último tiempo niveles insospechados, y que, por esa vía, cuantiosísimos recursos públicos resultan desviados de la inversión pública social, con grave sacrificio para las metas de crecimiento económico y

⁶⁷ Sentencia C-088 de 2000, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

de mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría de los colombianos.

De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación en defensa de su transparencia conforme a lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209.

Desde esta óptica, considera la Sala que:

- i) el juicio de moralidad a cargo del juez popular, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;
- ii) el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares para enjuiciar la moralidad de la actividad de la administración. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;
- iii) en ese mismo orden, la ineficacia de los contratos no es un asunto exclusivo del control de legalidad y a través de la nulidad, sino que aquella debe imponerse con mayor razón por la violación de los valores supremos a que está sujeta la actividad de la administración; bajo el entendido de que, si bien en el pasado solo la acción de nulidad se erigía para proteger derechos, principios y valores legales y constitucionales, desde la expedición de la carta política actual los derechos colectivos exigen una acción que no les reste eficacia, la que

comprende además, la ineficacia proveniente del juicio de moralidad al que está sometida la actividad contractual de la administración en cada caso concreto;

- iv) la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregona en el ámbito de las acciones ordinarias; y
- v) el régimen jurídico del control del contrato estatal no se agota en el juicio de legalidad previsto por la Ley 80 de 1993 ni en las normas del derecho privado, sino que está integrado por las distintas normas constitucionales y legales, en especial, de las disposiciones dictadas por la Ley 472 de 1998 que prevalecen, no solo por ser posteriores, sino por su naturaleza especial cuando se trata de enjuiciar la moralidad de la actividad contractual y la protección del patrimonio público, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.

Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

En esa línea, huelga concluir que, en el caso de la protección de la moralidad administrativa, la congruencia del fallo no puede estar limitada de manera absoluta por las pretensiones y la *causa petendi*, si se considera que i) en tanto el actor popular no detenta la disposición del derecho colectivo invocado, no resulta posible que al formular las peticiones y motivos en que funda el amparo solicitado, el particular renuncie o imponga límites al juez en

las medidas que demanda la protección de la moralidad administrativa; y ii) el juez de la acción popular, lejos de ser protector de los intereses particulares del actor, es el principal garante de la eficacia de la moralidad administrativa, como lo demanda el artículo 2° constitucional.

Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, pero el núcleo de este derecho frente a la protección del principio de la moralidad administrativa, se centra principalmente en las ritualidades propias del trámite, del decreto, práctica y derecho a controvertir las pruebas y en las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses colectivos en juego.

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede reconocer la carencia de efectos de los contratos estatales u ordenar su adecuación, cuando no superan el juicio de moralidad administrativa al que se los somete en cada caso y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.

Reitera, igualmente la Sala que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares 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 —art. 2º—, con independencia del tiempo transcurrido desde su consumación, pues, recuérdese que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, sin perjuicio de que, como lo señaló en esa oportunidad, *“sólo son pasibles de acción popular por los cauces de la Ley 472 los derechos colectivos, cuya violación se alega con anterioridad a su entrada vigencia, que tenían el carácter de tales por definición expresa del ordenamiento vigente para la época de los hechos, dado el carácter irretroactivo y ultractivo de la ley 472 (sic)”*⁶⁸.

⁶⁸ Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

2.2 La defensa del patrimonio público

Sobre este derecho colectivo, ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación:

Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto⁶⁹.

2.3 Naturaleza y régimen jurídico del contrato celebrado

La Ley 21 de 1988 adoptó el programa de recuperación del servicio público de transporte férreo nacional, previó lo relativo a su financiación y definió, entre otros, los objetivos de *“la recuperación del sistema de transporte ferroviario nacional, mediante la rehabilitación de vías, reparación, adecuación y modernización o adquisición de equipos y, en general, la renovación de los activos”* y *“la ampliación del servicio mediante la apertura de nuevas vías, la rehabilitación de las vías existentes suspendidas y el mejoramiento cualitativo de los que se prestan en la actualidad”*, para lo cual dispuso que se adelantaran los estudios de factibilidad técnica y económica, que debían ser aprobados por el Gobierno Nacional, previo el concepto del Departamento

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta; sentencia del 31 de mayo de 2002, citada.

Nacional de Planeación –art. 4º-.

Mediante el Decreto ley 1588 de 1989, expedido en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la citada Ley 21, se creó la Empresa Nacional de Vías Férreas-Ferrovías, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Transporte, con el objeto de mantener, mejorar, extender y explotar la red férrea nacional, sus anexidades y equipos, razón por la que sus actos se sujetan a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Este estatuto autoriza a las entidades estatales para que celebren contratos de concesión *“...con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”* -art. 32-.

Específicamente, de conformidad con la Ley 105 de 1993, las líneas férreas de propiedad de la Nación con sus zonas, señalización e infraestructura para el control del tránsito, integran la infraestructura de transporte nacional –art. 12- que puede ser otorgada en concesión a particulares para su construcción, rehabilitación y conservación, siguiendo los procedimientos de formación contractual previstos en la Ley 80 de 1993. Para el efecto, la nueva ley autorizó el aporte de recursos públicos para las concesiones de infraestructura en las que los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado -art. 30⁷⁰- e introdujo normas

⁷⁰ Artículo 30º.- Del contrato de concesión. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus

especiales en materia de titularización y crédito para la financiación de los proyectos, a través de la constitución de patrimonios autónomos –art. 31⁷¹-; de aplicación de las facultades excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral –art. 32-; de garantías de ingresos mínimos para las obras de infraestructura utilizando recursos del presupuesto de la entidad estatal –art. 33-; de adquisición y expropiación de predios –arts. 34 y 35- y de liquidación del contrato.

Por su parte, la Ley 336 de 1997 dispuso que “[l]a infraestructura férrea podrá ser concesionada en los términos de las normas vigentes y el concesionario tendrá bajo su responsabilidad efectuar la rehabilitación, mantenimiento, conservación, control, operación de la vía y prestación del servicio” –art. 81-, y adoptó otras disposiciones para esta modalidad de transporte –arts. 80 a 84-.

Quiere decir entonces que, en tanto contrato estatal de concesión infraestructura férrea, el celebrado entre la Empresa Colombia de Vías Férreas-Ferrovías y Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A., para la rehabilitación-reconstrucción, conservación, operación y explotación de 1.473

*entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.// Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.// La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable. // En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte. // **Parágrafo 1º.-** Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación, podrán **aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.** // **Parágrafo 2º.-** Los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.// **Parágrafo 3º.-** Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el periodo de concesión –se destaca-.*

⁷¹ *“Titularización y Crédito para concesionarios. **Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura**, los concesionarios, podrán titularizar los proyectos, **mediante patrimonios autónomos manteniendo la responsabilidad contractual**” –se destaca-.*

kilómetros de vía férrea desde Bogotá D.C. hasta Santa Marta y traído a juicio por las actoras populares, para que se amparen los valores supremos de la moralidad administrativa y de la defensa del patrimonio público, se rige por las Leyes 21 de 1988, 80 y 105 de 1993, 336 de 1997 y por el derecho privado, en lo que no regulan esas disposiciones legales, además de estar sujeto al control de moralidad de que tratan los artículos 2°, 88 y 209 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998.

2.4 La formación del contrato *sub judice*

La actora Yaneth Aldana cuestionó el proceso de formación del contrato *sub judice*, por considerar que en la licitación adelantada la administración faltó a los deberes de igualdad y transparencia que le imponen la observancia de la moralidad administrativa y la defensa de su patrimonio, en razón de que el pliego de condiciones, entre otros aspectos, adoleció de falta de las previsiones adecuadas en lo relativo al anticipo, al plazo para la ejecución, al alcance de las obligaciones del concesionario y a la definición de las condiciones de operación de la fiducia para el manejo de los recursos destinados a la financiación de las obras, como lo evidenciaría el hecho de que una vez celebrado, las partes debieron acordar estos aspectos, incluyendo modificaciones que alteraron sustancialmente las condiciones financieras iniciales. Por su parte, el *a quo* encontró que, en cuanto omitió los deberes de planeación –diseño del proyecto, definición de las obligaciones a cargo del concesionario, cierre financiero, entre otras-, y de exigencia de los requisitos legales de capacidad para adjudicar el contrato al concesionario, la administración provocó la modificación antes de iniciar su ejecución sin que esa facultad les estuviera dada legalmente, aprovechando la ocasión para variar sustancialmente el sistema financiero de la concesión en contra de la moralidad administrativa y del patrimonio público. En tanto los demandados afirman haber actuado con sujeción a los deberes legales que le eran exigibles en la celebración del contrato, sin incurrir en conductas que les sean reprochables a título de dolo, culpa grave o corrupción. *

En consecuencia, se ocupará la Sala de lo relativo al cumplimiento de los

deberes que la observancia de la moralidad administrativa y de la defensa del patrimonio público imponen a la administración, en lo que tiene que ver con el ejercicio de sus funciones, en lo relativo a la planeación del objeto de la concesión y la formación del contrato.

Todo cuanto se ha expuesto hasta el momento, permite a la Sala precisar que esos deberes en el ejercicio de las funciones legalmente atribuidas tienen que ver con la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad que son exigibles a la administración en las etapas de formación, ejecución, terminación y liquidación, de cara a que el contrato se adecúe a los fines estatales. En ese orden, puede resultar contraria a la moralidad administrativa la formación del negocio desprovista de necesidades reales de contratación, de planeación, de igualdad, transparencia y objetividad y de inobservancia de los procedimientos garantes de estos principios, entre otros aspectos esenciales para la consecución de los fines de la administración.

El material probatorio allegado al proceso da cuenta de los siguientes hechos relevantes para la decisión:

2.4.1 El 22 de febrero de 1999, mediante la resolución n.º 157 de esa fecha⁷², la Empresa Colombiana de Vías Férreas ordenó la apertura de la licitación pública n.º 001 para otorgar en concesión a particulares la infraestructura de transporte férreo de la "Red Atlántico", conformada por las líneas Bogotá (Km 5)-Belencito (PK262); La Caro (PK34)-Lenguazaque (PK110); Bogotá (Km 5)-La Dorada (PK200)-Barrancabermeja (PK444)-Chiriguana (PK724)-Ciénaga (PK724)-Santa Marta (PK969) y Puerto Berrío (PK333)-Medellín (Bello PK509). Además, previó que el proponente podía optar por las líneas inactivas de La Dorada-Mariquita-Buenos Aires-Neiva (374 Km); Buenos Aires-Picalaña (10 Km) y Bucaramanga-Puerto Wilches (119 Km)

-fls. 653 y 654, cuaderno anexos-.

2.4.2 Según dan cuenta el acto que ordenó la apertura y el pliego de

⁷² Publicada en el Diario Oficial n.º 43.509 del 24 de febrero de 1999.

condiciones, la administración realizó los estudios que le permitieron estructurar la concesión de la denominada Red Atlántico; el Consejo Nacional de Política Económica y Social autorizó adelantar el proceso de concesión, a través de la aprobación impartida a los Documentos CONPES n.º 2275 y 2776 del 26 de abril de 1995 elaborados por el Departamento Nacional de Planeación; además de que el Plan Nacional de Desarrollo presentado por el Gobierno Nacional para el periodo 1995-1998, aprobado por la Ley 188 del mismo año, incluyó el proyecto con la totalidad de la red férrea económicamente viable y en el plan correspondiente al periodo 1998-2002 se previó la estrategia para culminar el proceso de contratación.

El Plan Nacional de Desarrollo aprobado mediante la Ley 188 de 1995, definió, dentro de las estrategias para la competitividad internacional, la rehabilitación de 1.800 kilómetros de red férrea, entre 1996 y 1998, a través de esquemas de concesión con participación del sector privado, que permitan, entre otros objetivos, *"...transportar anualmente por lo menos dos millones de toneladas de la carga de vocación ferroviaria, ...mejorar los parámetros de operación, al incrementar las velocidades y al llevar al mínimo el número de descarrilamientos. Las anteriores acciones buscarán igualmente garantizar la sostenibilidad financiera y operativa del transporte férreo"*.

Para el efecto, se estimó una inversión aproximada de 540.000 millones de pesos, de la cual el 47% podría provenir del sector privado. Además, el citado plan dispuso que --se destaca- *"Ferrovías deberá modificar el esquema de contratación, reduciendo el número de contratos que maneja. Los contratos que ya se encuentran en proceso de negociación o ejecución, serán parte de la contrapartida de la nación a los concesionarios. Igualmente, Ferrovías deberá reestructurarse para asumir su nueva función de administración y seguimiento de contratos de concesión. Lo anterior implica que deberá suspender contratos de operación de equipos, eliminar todas las actividades que no sean de carácter ferroviario y entregar a particulares actividades como la administración de talleres. Mientras se realiza efectivamente el traslado a los concesionarios, Ferrovías deberá contratar la atención de descarrilamientos y novedades con un agente externo. La planta de personal*

deberá reducirse gradualmente a aquel tamaño necesario para las labores de seguimiento y control” –Cap. 6; VI, A, 2-.

2.4.3 El pliego de condiciones que rigió la licitación –obra en el expediente en 3 cuadernos-, da cuenta de i) las finalidades esenciales de la concesión, que en lo general coindicen con las definidas por las Leyes 21 de 1988, 105 de 1993, 188 de 1995 y 336 de 1997, ii) los requisitos relativos al acceso a los pliegos, a la diligencia debida –*due diligence*- exigible a los interesados y a las condiciones de información sobre la concesión, iii) los requisitos a cumplir por los participantes en materia de formas asociativas, experiencia, asistencia técnica y capacidad económica, iv) las condiciones especiales de la concesión, en lo que tiene que ver con su objeto, inventario de la infraestructura, alcance de las actividades, sistema de financiación con aportes estatales y del proponente, destinación y manejo de los recursos, plazo, obligaciones y derechos de las partes, riesgos del contrato, garantías, licencias y permisos, manejo de los impuestos, tasas y contribuciones, supervisión, reversión y liquidación del contrato y v) de las condiciones de las propuestas, las etapas del proceso de licitación, la evaluación de las propuestas y los criterios de adjudicación.

Asimismo, en 7 anexos, el pliego de condiciones presenta, en detalle, lo relativo al esquema de la Red Atlántico, el inventario de los bienes incorporados a la concesión, la relación de los contratos y convenios interadministrativos vigentes relacionados con los bienes del objeto de la concesión, los requerimientos del plan de obras de rehabilitación, las especificaciones de la infraestructura rehabilitada, su conservación y reversión, el procedimiento y cronograma para la entrega de los bienes y el contrato suscrito con Drummond Ltd., para el uso y conservación del tramo la Loma-Santa Marta. Y, además de las proformas elaboradas para presentar las propuestas y acreditar la existencia y representación legal, la experiencia y la capacidad económica, el pliego de condiciones incluye las minutas de los compromisos de asistencia técnica y anticorrupción y de los contratos de concesión y de fiducia a celebrar.

2.4.4 El 10 de junio de 1999 se llevó a cabo la audiencia de cierre de la licitación y de apertura de las propuestas. Según el acta suscrita, al proceso concurrió la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A., constituida por Grupo Dragado S.A., Tecsa S.A., Rites Ltda., Odinsa S.A. e In-Pocarga Ltda., quien resultó ser la única proponente –fls. 1139 a 1122, cdn. anexos.

2.4.5 Según da cuenta el informe rendido –sin fecha-, los funcionarios evaluadores designados por Ferrovías, después de analizar las pólizas de garantías otorgadas, la documentación sobre existencia y representación legal, la promesa de contrato de sociedad, la experiencia específica en materia de rehabilitación, reconstrucción, conservación, mantenimiento y operación de infraestructura férrea y la capacidad y la propuesta económicas, concluyeron que la “...propuesta presentada por la sociedad futura Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. FENOCO S.A., cumple con todas las exigencias del pliego de condiciones, razón por la cual el Comité de Evaluación recomienda sea adjudicada la licitación... a la firma proponente” –anexo sin foliatura-.

2.4.6 El 27 de julio de 1999, la Empresa Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías, expidió la resolución n.º 492 de esa fecha para “[a]djudicar la Licitación Pública No. 001 de 1999 para la concesión de infraestructura de la red férrea Atlántica (...) al proponente Sociedad futura Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A.-Fenoco S.A”. –Anexo 2, de los cuadernos que contiene el pliego de condiciones-.

2.4.7 El 9 de septiembre de 1999, la Empresa Colombiana de Vías Férreas y la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia suscribieron el contrato de concesión de infraestructura y de obras de conservación de la Red Atlántica, adjudicado en la licitación pública n.º 001 del mismo año.

Revisado en su integridad el pliego de condiciones rector de la licitación pública n.º 001 de 1999, adelantada por la Empresa Colombiana de Vías Férreas para adjudicar la concesión de la infraestructura de la Red Atlántica, observa la Sala que su contenido da cuenta, detalladamente, del cumplimiento

de los deberes de la administración en lo que tiene que ver con los aspectos básicos del diseño y estructuración del proyecto, las reglas de participación, evaluación y adjudicación de la licitación, la definición del esquema financiero, los riesgos, derechos y obligaciones, plazo, ejecución, reversión y liquidación del contrato.

Asimismo, valorados en su conjunto, los elementos probatorios que se han reseñado le ofrecen convicción a la Sala en cuanto a que el proceso de licitación se rigió por unas reglas claras, previamente definidas, en lo que tiene que ver con los esquemas asociativos válidamente admitidos para la participación en el proceso y unos parámetros técnicos razonables para la acreditación de la experiencia específicamente relacionada con las actividades del objeto de la concesión y de la capacidad económica del proponente, acorde con la magnitud del proyecto. Y que estas exigencias fueron evaluadas con sujeción a los pliegos de condiciones, resultando que el proponente adjudicado las cumplió, sin que en el *sub lite* se haya acreditado lo contrario.

Ahora, en cuanto el pliego de condiciones da cuenta de la definición del objeto de la concesión, la infraestructura comprendida, el alcance de las actividades a cargo del contratista, los recursos que aportaría la entidad estatal y los que deberá aportar el proponente, las obligaciones y derechos de las partes, los riesgos del contrato, la destinación y manejo de los recursos, no resulta posible entender que nada se haya previsto sobre el cierre financiero del proyecto, pues conforme con las mencionadas previsiones, para la Sala resulta claro, que el contratista asumía el deber financiar el proyecto, en primer lugar con los aportes estatales, estando a su cargo y bajo su riesgo la consecución de los demás recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones asociadas a cada una de las actividades de la concesión.

Además, en el acta n.º 5 suscrita por las partes el 27 de febrero de 2001, las partes convinieron en lo relativo al cierre financiero –se destaca-:

(...) lo convenido en esta Acta, hace parte integrante del Contrato de Concesión y se refleja en los siguientes

ACUERDOS

(...)

6. CIERRE FINANCIERO

Fenoco se compromete mediante la suscripción y oportuno cumplimiento de los compromisos adquiridos en el presente documento, a desarrollar el máximo de diligencia exigible en relación con esta obligación de medio, para lograr el cierre financiero del proyecto de rehabilitación-construcción de la Red Ferroviaria del Atlántico antes del 31 de diciembre del año 2001. Del cumplimiento de tal obligación, se mantendrá informado oportunamente informado a Ferrovías -pág. 7 del acta, tomo 15 A-

En tanto, conforme con el pliego de condiciones y el contrato celebrado, el cierre financiero se entiende incluido en los deberes que le son exigibles a la contratista, en orden al cumplimiento de la obligación de ejecutar bajo su riesgo la totalidad de la rehabilitación-reconstrucción de la vía concesionada⁷³, no es dable concluir que la no incorporación expresa en el pliego de condiciones de un plazo para el efecto indique inexorablemente la falta o indeterminación de las obligaciones asumidas por el concesionario. En ese sentido, lejos de poner en evidencia la falta de planeación, bien puede entenderse el acuerdo de que trata el acta n.º 5 de 2001 como la fijación de un plazo perentorio para que la contratista acredite ante la administración que cuenta con la financiación requerida para cumplir las obligaciones contraídas, amén de que, a juicio de la Sala puede resultar desproporcionado o en un incremento injustificado de los costos, exigir que desde antes de la adjudicación del contrato el proponente tenga totalmente asegurados los recursos para la financiación completa del proyecto o exigirle que lo acometa en su totalidad con recursos propios, existiendo mecanismos alternativos eficientes que pueden servir de cara a asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista, como las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento del contrato.

Siendo así, y conforme con los elementos de convicción traídos a recuento, para la Sala es dable concluir que, en tanto el proceso se adelantó con sujeción unas reglas claras y transparentes, de las que no es posible

⁷³ Según las exigencias del artículo 1603 del Código Civil, -se destaca- "[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

deducir discriminaciones o beneficios injustificados y el contrato se suscribió previa verificación del cumplimiento de las exigencias previstas en el pliego de condiciones para la adjudicación, no se acreditó la vulneración de los derechos colectivos en que se funda el amparo solicitado en el sentido de terminar o dejar sin efectos el contrato, al tiempo que no se demostró el incumplimiento de los deberes de planeación en que se fundan los cuestionamientos a la moralidad administrativa de que da cuenta la decisión de primera instancia, en lo que tiene que ver con la celebración del contrato.

2.5 Las modificaciones introducidas con las actas *sub judice* no alteraron sustancialmente el contrato de concesión. No se acreditó la vulneración de los derechos colectivos

Sostienen las actoras que, con la suscripción de las actas n.º 1 de 2000, 5 de 2001 y 7 de 2002, la administración accedió a la modificación sustancial del objeto contractual, sin que estuvieran acreditadas las razones invocadas para proceder a suscribir los acuerdos modificatorios, además de que con estos actos se subordinó los intereses y la finalidad estatales del contrato a privilegios otorgados injustificadamente al contratista, alterando el equilibrio financiero en contra del patrimonio público, al convenir en i) la disminución de las sumas que el concesionario debía pagar al concedente, ii) un anticipo no previsto en el pliego de condiciones, sin garantizar su buen manejo y reembolso; iii) en el pago adicional por la rehabilitación de dos tramos de la vía a cargo del concesionario; iv) la prórroga de los plazos para la ejecución y el pago de las obligaciones dinerarias a cargo del concesionario; v) el cambio de destinación de los aportes estatales; vi) el otorgamiento al concesionario de los rendimientos obtenidos con los fondos de la fiducia, vii) la disminución del plan de obras exigible al concesionario y viii) el cambio de la obligación de revertir los bienes libres de invasiones.

Por su parte, el tribunal *a quo* consideró que en tanto las modificaciones con las actas *sub judice* fueron suscritas antes de iniciar la ejecución y el contrato de concesión procede si el particular asume integralmente la financiación y los riesgos de las obras, no les estaba dado a las partes esa

facultad modificatoria y que, de ejercerla, se estarían otorgando privilegios injustificados al contratista, en contra de la moralidad administrativa y del patrimonio público.

Las partes demandadas sostienen que los acuerdos contenidos en las actas *sub judice* pusieron fin a las controversias contractuales suscitadas por el incumplimiento grave de las obligaciones de la administración y que, en tanto, esos actos se orientan a la consecución de los fines legales de la concesión y se convinieron en condiciones equitativas, sin alterar el equilibrio financiero del contrato, no vulneran los derechos colectivos invocados por las actoras.

Siendo así, la Sala se ocupará de estudiar las razones que motivaron la suscripción de las actas n.º 1 de 2000, 5 de 2001 y 7 de 2002 por las partes y el alcance de los acuerdos de que tratan, con el fin de establecer si contienen modificaciones que hayan alterado injustificadamente las condiciones financieras del contrato en contra de los intereses de la administración. Porque de ser así, habrá de disponerse las medidas que sean necesarias para amparar los derechos en que se funda la acción ejercida.

De conformidad con las disposiciones de la Ley 80 de 1993, para el cumplimiento de los fines estatales le corresponde a la administración ejercer la dirección general, el control y la vigilancia del contrato de concesión; por cuya virtud puede modificar lo convenido y, en general, celebrar acuerdos en ejercicio de su autonomía de la voluntad, para evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación --arts. 14 y 40--.

La variación de las condiciones contractuales puede operar de común acuerdo o, en su defecto, unilateralmente por parte de la administración para suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios, debiendo reconocer al contratista el derecho a renunciar a la ejecución cuando la modificación altere el valor en más del 20% --art. 16--, sin perjuicio de que no es posible adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) el valor inicial --art.

40-.

Asimismo, ordena la Ley 80 de 1993 que, en el menor tiempo posible, las partes adopten las medidas que sean necesarias para mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, para lo cual deben suscribir “...los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...” –art. 27-.

Y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, la modificación del contrato previsto en el pliego de condiciones resulta necesaria cuando sobrevienen circunstancias no imputables a las partes y no contraría los principios rectores de la licitación y los derechos creados⁷⁴:

Es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación ni los derechos generados a favor de la entidad y del adjudicatario. Si no se da esa circunstancia que justifique la modificación, la misma resulta violatoria de los principios de selección del contratista, especialmente los de igualdad y transparencia, que tienen como premisa el sometimiento de los particulares a idénticas reglas, condiciones y derechos.

En ese orden, considera la Sala que la facultad de modificar el contrato estatal, esencial a su objeto, en tanto orientada al cumplimiento de los fines de la administración y a mantener la equivalencia de las prestaciones surgidas desde la presentación de la oferta, se desnaturaliza y deviene en contraria a los deberes que la moralidad administrativa impone a la actividad contractual de la entidad estatal, cuando se ejerce sin razón o motivo, sin consultar los fines de la contratación, sin respetar la ecuación contractual o sin considerar las causas del rompimiento del equilibrio prestacional y, asimismo, vulnera el

⁷⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, ponente Alier Eduardo Hernández Enriquez, expediente 10779.

patrimonio público cuando en esas circunstancias se privilegian los intereses particulares del contratista.

En concordancia con los objetivos generales definidos por las Leyes 21 de 1988, 80 y 105 de 1993, 188 de 1995 y 336 de 1997, relativos a la recuperación del sistema de transporte ferroviario nacional, a través de la rehabilitación, reparación, adecuación, modernización y conservación de las vías y a la continuidad y expansión del servicio, de cara a mejorar la competitividad del sector, el pliego de condiciones de la licitación pública n.º 001 de 1999, adelantada por la Empresa Colombiana de Vías Férreas, señala que la ejecución del contrato se orienta a los siguientes fines:

- *Aumentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios ferroviarios, y asegurar su mejoramiento y ampliación;*
- *Contar con recursos adicionales para suplir necesidades del servicio en un menor tiempo;*
- *Asignar y distribuir eficientemente los riesgos entre el sector público y el privado;*
- *Garantizar e incentivar la modernización tecnológica del sector, mediante la vinculación de operadores con suficiente experiencia y recursos técnicos, para adecuarlo a las cambiantes necesidades del país;*
- *Desarrollar un marco institucional que se mantengan en el largo plazo, para garantizar condiciones de estabilidad que permitan el mejoramiento continuo y el desarrollo del servicio férreo;*
- *Mejorar las condiciones para el desarrollo de empresas ferroviarias sólidas y rentables, que garanticen un adecuado servicio a la demanda de transporte férreo;*
- *Preparar el sector ferroviario para la complementación con un sistema de transporte nacional, y afrontar la competencia frente a los demás modos de transporte, a los cuales también se está dando impulso mediante la participación del sector privado; y*
- *Rehabilitar la línea férrea del Atlántico –págs. 7 y 8, cdn. 1, del pliego de condiciones-.*

En lo que tiene que ver con el esquema financiero, de conformidad con las disposiciones de la Ley 80 de 1993, la remuneración del concesionario puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación

que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. Igualmente, la Ley 105 del mismo año autorizó que se garanticen ingresos mínimos con recursos del presupuesto de la entidad estatal para la concesión, en tanto que la Ley 188 de 1995 reitera que los derechos de los contratos en proceso de negociación o ejecución se otorguen como contrapartida de la nación a los concesionarios.

Conforme con esta normatividad, para la Sala resulta claro que el esquema financiero de la concesión de infraestructura de transporte férreo bien puede estructurarse con distintas modalidades de aportes de la nación, de participación del capital privado o del esfuerzo financiero conjunto, con una asignación de riesgos de la ejecución que se acompase con la financiación y el objeto acordados.

Refiere el pliego de condiciones que el proyecto se estructuró para que la concesión estuviera financiada con aportes de la Empresa Colombiana de Vías Férreas y con participación privada del concesionario.

En esencia, se previó la participación de la administración a través de i) la entrega de los bienes objeto de la concesión, de conformidad con el inventario de que da cuenta el pliego de condiciones y en el estado en que se encontraran al cierre de licitación, con el derecho para el concesionario a explotarla económicamente “...especialmente a través de la prestación del servicio de transporte de carga” –num. 3.4.1-; ii) el pago de aportes, en efectivo, hasta por US\$80.000.000 en cuotas iguales, durante los primeros 4 años, conforme con los requerimientos que de este valor máximo hiciera el interesado en su propuesta económica –num. 3.11.2- y iii) la transferencia al concesionario de los ingresos generados por el contrato celebrado por Ferrovías con Drummond Ltd., para la utilización de la vía férrea con transporte de carbón –num. 3.11.3-. Los aportes estatales se destinaron a la rehabilitación, hasta ejecutar el plan de obras que debía concluirse en los primeros cinco años de la concesión, pudiendo el concesionario disponer libremente de los remanentes al finiquitar el plan.

Por su parte, el concesionario debe i) ejecutar la rehabilitación-reconstrucción conforme con el plan de obras que presentaría a la administración para su aprobación, el mantenimiento, operación y explotación, siendo de su cargo los costos de estas actividades; ii) pagar a la concedente la suma que ofrecería en su propuesta económica a efectos de la adjudicación; iii) transferir a la contratante el 10% de los ingresos por concepto de peajes o uso de la vía para el transporte del carbón del Cesar y iv) revertir los bienes a la concesión, en las condiciones mínimas de conservación y operación previstas en el pliego de condiciones.

En cuanto a los riesgos del contrato, se lee en el citado documento:

El concesionario asumirá en su totalidad los riesgos que se deriven del cumplimiento de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, y será responsable frente a FERROVÍAS por la regularidad y el cumplimiento de las condiciones mínimas señaladas en estos términos de referencia para la prestación del servicio, a partir de la entrega de la infraestructura concesionada.

Especialmente, el Concesionario asumirá los riesgos técnicos, constructivos y financieros de las actividades de la rehabilitación-reconstrucción, la conservación y operación de la infraestructura, los riesgos inherentes a la operación del material rodante, y los riesgos comerciales, quedando además bajo su responsabilidad la realización de estudios de mercado que le permitan cuantificar y limitar dichos riesgos.

FERROVÍAS no será responsable por ningún vicio o defecto que el concesionario llegue a encontrar en los bienes que se entreguen en concesión, sin importar su origen o el conocimiento que sobre los mismos tuviera FERROVÍAS, teniendo en cuenta la exigencia de debida diligencia que se contempla en el presente pliego para el proponente.

En consecuencia, en ningún caso, la aparición posterior de defectos en los bienes entregados en Concesión, aunque tuvieran origen anterior a la fecha de la licitación, justificará el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario en el Contrato de Concesión, o la modificación de sus cláusulas, ni conllevará compensaciones o indemnizaciones de ninguna naturaleza.

FERROVÍAS no asumirá ningún tipo de riesgo, sino únicamente en los casos en que la infraestructura concesionada sea afectada por actos de terrorismo, o por desastres naturales tales como sismos, avalanchas, inundaciones o desprendimientos, y siempre que el concesionario hubiere adelantado con suficiente diligencia las obras requeridas, de manera que el desastre no hubiera

podido ser minimizado con obras de ingeniería inherentes a la labor de rehabilitación-reconstrucción o conservación que le corresponda, caso en el cual FERROVÍAS compartirá el riesgo con el concesionario, y en este sentido reembolsará al concesionario en valor presente al momento del pago de los costos de la reposición de la infraestructura; sin embargo, por ninguna razón asumirá el valor del daño emergente o del lucro cesante que sufra el concesionario por la suspensión de las operaciones ni por ninguna otra causa” – fls. 82 y 83, cdn. 1, pliego de condiciones-.

Asimismo, en las reglas de la licitación se previó que están a cargo del concesionario las tasas, impuestos, contribuciones, permisos y licencias durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato; en tanto que, además de la responsabilidad por el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la entrega de los bienes, el pago de los aportes, la transferencia de los ingresos provenientes del contrato con la sociedad Drummond Ltd., el saneamiento de la perturbación de los derechos conferidos al concesionario, originada en hechos anteriores al inicio de la concesión, la administración debe asumir el costo y responsabilidad por los contratos para la rehabilitación, conservación y mantenimiento en ejecución, conforme con el pliego de condiciones.

En relación con esto último, señala el documento:

3.15.1 Obligaciones a cargo de FERROVÍAS

FERROVÍAS tendrá las siguientes obligaciones: (...)

7. Asumir hasta su terminación los costos y responsabilidades derivados de los contratos de obras de rehabilitación o de conservación o mantenimiento que al momento de entrega de la infraestructura concesionada se estén llevando a cabo sobre la misma, de conformidad con la relación de contratos de obra incluidos en el ANEXO 3 del presente pliego –pag. 77, cdn. 1 del pliego de condiciones-.

Conforme con la propuesta adjudicada, Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A solicitó a la administración un aporte por US\$80.000.000 y ofreció pagarle a la concedente US\$42.000.000 al finalizar la rehabilitación – informe de evaluación de la propuesta, en anexo sin foliatura-, sumas que fueron determinantes para la adjudicación y quedaron comprendidas entre las

obligaciones contraídas con el contrato de concesión celebrado.

Dentro de este marco de esquema financiero y riesgos del contrato, procede, en consecuencia, la Sala a estudiar los motivos y alcances de los acuerdos suscritos por las partes con posterioridad a la celebración del contrato, con el fin de establecer si las actas cuestionadas por las actoras introdujeron modificaciones contrarias a los fines de la contratación y si alteraron el equilibrio financiero del contrato en contra de los intereses de la administración.

Los elementos probatorios allegados ofrecen convicción a la Sala sobre los siguientes aspectos relevantes para la decisión.

2.5.1 En cuanto a las actas suscritas entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas y Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A., los hechos y motivos que les sirvieron de causa y los temas sobre los que versan, refiere el material probatorio:

2.5.1.1 El 28 de febrero de 2000, las partes suscribieron el otro sí n.º 1 al contrato de concesión, con el fin de aclarar que todas las sumas de dinero que debía pagar Ferrovías al concesionario debían entenderse como aportes estatales, con independencia de la denominación de financiación o remuneración contenida en el clausulado del documento contractual y de introducir modificaciones a los procedimientos y controversias susceptibles de resolverse mediante la conciliación y el arbitraje, a la operación del material rodante por parte de terceros, a la identificación de los carrmotores objeto de la concesión, a la inclusión de un tramo de vía opcional y a la necesidad de efectuar la verificación conjunta del estado de los demás bienes –tomo 15A-.

2.5.1.2 El 3 de marzo de 2000, las partes dieron inicio a la ejecución del contrato y se llevó a cabo la entrega de los bienes de la concesión por parte de la Empresa Colombiana de Vías Férreas, conforme con el inventario contenido en el pliego de condiciones, dejando a salvo el contratista su derecho a la verificación del estado en que los recibe, con sujeción al

cronograma previamente acordado para el efecto –tomo 15 A-.

2.5.1.3 El 4 de mayo siguiente, las partes suscribieron el otro sí n.º 2 al contrato de concesión, con el fin de sustituir una bateadora por otra de la misma marca y tener como no entregado un furgón –tomo 15 A-.

2.5.1.4 El 26 de julio de 2000, las partes ampliaron, en seis meses, el plazo de cinco años previsto para la ejecución de la rehabilitación, aduciendo que entre el cierre de la licitación y el inicio de la entrega de los bienes se presentaron cortes en las vías que no fueron reparados por Ferrovías; asimismo, para dar de baja material inservible, entregar bienes faltantes y ampliar el plazo para que el concesionario estableciera los bienes que devolvería a la administración, por no ser necesarios para el objeto contratado –Otro sí n.º 3, tomo 15 A-.

2.5.1.5 El 26 de octubre del mismo año, las partes suscribieron el acta n.º 1 de la reunión que tuvieron en esa fecha, en la que manifestaron su acuerdo, entre otros aspectos, sobre las precisiones y explicaciones relacionadas con los cambios de que fue objeto la minuta de la fiducia al momento de celebrar el contrato, en lo relativo a la destinación de los recursos y al pago del 10% de los ingresos provenientes del contrato celebrado con Drummond Ltd. que debía hacer la concesionaria a la administración, con el fin de adecuarlo integralmente a las demás previsiones del pliego de condiciones y al contrato de concesión ofrecido por la contratante –tomo 15 A-.

2.5.1.6 Entre el 8 de agosto y el 26 de septiembre de 2000, Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A remitió 9 comunicaciones a la contratante, para notificarle el incumplimiento de varias de sus obligaciones, a efectos de i) iniciar el plazo de 6 meses para ponerse al día antes de proceder a la terminación anticipada por hechos imputables a la administración, conforme con la cláusula 118 del contrato de concesión, ii) la imposición de las multas previstas para el incumplimiento de la administración, al tenor las cláusulas 106 y 107 del contrato, iii) invocar el derecho a no continuar con la ejecución del contrato mientras la contratante no cumpla o se allane a cumplir sus obligaciones, conforme con las disposiciones del artículo 1609 del Código Civil

y iv) convocar la etapa de arreglo directo de las controversias, prevista en la cláusula 139, por hechos relacionados con el no pago oportuno de los aportes, las condiciones de rehabilitación del tramo Grecia-San Rafael, el no reconocimiento oportuno de 19 solicitudes de reembolsos presentadas, con fundamento en la cláusula 81 del contrato de concesión por la atención de cortes preexistentes y la *"invasión de equipos STF y el Fondo de Pasivos"*. Asimismo, la concesionaria puso de presente a la administración la necesidad de resolver discrepancias adicionales sobre el alcance de la cláusula 81, el estado de los tramos la Loma-Puerto Drummond y Grecia-San Rafael de Lebrija, el derecho de explotación del concesionario, el no pago de las obligaciones por parte de Drummond Ltd., la ruptura del equilibrio financiero, la seguridad de la línea, la suscripción de las actas de verificación, la obligación de reversión de la infraestructura libre de invasiones, la modificación del plan de obras de rehabilitación, la indemnización al concesionario en caso de reversión parcial anticipada, regularización de pasos a nivel, la interventoría y la colaboración que debe prestar la concedente –tomo 13 A-.

2.5.1.7 El 27 de febrero de 2001, la Empresa Colombiana de Vías Férreas y Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. suscribieron el acta n.º 5 de esa fecha, *"...con motivo de la solicitud de iniciación de la etapa de arreglo directo de divergencias entre las partes, su desarrollo y conclusiones"* –tomo 15 A-.

Refiere este documento que, atendiendo a la complejidad de los temas, el 19 de septiembre de 2000 las partes convinieron en constituir una "Comisión de Alto Nivel" con sus designados y después de sesionar periódicamente, durante cuatro meses, lograron acuerdos y recomendaciones que las partes acogieron con el fin de resolver de *"...manera no contenciosa, directa y amigable... las controversias relacionadas con la interpretación y ejecución del Contrato de Concesión"*, relativas a los reembolsos, el nivel de inversión, las condiciones de entrega al concesionario de los tramos la Loma-Puerto Drummond, el alcance de la explotación de la concesión, el cierre financiero, las actas de verificación, las invasiones, la reversión parcial anticipada, los cruces a nivel, los cortes preexistentes y el plazo para la rehabilitación.

Asimismo refiere el documento en cita, que “[c]on la firma del presente acta (sic) se entiende que las partes se encuentran a paz y salvo en relación con la interpretación y ejecución de los asuntos definidos en este acta. El presente documento no afecta, ni modifica los demás derechos y obligaciones entre las partes derivados del Contrato de Concesión. La fecha del inicio de las obras de rehabilitación, mantenimiento y operación a lo largo del corredor de la Red Férrea del Atlántico se fija para treinta días después de la firma del presente acuerdo” –tomo 15 A-.

El acta n.º 5 de 2001 fue objeto de aclaraciones el 14 de mayo del mismo año, en lo relativo al plazo para el pago de los aportes estatales diferentes a los provenientes del contrato con Drummond Ltd. y, el 12 de septiembre siguiente, en lo que tiene que ver con la aprobación de la versión definitiva del cronograma y el plan de obras de rehabilitación, el cruce de cuentas, las condiciones de entrega del tramo la Loma-Puerto Drummond, los cortes preexistentes y la suspensión de los reembolsos durante los tres meses siguientes.

2.5.1.8 El 21 de mayo de 2002, las partes suscribieron el acta n.º 7 de 2002, en la cual dan cuenta de que nuevamente debieron acudir al arreglo directo de controversias, esta vez por reclamaciones efectuadas por la Empresa Colombia de Vías Férreas y que lograron acuerdos relativos al manejo de los reembolsos, a la destinación de los recursos provenientes del contrato con Drummond Ltd., la ampliación de la garantía única otorgada por la concesionaria, el procedimiento para la imposición de multas, la supervisión de la concesión, el cronograma para el pago de los aportes estatales y la conservación y operación de la infraestructura de transporte férreo –tomo 15 A-.

2.5.2 El contenido de los documentos relacionados permite a la Sala concluir que las actas suscritas por las partes no tienen el alcance que las actoras le atribuyen a efectos de justificar la alteración del esquema financiero y los riesgos del contrato de concesión en que fundan el amparo solicitado, como pasa a analizarse.

2.5.2.1 En lo relativo al pago de los aportes estatales, su destinación y a la obligación del concesionario de transferir a la administración al 10% de los ingresos provenientes del contrato celebrado con Drummond Ltd, las actas cuestionadas por las actoras dan cuenta de lo siguiente:

A través del acta n.º 1 del 26 de octubre de 2000, las partes manifestaron su acuerdo, entre otros aspectos, sobre las siguientes precisiones y explicaciones relacionadas con los cambios de que fue objeto la minuta de la fiducia –tomo 15 A-:

En desarrollo de los temas enunciados las partes acuerdan: (...)

II. Se presentaron las siguientes precisiones y explicaciones a los cambios que operan entre la Proforma 7 y el Contrato de Fiducia suscrito entre el concesionario y la Fiduciaria:

a) Cláusula 2.3: se ha añadido "de la rehabilitación y adquisición de material rodante y del pago del servicio de la deuda derivada de estos conceptos". Esto ha sido para adaptar dicha cláusula al contrato de concesión. Véase cláusula 27.2 apartado b.

Además de ha añadido "y los gastos y erogaciones contemplados en la cláusula 20". Esto ya se contemplaba en la proforma correspondiente en la dicha cláusula 20.

b) Cláusula 3.2: Se ha añadido después de remuneración "neta (excepto impuesto, fondo del mantenimiento de Drummond, otros gastos, etc.)". Esta aclaración se ha introducido ya que parece ser el espíritu del contrato el que Ferrovías obtenga el 10% de lo que realmente son ingresos del concesionario. Además, faltando muy pocos días para el cierre de la licitación, Ferrovías firmó un acuerdo con Drummond en el que se obliga al descuento, en un principio de más de un 24% de las tarifas de la Drummond, para ser ingresados en un fondo de mantenimiento. Es decir, esta cantidad pasa a descontarse de los ingresos del concesionario. Entendemos que no hubo tiempo de Ferrovías para modificar a ese tenor el apartado correspondiente a ese contrato.

c) Cláusula 4: se añade "menos el pago ofrecido por el Concesionario". Lógicamente al aporte de Ferrovías hay que descontarle el pago ofrecido por el concesionario".

Se añade también "y en la rehabilitación y adquisición del material rodante y el

pago del servicio de la deuda derivada de estos conceptos". Mismo comentario que hay para la cláusula 2.3 (...)

Asimismo, sobre el pago de los aportes por parte de Ferrovías a la Fiducia, su entrega a la concesionaria y la destinación, refiere el acta n.º 5 de 2001 –se destaca-:

1. REEMBOLSOS

Con relación al tema de los reembolsos las partes acuerdan que los mismos se efectuarán a través de los siguientes dos (2) sistema de pago, que se aplicarán para los desembolsos de la Fiducia de Fiduoccidente al Concesionario:

- a) *Entrega anticipada de recursos al Concesionario por una sola vez. Esta entrega anticipada se autoriza en la suma de doce millones quinientos mil dólares americanos (US\$12.500.000), la cual será pagada por la fiducia al Concesionario, de inmediato con la suscripción del presente acuerdo.*
- b) *Sistema de reembolso de costos asumidos por el Concesionario. Mediante este sistema se reembolsarán por la fiducia todos aquellos costos asumidos por el Concesionario por concepto del cumplimiento de las obligaciones de rehabilitación reconstrucción según los aspectos descritos más adelante.*

Para el literal b) anterior, las partes acuerdan que los aspectos descritos en el numeral 1.1 del Anexo 4 del Pliego de Condiciones de la Licitación 001 de 1999 de Ferrovías y aquellos descritos en la Cláusula 97.1 del Contrato de Concesión, se precisan de acuerdo con la siguiente lista enunciativa, no limitativa, de aspectos sujetos a reembolso:

- *Conservación de infraestructura de vía e instalaciones ferroviarias correspondientes al contrato Drummond*
- *Atención de emergencias de todo tipo en el tramo la Loma Puerto Drummond*
- *Inspecciones físicas de la infraestructura de la Concesión en cualquier tiempo*
- *Inspecciones de talleres y material móvil*
- *Estudios de ingeniería: topografía, geología, identificación de puntos críticos, hidrología, hidráulica, análisis de puentes, análisis de sistemas de drenaje, metrización de la vía, análisis de balasto, traviesas, rieles y otros materiales de vía, análisis de la señalización, análisis de invasiones y cruces a niveles ilegales*
- *Estudio de trazado, regeometrización de la vía*
- *Estudios de demanda de tráfico y Plan de Obras de la Rehabilitación*
- *Planes de calidad y medioambientales, incluyendo su preparación*
- *Diseños e ingeniería de detalle*
- *Plan de regularización de pasos a nivel*

- *Obra física, acopios de material, compra de equipos para las obras, pagos por ejecución de obra*
- *Diseño de la rehabilitación del material móvil, talleres y demás bienes inmuebles concesionados*
- *Rehabilitación y equipamiento de talleres y demás bienes inmuebles concesionados*
- *Rehabilitación y adquisición de material rodante*

Con relación a los recursos derivados del Contrato Drummond, las partes acuerdan que una vez obtenidos créditos necesarios para la ejecución de las obras, o el cierre financiero de la Concesión, los citados recursos podrán además emplearse para el servicio de la deuda contraída para financiar todos los conceptos mencionados anteriormente durante el periodo de rehabilitación construcción (...)

12. PLAZO DE REHABILITACIÓN

Se le concede al concesionario un plazo máximo de rehabilitación de siete (7) años a partir de la fecha de suscripción de la presente acta.

Los aportes de la Nación, diferentes a los recursos derivados del Contrato Drummond, serán distribuidos y proporcionalmente aportados durante los siete años de rehabilitación, en las mismas fechas durante el año, ya descritas en el Contrato de Concesión –tomo 15 A-.

Y con el acta n.º 7, las partes convinieron:

1. REEMBOLSOS

1.1. Manejo de Reembolsos

A partir de la firma de la presente acta los reembolsos se manejarán así:

Reembolsos con los aportes de FERROVÍAS. Mediante esta modalidad de reembolso se reconocerán al concesionario, todos aquellos gastos asumidos directamente por el mismo o por sus contratistas por concepto de la ejecución de las obras necesarias para la rehabilitación-reconstrucción de la infraestructura concesionada.

Reembolsos con los ingresos del Contrato Drummond: Mediante este sistema de reembolso se reconocerán al Concesionario, todos aquellos gastos asumidos directamente por el mismo o por sus contratistas o adquiridos con terceros de acuerdo con el literal b) del numeral 1) del Acta 5 (...)

1.2. Conceptos no reembolsables

En ningún caso habrá reembolso de anticipos o pagos anticipados (...)

3. RECURSOS APORTADOS EN LA FIDUCIA POR LOS INGRESOS DEL CONTRATO DRUMMOND

En relación con los ingresos del contrato suscrito con Drummond y aportados a la fiducia, se acuerda que con dichos recursos podrán pagarse el servicio de la deuda y los gastos derivados de la financiación, siempre que los mismos se relacionen exclusivamente con las actividades de rehabilitación-reconstrucción. Respecto de tales recursos dicha fiducia será un instrumento de garantía, administración y pagos para respaldar las obligaciones contraídas por el concesionario para el cumplimiento de la finalidad perseguida, sin que en ningún caso se puedan afectar los derechos de Ferrovías. La financiación de la rehabilitación-reconstrucción se obtendrá de entidades financieras y los recursos respectivos se incorporarán a la fiducia.

En relación con los recursos aportados por Ferrovías a la Fiducia, la misma seguirá siendo una fiducia de administración y pago, conforme a lo pactado en la cláusula 28 del contrato de concesión.

A juicio de las actoras, con estos acuerdos las partes cambiaron la destinación de los aportes estatales, introdujeron el pago de un anticipo no previsto en el pliego de condiciones y redujeron el monto de los recursos que debía transferir el concesionario a la administración, alterando sustancialmente el equilibrio económico en contra del patrimonio público, pues de conformidad con el contrato de concesión la rehabilitación, la adquisición del material rodante estaban a cargo del contratista, sin que pudiera utilizar dichos recursos para el servicio de la deuda, además de que debía hacer las transferencias del 10% sin deducciones.

Empero, observa la Sala que las aclaraciones de que trata el acta n.º 1 de 2000 y los acuerdos contenidos en las actas n.º 5 de 2001 y 7 de 2002, no tienen el alcance atribuido por las actoras, dado que desde el pliego de condiciones y el contrato de concesión celebrado, estaba previsto que i) la Empresa Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías debe pagar aportes a la contratista por US\$80.000.000 a través de una fiducia, con independencia de que estos recursos sean desembolsados por la fiduciaria contra la ejecución del objeto, ii) una vez pagados por la concedente, los aportes ingresan al patrimonio autónomo constituido por el contratista para los fines la concesión, siendo la fiducia un mecanismo de administración y pago para controlar que

los recursos se destinen a las necesidades de la rehabilitación, sin limitarlos exclusivamente a la ejecución de las obras y iii) si bien a la contratista se transferían los ingresos generados por el contrato celebrado con la sociedad Drummond Ltd., la obligación de pagar a la concedente el 10% es sobre el valor neto recibido por la fiducia, como pasa a analizarse.

2.5.2.1.1 En efecto, refiere el pliego de condiciones que Ferrovías ofreció aportar, con destino a la rehabilitación-conservación de la totalidad de la red, hasta US\$80.000.000, de conformidad con los requerimientos del proponente, en 4 cuotas anuales pagaderas el 30 de abril, salvo la primera, que se debía pagar el 40% el 1º de abril y el saldo el 1º de junio y el 1º de octubre de 2000. Y, asimismo, quedó convenido en el contrato de concesión celebrado:

CLÁUSULA 27. FUENTES DE FINANCIACIÓN DEL PROYECTO

La financiación de la ejecución del plan de obras de rehabilitación-reconstrucción se regirá por las siguientes condiciones:

27.1. FERROVÍAS se comprometer a aportar a EL CONCESIONARIO las siguientes sumas de dinero, en las fechas que se indica a continuación:

- i) La suma de veinte millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD20.000.000), desembolsándose el cuarenta por ciento (40%) el día primero (1) de Marzo del año dos mil (2000); el treinta por ciento (30%) el día primero (1) de Junio del año dos mil (2000); y el treinta por ciento (30%) restante el día primero de Octubre del año dos mil (2000);*
- ii) La suma de veinte millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD20.000.000), el treinta de abril del año dos mil uno (2001);*
- iii) La suma de veinte millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD20.000.000), el treinta de abril del año dos mil dos (2002);*
- iv) La suma de veinte millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD20.000.000), el treinta de abril del año dos mil tres (2003)...-pág. 19 del contrato, tomo 15 A-*

En lo relativo al pago, titularidad y administración de los aportes estatales destinados a la rehabilitación de la vía férrea, el pliego de condiciones da cuenta de que i) la concesionaria debe constituir un patrimonio autónomo a

través del cual la administración le pagará los aportes, ii) la fiduciaria recibe en nombre del contratista fideicomitente el pago de los aportes de la administración y iii) para controlar la destinación convenida, los aportes recibidos de la administración deben ingresar al patrimonio autónomo constituido por el fideicomitente para tal fin, del cual la fiduciaria debe desembolsarle los recursos contra las cuentas por la ejecución de las obras de rehabilitación que presente.

Así refiere la proforma 7 del pliego de condiciones (minuta del contrato de fiducia) –se destaca-:

Cláusula 2. OBJETO DEL CONTRATO

El presente contrato de Fiducia Mercantil irrevocable tiene por objeto:

2.1. Servir de mecanismo de pago de la obligación contraída por FERROVÍAS con el CONCESIONARIO, respecto de la realización de los aportes que se destinarán a la financiación de la ejecución del PLAN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN, y en tal sentido, recibir en nombre del CONCESIONARIO los recursos que aporte FERROVÍAS con tal fin.

2.2. La administración de los recursos que tenga derecho a recibir el FIDEICOMITENTE por causa de las transferencias que efectúe FERROVÍAS para la ejecución del PLAN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN.

2.3. Servir de fuente de pago al FIDEICOMITENTE mediante el reembolso de los gastos sufragados por este en su calidad de CONCESIONARIO para la ejecución del PLAN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN, cuando el FIDEICOMITENTE así lo requiera, en los términos previstos en el presente contrato.

CLÁUSULA 3. BIENES FIDEICOMITIDOS

*Para el cumplimiento de los fines previstos como objeto del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, promedio del presente contrato (sic) **el FIDEICOMITENTE transfiere a la FIDUCIARIA:***

3.1. APORTES DE FERROVÍAS: *Durante la vigencia del presente contrato de fiducia el FIDUCIARIO percibirá directamente el valor de los desembolsos que efectúe FERROVÍAS como aporte a la concesión, en las fechas previstas en el contrato de conexión (...).*

CLÁUSULA 6. PATRIMONIO AUTÓNOMO

109
25000232500020020112101
Actor: Yaneth Aldana y otro

000224

El patrimonio autónomo del presente contrato de fiducia mercantil se denomina "FIDEICOMISO-CONCESIÓN RED ATLÁNTICA" y se integra con la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE. (\$100.000.00) que serán aportados por el FIDEICOMITENTE con ese fin.

A ese patrimonio se integrarán posteriormente los recursos que entregará FERROVIAS al CONCESIONARIO, según lo establecido en el contrato de CONCESIÓN correspondiente, la remuneración periódica causada por el contrato suscrito con Drummond Ltd., y los rendimientos producidos por las sumas que se integren al patrimonio autónomo.

No podrán ingresar en este patrimonio autónomo sumas diferentes a las autorizadas explícitamente en el texto del mismo.

CLÁUSULA 15. FUNCIONES ESPECIALES DE LA FIDUCIARIA.

Para el logro de la finalidad propuesta, LA FIDUCIARIA, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la ley y en este contrato, tendrá a su cargo el ejercicio de las siguientes funciones:

15.1 RECEPCIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS: a) recibir de FERROVIAS en nombre del FIDEICOMITENTE, los recursos que dicha entidad deberá entregarle al FIDEICOMITENTE en desarrollo de lo previsto en el contrato de CONCESIÓN de la red Atlántica. b) Recibir, del FIDEICOMITENTE, ciertos recursos que este deberá aportar en su propio nombre, sea para dar inicio a este contrato de fiducia, sea por otras razones previstas en el contrato de CONCESIÓN de la red ATLÁNTICA (...). -págs. 4 a 8, tomo 14-

Cabe recordar, en este punto, que con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, la Ley 105 de 1993 autorizó que los concesionarios constituyan patrimonios autónomos, a los que pueden ingresar los aportes de la entidad estatal –arts. 30 y 31-; propósito al que sirve la fiducia mercantil, en tanto caracterizada principalmente porque su constitución apareja la transferencia o enajenación de los bienes al patrimonio autónomo, con la finalidad de mantenerlos separados y destinados al fin determinado, conforme con las disposiciones de los artículos 1226 y siguientes de la codificación mercantil.

Así las cosas, para la Sala resulta claro que Ferrovías debe pagar a la concesionaria los aportes en unos plazos expresamente acordados y, por

tanto, con independencia de la ejecución del objeto; estos recursos deben ingresar al patrimonio autónomo constituido por el fideicomitente –Fenoco S.A- para los fines de la concesión, del cual solamente se pueden desembolsar a la contratista previa presentación de las cuentas de cobro de los gastos incurridos por la realización de las actividades a las que estaban destinados.

Y resulta claro, igualmente, que, en virtud de los pagos efectuados por la Empresa Colombiana de Vías Férreas a la contratista a través de la fiducia, los recursos aportados salen del patrimonio de la administración e ingresan al patrimonio autónomo de la concesión, al tenor de las disposiciones del artículo 1633 del Código Civil⁷⁵; es decir, se trata de recursos que una vez pagados se entienden ejecutados por la entidad estatal. Sin que por ese hecho los recursos pagados por la contratante dejen de ser públicos, en cuanto i) mantienen su naturaleza de aportes pagados por la concedente, ii) ingresan al patrimonio autónomo constituido por el fideicomitente para los fines de la concesión y iii) están destinados específicamente a las actividades propias del objeto contratado por la entidad estatal.

Resulta pertinente que se reitere en este aspecto lo señalado por la Corporación –se destaca-⁷⁶:

“(...) A los patrimonios autónomos derivados de contratos de fiducia mercantil no se les aplican en su operación las disposiciones sobre disponibilidad presupuestal y autorización de vigencias futuras. En efecto, como ya se dijo, los patrimonios autónomos consisten en una suma de dinero o un conjunto de bienes que es manejado por la sociedad fiduciaria con contabilidad separada e independiente de los demás fideicomisos y de su propio patrimonio, pero no constituyen una persona jurídica, ni son entidades públicas así sean conformados inicialmente por aportes públicos, ni son tampoco Secciones del Presupuesto Nacional, en los términos del artículo 110 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, de manera que pudiera decirse que estén sometidos a esa

⁷⁵ “El pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño. Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar. // Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño o no tuvo facultad de enajenar” –se destaca-.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de diciembre de 2005; ponente Gustavo Aponte Santos, radicación 1705.

normatividad. Adicionalmente, su propia naturaleza implica la transferencia del derecho de dominio por lo que los bienes salen del patrimonio del fiduciante público quedando afectados a una destinación específica irreversible hasta que se cumpla la finalidad prevista. Su gestión y manejo se somete, en fin, a una normatividad propia y diferente a la de los bienes que conserva el fiduciante público.

Ahora, el material probatorio también da cuenta de que el 1º de junio de 2000 la administración no canceló los aportes convenidos, pues para esa fecha le quedó un saldo pendiente de USD2.342.024, que, según el acuerdo de pago suscrito en esa fecha –acta de acuerdo complementario n.º 4, tomo 15 A-, debía cumplir el 2 de agosto; empero, al 26 de septiembre siguiente continuaba en mora, según el requerimiento reiterado en esta fecha por la contratista –aparte 5, tomo 13-.

Igualmente, los elementos probatorios dan cuenta de que para esta última fecha, la administración no había atendido 19 solicitudes de reembolso presentadas por el contratista con fundamento en la cláusula 81 del contrato, que refiere:

CLÁUSULA 81. RIESGOS DEL CONTRATO ASUMIDOS POR FERROVIAS

Únicamente en los casos en que la infraestructura concesionada sea afectada por actos de violencia o de terrorismo, ataques de terceros a la infraestructura, o por desastres naturales tales como sismos, avalanchas, inundaciones o desprendimientos, FERROVIAS compartirá el riesgo con el CONCESIONARIO, siempre que EL CONCESIONARIO hubiere adelantado razonablemente y con suficiente diligencia las obras requeridas, de manera que el desastre no hubiere podido ser minimizado con obras de ingeniería inherentes a la labor de rehabilitación-reconstrucción o conservación que le corresponda.

En tales casos, FERROVIAS reembolsará al CONCESIONARIO, en valor presente al momento del pago, los costos de la reposición de la infraestructura, y de reparación de los daños directos que la lleguen a afectar, pero por ninguna razón asumirá el valor del lucro cesante que sufra EL CONCESIONARIO por la suspensión de las operaciones, ni por ninguna otra causa –pág. 44 del contrato, tomo 15 A-.

Por otra parte, mediante comunicación n.º 293 del 16 de abril de 2001, Ferrovías solicitó al Departamento Nacional de Planeación autorización para reprogramar las vigencias futuras destinadas al pago de los aportes a partir del

año 2001, por valor de USD60.000.000, en razón de lo convenido en el acta n.º 5 de ese mismo año, en estos términos:

(...) debido a la modificación de la forma de aportes de la Concesión según Acta de Acuerdo No. 5 y que Ferrovías contratará con un tercero la interventoría técnica, administrativa y financiera del contrato de concesión de infraestructura y de obras de conservación de la Red Atlántico, me permito solicitar a ese Departamento-Unidad de Inversiones y Finanzas Públicas concepto favorable para reprogramar las vigencias futuras de las Obras de Rehabilitación de la Infraestructura de la Red Atlántico en el Presupuesto de Inversión de la Empresa, proveniente de Aportes de la Nación de la siguiente forma (...) -fls. 556 a 561, tomo 27-

Vigencia	Recurso	Obras rehabilitación Red Atlántico
2001	Aporte Nación	711.856
2002	Aporte Nación	2.145.286
2003	Aporte Nación	11.428.574
2004	Aporte Nación	11.428.574
2005	Aporte Nación	11.428.574
2006	Aporte Nación	11.428.574
2007	Aporte Nación	11.428.574
	Total	60.000.000

En ese orden, concluye la Sala que la entrega de la suma de USD12.500.000 por parte de la fiduciaria a la concesionaria, que se convino en el acta n.º 5 del 27 de febrero de 2001, no puede entenderse como el pago de un anticipo reembolsable, adicional a los aportes que debía hacer la administración a la contratista, dado que se trató específicamente de la autorización para que la fiduciaria le entregara inmediatamente al fideicomitente recursos que tenía en su poder, esto es de aportes ya pagados por la administración, sin condicionar totalmente esa entrega al sistema de reembolsos convenido inicialmente en el contrato de fiducia.

Para la Sala esto es así, habida cuenta de que la autorización para entregar a la concesionaria la suma de USD12.500.000 no puede entenderse como la creación de una obligación nueva a cargo de la contratante, dado que

nítidamente se señala en el acta n.º 5 de 2001 que la entrega debe hacerla inmediatamente la entidad fiduciaria, en su calidad de administradora del patrimonio autónomo constituido con los aportes pagados por la administración, lo cual supone que los recursos para cumplir esa entrega ya se encuentran en poder de la fiduciaria.

En ese orden, entiende la Sala que por la entrega de los USD12.500.000 por parte de la fiduciaria al fideicomitente acordada en el acta n.º 5 de 2001, se introdujo una variación a la forma como la fiduciaria debe entregar los recursos del patrimonio autónomo al fideicomitente, esto es sin sujetarla enteramente al sistema de reembolsos contra la ejecución; empero de ello no puede concluirse necesariamente una alteración injustificada del esquema previsto en el contrato de concesión para el monto, plazo y la destinación de los aportes estatales, exclusivamente en favor del contratista. si se considera que i) a la fecha de entrega de esos recursos estaba pendiente de reconocimiento por parte de la contratante de varias solicitudes de reembolso, presentadas por la concesionaria al amparo de la cláusula 81 del contrato celebrado, esto es por hechos sobrevinientes no imputables a las partes; ii) los recursos entregados por la fiduciaria, aún en poder del contratista, continuaban siendo públicos y destinados a las obras de rehabilitación-conservación, pues la autorización para su entrega inmediata no comprende el cambio de la destinación y iii) las partes convinieron en ampliar a 7 años el plazo para el pago de los aportes y en disminuir a USD12.500.000 para el 2001, a USD2.145.286 para el 2002 y a USD11.428.574 las sumas que, conforme con lo convenido inicialmente, la contratista debía recibir en cuantías de USD20.000.000 en cada una de estas anualidades, amén de que se mantuvo el valor de los aportes inicialmente convenido por un total de USD80.000.000.

Siendo así, observa la Sala que las modificaciones introducidas por las partes al contrato en lo relativo al pago de los aportes estatales y al desembolso de la suma de USD12.500.000 en favor del contratista, en cuanto originadas en la renegociación de plazo para el pago de obligaciones no cumplidas oportunamente por la contratante y en la necesidad de reembolsar al concesionario los conceptos convenidos en la cláusula 81 del contrato, se enmarcan dentro del principio de colaboración que impone a las partes del

contrato estatal el deber de adoptar, en el menor tiempo posible, las medidas para corregir los desajustes y solucionar eficazmente las diferencias. De donde las modificaciones bajo análisis, en tanto orientadas al logro de los fines estatales perseguidos con la contratación, resultan procedentes al tenor de los criterios jurisprudenciales citados.

En ese contexto, si bien sobre el contratista recaen los deberes de colaboración que le imponen las disposiciones de la Ley 80 de 1993, considera la Sala que no se aviene con la buena fe contractual exigida por el artículo 1603 del Código Civil, pretender que ante el incumplimiento de la contratante se obligue a la concesionaria a renunciar al derecho que le asistía a recibir los aportes en las condiciones inicialmente pactadas, teniendo en cuenta exclusivamente los intereses de la administración. Una actuación en tal sentido podría dar al traste con el equilibrio económico, afectando injustificadamente el interés legítimo de la concesionaria a que el contrato se cumpla en las condiciones en que fue pactado, como lo exige el artículo 1602 de la citada codificación.

2.5.2.1.2 En cuanto lo que tiene que ver con la destinación de los recursos, es preciso recordar que la Ley 105 de 1993 autoriza la constitución del patrimonio autónomo con la finalidad de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de la concesión de proyectos de infraestructura de donde resulta que la utilización de los bienes de este fideicomiso para respaldar la financiación de la concesión no resulta ajena a los fines legales.

Y específicamente refiere el pliego de condiciones que, sin perjuicio de la responsabilidad de la concesionaria por la financiación del proyecto –num.3.11.1-, la concedente pagará a la contratista hasta US\$80.000.000, conforme con el valor que solicitara el proponente limitado a este máximo –se destaca- “...*con destino exclusivo a **las labores que deban desarrollarse para la rehabilitación-reconstrucción inicial** de la totalidad de la red*” –num.3.11.2- y transferirá, a través de la fiducia a contratar para el efecto, los ingresos del contrato celebrado con Drummond Ltd., descontando el valor correspondiente al fondo de mantenimiento de que trata ese negocio, para ser “...*empleados en la rehabilitación de la red a que se refiere el presente pliego, hasta tanto dicho plan haya sido totalmente ejecutado, en la rehabilitación y adquisición de material*

rodante, todo a satisfacción de FERROVIAS". Y que, una vez concluida la ejecución del plan, los recursos serían transferidos directamente al concesionario, dado que para entonces finaliza el contrato de fiducia –num. 3.11.3-.

Asimismo, al tratar lo relativo a la supervisión del contrato de concesión, el pliego de condiciones señala que el interventor debe controlar –se destaca- "...el destino de los recursos aportados por FERROVIAS, los cuales durante el periodo en el que se adelante la rehabilitación inicial de la infraestructura sólo podrán destinarse al desarrollo de los aspectos técnicos, ambientales, financieros y de ejecución de los estudios, diseños y construcciones que requieran con tal propósito" –num. 3.22-.

Igualmente, al regular los derechos otorgados en virtud de la concesión, el pliego de condiciones prevé que –se destaca- "...el concesionario se encuentra autorizado para gravar de cualquier forma cualquiera de los derechos que adquiere como resultado de la concesión, o de ceder algunos de ellos en garantía sin ceder la posición contractual, únicamente con el fin de garantizar o asegurar el pago de los créditos que obtenga para el desarrollo de la misma, sin que en ningún caso se puedan afectar los derechos de Ferrovías" –num. 3.4.1-.

Así las cosas, desde el pliego de condiciones estaba previsto que los aportes estatales se destinarán a todo tipo de labores requeridas para la rehabilitación-reconstrucción de la vía, incluyendo, además de la ejecución del plan de obras y la adquisición del material rodante, todo lo relativo al desarrollo de los aspectos técnicos, ambientales, financieros y de ejecución de los estudios, diseños y construcciones que se requieran en orden al objeto contratado. Y, en tanto se trata derechos que le confiere el contrato de concesión, sobre los recursos de su patrimonio autónomo el fideicomitente puede constituir gravámenes para garantizar el pago de las deudas contraídas para la ejecución del plan, las demás necesidades de la rehabilitación y para la adquisición del material rodante, como quedó previsto en el pliego de condiciones.

Ahora, observa la Sala que, si bien el numeral 2.3 de la cláusula 2ª del contrato de fiducia, al tratar la destinación de los recursos del patrimonio

autónomo incluye solamente la ejecución del plan de obras de rehabilitación, no es dable entender que esta estipulación haya limitado la destinación que, conforme con las demás disposiciones del pliego de condiciones, comprende los aspectos técnicos, ambientales, estudios, diseños, construcciones y financiación, incluyendo el servicio de la deuda, que demande la rehabilitación, dado que el efecto *res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest*, que rige el contrato celebrado entre el concesionario-fideicomitente y la entidad fiduciaria, no puede proyectarse con consecuencias modificatorias sobre el contrato de concesión celebrado entre la administración y el concesionario, amén de que, siendo parte integrante del pliego de condiciones, no es pasible de entendimiento que la destinación de los aportes estatales prevista en la minuta del contrato de fiducia haya dejado sin efectos las demás condiciones del pliego relativas a esa materia.

Y en cuanto a la solución de las deudas contraídas por la concesionaria para las obras de rehabilitación, con los recursos del patrimonio autónomo constituido con los aportes públicos pagados por la contratante, de que trata el acta n.º 7 de 2002, debe señalarse además, que la contratista aceptó modificar las condiciones de plazo y cuantía de los instalamentos que tenía derecho a recibir de la contratante para rehabilitación, asumiendo un mayor esfuerzo financiero, lo cual no puede entenderse necesariamente como una renuncia al derecho previsto en el pliego de condiciones para destinar esos recursos al servicio de la deuda.

Siendo así y sumado a que la destinación de los aportes estatales prevista en los acuerdos contenidos en las actas n.º 5 de 2001 y 7 de 2002 se acompasa con las previsiones del pliego de condiciones y del contrato de concesión celebrado, no resulta acertado entender que con estos actos se haya alterado el esquema financiero del contrato a consecuencia de haberse modificado la destinación de los recursos financieros aportados por la administración.

2.5.2.1.3 En lo que toca a la obligación de la sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia-Fenoco S.A. de pagar el 10% del total de los ingresos percibidos por concepto de peajes o uso de la vía para el transporte del carbón del Cesar, específicamente para el caso del contrato celebrado con Drummond Ltd., el pliego de condiciones estipula que al fideicomiso contratado por la contratista ingresan los recursos de este contrato después de descontarse el

aporte para el fondo de mantenimiento allí previsto y que todos los gastos de la fiducia se pagan con cargo al fideicomiso; de ahí que la transferencia del 10% que debe hacer la concesionaria a Ferrovías no puede calcularse sobre el valor total de los ingresos generados por el contrato con Drummond Ltda, como lo entienden las actoras.

Al respecto, da cuenta el pliego de condiciones –se destaca-:

3.11.3 Aportes adicionales

FERROVÍAS transferirá al concesionario los ingresos que se deriven del contrato celebrado por FERROVÍAS con Drummond Ltd., el cual obra junto con sus modificaciones, en el ANEXO 7 del presente pliego y de cualquier otro contrato.

Ferrovías asume la responsabilidad de no dar lugar por su culpa a la terminación del contrato suscrito con la sociedad Drummond Ltd., y a no efectuar arreglos, negociaciones, convenios o acuerdos de cualquier tipo cuando con ello se afecte la remuneración mínima por tonelada prevista en el contrato y sus modificaciones vigentes para el transporte de carbón.

Estos recursos se destinarán así:

a) En primer lugar, se incorporará el valor que corresponda al fondo del mantenimiento a que hace referencia el contrato referido.

La conservación de la infraestructura y superestructura de vía e instalaciones ferroviarias que corresponda realizar sobre el tramo a que hace referencia el contrato contenido en la Escritura Pública No. 4476 del 13 de septiembre de 1991 de la Notaría 23 del Círculo de Bogotá D.C., suscrito entre FERROVÍAS y la firma DRUMMOND LTD., deberá ser realizada por parte del concesionario de acuerdo con los estándares mínimos previstos en el anexo D del contrato mencionado.

b) *En lo que exceda del valor aludido en el literal anterior, los recursos provenientes de la concesión económica de dicho tramo solo podrán ser empleados en la rehabilitación de la red a que se refiere el presente pliego, hasta tanto dicho plan haya sido totalmente ejecutado, en la rehabilitación y adquisición de material rodante, todo a satisfacción de Ferrovías (...)*

3.12. APORTES DEL CONCESIONARIO A FERROVÍAS

En lo que se refiere al transporte de Carbón del Cesar, el concesionario aportará a FERROVÍAS una suma equivalente al diez por ciento (10%) del total de los ingresos por concepto de peajes o uso de la vía que se deriven de cualquier contrato celebrado o que lleve a celebrar a partir de la fecha de inicio de la concesión y hasta el vencimiento del término de la misma –págs. 74 y 75, cdn. 1, pliego de condiciones-.

CLÁUSULA 15. FUNCIONES ESPECIALES DE LA FIDUCIARIA.

Para el logro de la finalidad propuesta, LA FIDUCIARIA, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la ley y en este contrato, tendrá a su cargo el ejercicio de las siguientes funciones: (...).

15.2 REMUNERACIÓN RECONOCIDA POR EL CONTRATO DRUMMOND: *Durante la vigencia del presente contrato, y en tanto se encuentre pendiente el desarrollo completo del plan de obras de rehabilitación que se obliga a ejecutar el concesionario de acuerdo con los términos de condiciones y el contrato de concesión, la FIDUCIARIA recibirá de manera directa el monto de la remuneración que deba cancelar la firma DRUMMOND LTD., al concesionario, en virtud de la cesión del flujo de dicho contrato que se ha hecho al concesionario, excepto por el diez por ciento (10%) de dicha remuneración que serán entregados por la fiduciaria a FERROVIAS. Para estos efectos, corresponderá a la fiduciaria la gestión del cobro de dicho dinero, en colaboración con el concesionario – Proforma 7, minuta del contrato de fiducia, págs. 4 a 8, tomo 14-*

CLÁUSULA 20. GASTOS Y EROGACIONES DEL FIDEICOMISO

Son gastos y erogaciones a cargo del fideicomiso los siguientes:

20.1 *Los pagos que deban hacerse a los beneficiarios, de acuerdo con lo establecido en este contrato.*

20.2 *La comisión fiduciaria.*

20.3. *Los impuestos, tasas, contribuciones y demás gravámenes fiscales y parafiscales y expensas que se causen con ocasión de la celebración, terminación y liquidación de este contrato (...)* –Proforma 7, minuta de la fiducia, pág. 11, tomo 14-

Siendo así, para la Sala resulta claro que i) no es dable entender que el concesionario deba pagar al concesionario el 10% del valor correspondiente al fondo de mantenimiento del contrato de la Drummond Ltd., en tanto se trata de recursos ajenos a su fideicomiso y ii) en cuanto le corresponde al fideicomitente y a la fiduciaria, a través del fideicomiso, la gestión de cobro, recaudo y transferencia del 10% de los ingresos correspondientes a la contratante, resulta contrario al equilibrio contractual del contrato de fiducia pretender que estos recursos no están afectados al pago de los gastos y erogaciones propios del fideicomiso a través del cual se manejan.

2.5.2.2 En lo relativo a los tramos de vía Grecia-San Rafael y la Loma-

Puerto Drummond, según refiere el acta n.º 5 de 2001, en tanto no se encontraban en el estado ofrecido por la contratante en el pliego de condiciones, la adecuación debe hacerla el concesionario con cargo a la contratante, para lo cual convinieron que *"[e]l pago de los costos incurridos por el Concesionario por estas adecuaciones reconocidas por Ferrovías, se hará mediante el sistema de cruces de cuentas entre Fenoco y Ferrovías"*, de conformidad con los costos que para el efecto determine la comisión constituida por las partes -pág. 5, Acta de acuerdo complementario n.º 5, tomo 15A-.

Las actoras entienden que la rehabilitación-reconstrucción de los mencionados tramos de vía estaba a cargo del concesionario, conforme con el pliego de condiciones y el contrato de concesión celebrado y que con el reconocimiento de los costos de adecuación de que trata el acta n.º 5, se alteró el equilibrio económico del contrato en contra del patrimonio público, otorgando la administración recursos no debidos al concesionario.

Empero, conforme con el pliego de condiciones y las actas de audiencias de preguntas y respuestas adelantadas durante el proceso licitatorio, integrantes al contrato, la entidad estatal debe entregar al concesionario los tramos Grecia-San Rafael de Lebrija y la Loma-Puerto Drummond rehabilitados y, en su defecto, asumir los costos y la responsabilidad pertinentes.

En efecto, de conformidad con el pliego de condiciones, Ferrovías ofreció *"[a]sumir hasta su terminación los costos y responsabilidades derivados de los contratos de obras de rehabilitación o de conservación o mantenimiento que al momento de entrega de la infraestructura concesionada se estén llevando a cabo sobre la misma, de conformidad con la relación de contratos de obra incluidos en el ANEXO 3 del presente pliego"* --num. 3.15.1-, dentro de la cual se incluye el contrato 01-0078-0-96, celebrado con el consorcio conformado por la Constructora Andrade Gutiérrez S.A., Equipos Universal & Cía y J. Ferreira Engenharia e Cosntrucao Ltda, con un término de duración de 15 meses, por valor de \$80.284.543.538,46, con el objeto de *"[e]jecutar, a precio unitarios con fórmula de reajuste, la realización de las obras necesarias para reparación*

de la superestructura de la vía férrea en los km 328+00 al km 418+000 y km 418+000 al km 517 de la línea férrea Bogotá-Santa Marta, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en los pliegos de condiciones y bajo las condiciones estipuladas en el contrato” –pág. 3, Anexo 3, cdn. 2, pliego de condiciones-. El tramo Grecia-San Rafael corresponde al trayecto delimitado entre los kilómetros 328 y 517 de la vía Bogotá-Santa Marta, según da cuenta el mapa de la red férrea que obra a folio 313 del cuaderno principal.

En lo que tiene que ver con el tramo de vía la Loma-Puerto Drummond, el “Acta de audiencia pública de ronda de preguntas y respuestas de pliegos licitación (sic) pública No. 001 de 1999-concesión de la red del Atlántico”, llevada a cabo el 16 de marzo del mismo año, da cuenta de que Ferrovías dio respuesta a las inquietudes presentadas, entre otros aspectos, sobre los contratos vigentes celebrados para la rehabilitación-reconstrucción de la vía, en los siguientes términos:

El señor Joao Sarmiento de la firma Norberto Odebrecht realiza el siguiente cuestionario:

Pregunta No. 1.- Los contratos de Rehabilitación o Construcción que Ferrovías tiene actualmente suscritos también se cederán, bajo qué condiciones, se liquidarán parcialmente hasta la cesión, se resolverán reclamaciones si ellas existen, cuántos y cuáles son esos contratos, se celebrarán más contratos hasta el cierre de la licitación, qué costos debe considerar el oferente respecto de esos contratos?

El Dr. Monsalve [Presidente de Ferrovías] informa que los contratos están relacionados dentro de los pliegos en el anexo No. 3, se encuentra un detalle del estado de estos contratos. El pliego informa que aquellos contratos que estén en ejecución al momento de la entrega, tendrán que ser terminados por FERROVIAS lo mismo que los aspectos relacionados, como por ejemplo reclamaciones, asuntos económicos, jurídicos, etc., correrá por cuenta de FERROVIAS. También se continuará con los contratos de mantenimiento y rehabilitación por cuanto se quiere entregar al Concesionario la vía en el mejor estado posible. En los próximos días se contratará el mantenimiento de la línea la Loma-Puerto Drummond pero la responsabilidad del contrato está a cargo de FERROVIAS y una vez se termine será liquidado por FERROVIAS. Ningún contrato de estos será cedido al Concesionario –págs. 4 y 5 del acta, cdn. 3 del pliego de condiciones-.

Adicionalmente, en la audiencia llevada a cabo el 27 de abril del mismo

año, Ferrovías dio respuesta a las inquietudes presentadas por la sociedad Dragados S.A., entre otros aspectos, sobre los requerimientos mínimos de rehabilitación de los tramos Grecia-San Rafael de Lebrija y la Loma-Puerto Drummond, en los siguientes términos:

A continuación se da lectura a las inquietudes presentadas por Dragados: (...)

5.- Anexo 4. Requerimientos mínimos del plan de obra de rehabilitación (cuadro). Entre las líneas a rehabilitar figuran los tramos Dorada-Barrancabermeja y Barrancabermeja-Chiriguaná, que contienen el tramo Grecia-San Rafael de Lebrija que entendemos que Ferrovías lo entregará rehabilitado cumpliendo las especificaciones en virtud del contrato existente, asimismo figura el tramo la Loma-Santa Marta que contiene el tramo la Loma-Ciénaga, ya rehabilitado recientemente.

El Dr. Monsalve [Presidente de Ferrovías] responde:

El tramo de la Loma-Santa Marta, efectivamente ya está entregándose completamente rehabilitado, se está a punto de terminar el proceso de señalización y comunicaciones, y se entregará rehabilitado, lo que se debe de cumplir es con las condiciones de mantenimiento especializado que están consagradas de acuerdo con los contratos que se tiene con Drummond, son unas condiciones de mantenimiento superiores al del resto de la línea. Ese no hay que rehabilitarlo porque ya está rehabilitado, lo que hay que tener es un mantenimiento especializado, ya que contiene unas condiciones especiales.

En cuanto al tramo de Grecia-San Rafael de Lebrija, en este momento se está haciendo un proceso de rehabilitación, tiene unas condiciones especiales, que se sugiere mirar bien en el contrato, porque hay unas obligaciones principalmente de completar la superestructura y hacer un trabajo de puntos críticos de infraestructura. El concesionario para este tramo tendrá que revisar si algunos trabajos mínimos de infraestructura tendrán que realizarse y hacer mantenimiento principalmente, pero en la medida que el contrato está vigente y continúa vigente hasta terminar lo que ya se deje terminado con el contrato no tendrá que hacerlo el concesionario.

Hay puntos que ya están rehabilitados que no tienen que incluir como rehabilitación, pero indudablemente se tiene que hacer el mantenimiento.

El Sr. Santiago Guzmán -Dragados- pregunta si el contrato de mantenimiento entre la Loma y Santa Marta está incluido en los pliegos?.

El Dr. Monsalve interviene: El contrato de mantenimiento actual, por 6 meses que en este momento se está adjudicando y se va a afirmar en los próximos días. Cuando esté entregado inmediatamente se notificará a los proponentes.

Interrumpe el Señor Municipio [representante de Dragados S.A y otros] indicado que se refería a las especificaciones de mantenimiento que tiene la Drummond en particular.

El Dr. Monsalve responde que las especificaciones están contenidas dentro del contrato que se tiene con Drummond y como referencia Ferrovías está a punto de entregar un contrato de mantenimiento por seis (6) meses, mientras entre el concesionario y ese contrato sirve como referencia para ver qué tipo de especificaciones también se están determinando para ese tramo –págs. 5 y 6 del acta, cdn. 3 del pliego de condiciones-.

Siendo así, se concluye, sin hesitación, que, de conformidad con el pliego de condiciones, la contratante debía entregar a la concesionaria los tramos de vía Grecia-San Rafael y la Loma-Puerto Drummond, en las condiciones de rehabilitación y mantenimiento especializado pactadas en los contratos que tenía celebrados con tal fin al cierre de la licitación y que, de no hacerlo, asumiría los costos y la responsabilidad por las adecuaciones que se requirieran en esos sectores de la vía concesionada. Amén de que, estando contratada su realización, no podían incluirse estas mismas actividades en el contrato de concesión, dada la imposibilidad legal de contratar dos veces el mismo objeto.

Razones por las que carecen de fundamento las acusaciones de alteración del equilibrio financiero del contrato que las actoras endilgan a las partes, por haber acordado lo atinente a la forma como la contratante daría cumplimiento a la obligación a su cargo, una vez establecido que los mencionados tramos no fueron entregados en las condiciones previstas en el pliego de condiciones.

2.5.2.3 Respecto del cumplimiento de la obligación de ejecutar el plan de obras de rehabilitación y los reembolsos a la concesionaria, refiere el acta n.º 5 de 2001 que las partes convinieron en que la contratista mantenga un nivel mínimo del 80% de la inversión prevista, verificable conforme con el procedimiento allí establecido, a efectos de retener los reembolsos solicitados por el fideicomitente a la fiducia, caso en el cual serán del fideicomitente los rendimientos financieros de los recursos retenidos.

Así se lee en el documento citado:

2. NIVEL DE INVERSIONES

De acuerdo con el cronograma de trabajos que sea presentado por el Concesionario, el Concesionario se compromete a mantener un nivel de inversión mínimo del 80% de la inversión prevista en el Plan de Obras de Rehabilitación-reconstrucción, verificable por períodos trimestrales, de acuerdo con las siguientes condiciones:

- a) *Al final de cada trimestre, se verificará el grado de cumplimiento de la inversión realizada a origen respecto a la inversión prevista a origen, de acuerdo con el Plan de Obras anual presentado por el Concesionario y aprobado por Ferrovías.*

En caso de no alcanzarse el volumen de inversión mínimo a origen arriba descrito (80% de la inversión prevista a origen), el Supervisor del Contrato o quien haga sus veces calculará el porcentaje que resulte de dividir la suma pendiente para alcanzar el nivel de inversión garantizada a origen (80% de la inversión prevista a origen), entre la inversión prevista a origen, de acuerdo con el Plan de Obras de Rehabilitación.-reconstrucción, para el trimestre correspondiente. Dicho porcentaje resultante (porcentaje de ajuste de reembolsos por cumplimiento de cronograma de inversiones, podrá ser retenido de los reembolsos aprobados del trimestre siguiente (...).

- d) *Una vez alcanzado el nivel de inversión mínima garantizado a origen (80% de la inversión prevista a origen), en el período trimestral siguiente o en cualquiera de los sucesivos, el Supervisor del contrato o quien haga sus veces, deberá ordenar la inmediata liberación y desembolso de las sumas correspondientes a las solicitudes de reembolso presentadas y aprobadas que estén retenidas por la aplicación de la presente cláusula.*

Los rendimientos financieros que generen los fondos retenidos en la fiducia por aplicación de la presente cláusula, serán de titularidad de del Concesionario y podrán ser retirados libremente por éste de la fiducia en cualquier momento – págs. 4 y 5, acta n.º 5 de 2001, cdn. 3 del pliego de condiciones-.

Las actoras aducen la vulneración de los derechos colectivos en cuanto con estos acuerdos se exoneró a la contratista de la ejecución del 100% del plan de obras de rehabilitación y se le transfirió los rendimientos financieros de la fiducia que, de conformidad con la ley orgánica del presupuesto corresponden a la entidad estatal, además de que se premió su incumplimiento, al reconocerle el pago de los rendimientos por reembolsos a los que no tiene derecho por no haber ejecutado la inversión exigible.

Establecido está que, conforme con el pliego de condiciones y los contratos de concesión y de fiducia celebrados, los aportes los debe pagar la entidad estatal en unos plazos predeterminados y que la fiducia los recibe en nombre de la concesionaria para ingresarlos a su patrimonio autónomo, en tanto las entregas por parte de la entidad fiduciaria a la contratista deben hacerse como *"...reembolso de los gastos sufragados por este en su calidad de CONCESIONARIO para la ejecución del PLAN DE OBRAS DE REHABILITACIÓN, cuando el FIDEICOMITENTE así lo requiera, en los términos previstos en el presente contrato"*.

En ese orden, en cuanto la entidad estatal no es la fideicomitente y transfiere al patrimonio autónomo constituido para los fines de la concesión los recursos en virtud del pago que hace de los aportes a través de la fiducia, no es dable concluir su titularidad sobre los rendimientos financieros de recursos del patrimonio autónomo, pues en tanto no es el dueño, ni tiene el derecho real de usufructo de la cosa fructuaria, tampoco es dueño de los mencionados frutos civiles.

En este sentido ha precisado la Corporación⁷⁷:

En este orden de ideas, es claro que [la entidad estatal] debe presupuestar las apropiaciones correspondientes a los aportes que está obligado a transferir a los patrimonios autónomos y de otra parte, para la celebración de los correspondientes contratos de fiducia mercantil, debe contar previamente con los certificados de disponibilidad presupuestal sobre dichos aportes³ y una vez celebrados, realizar los registros presupuestales respectivos para poder transferir los recursos, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, 3º a 5º del Decreto 2153 de 1999, y 6º y 19 del Decreto 941 de 2002.

*Por su parte, **en lo referente a los rendimientos financieros del patrimonio autónomo que ingresan a éste** y el valor de las comisiones que se pagan a la sociedad fiduciaria con tales rendimientos, **es claro que los primeros no constituyen ingresos de [la entidad estatal aportante], y las segundas no son egresos suyos, sino del mismo patrimonio autónomo.***

⁷⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de diciembre de 2005, ya citado.

Así las cosas, la presupuestación de ambos rubros corresponde al patrimonio autónomo, o mejor, a la sociedad fiduciaria que gestiona tal patrimonio, el cual es una cuenta separada e independiente, destinada a un fin determinado (...). Ese patrimonio autónomo debe tener entonces su propio presupuesto y su propia contabilidad.

Ahora bien, en la cláusula 7 de la minuta incluida en el pliego de condiciones y del contrato de fiducia celebrado, se estipuló que “[l]os rendimientos que produzcan las sumas ingresadas como aportes de Ferrovías durante un determinado año al patrimonio autónomo no se integran a este, sino que se pagarán a Ferrovías de acuerdo con la cláusula 15.4, para lo cual se realizarán los cortes mensuales. De donde es dable concluir que los rendimientos financieros del patrimonio autónomo constituido por Fenoco S.A., le corresponden a Ferrovías, no por el hecho de que una vez pagados los aportes sigan siendo suyos y no de la concesión, sino porque así lo convinieron.

Observa, además, la Sala que con el acta n.º 5 de 2001 las partes introdujeron un mecanismo de verificación de la ejecución del plan de rehabilitación acordado, para sujetar al cumplimiento de un nivel mínimo de inversiones la entrega de los recursos del patrimonio autónomo, con la posibilidad de retener los recursos en proporción al porcentaje no ejecutado, a juicio del verificador, hasta que el concesionario cumpla el nivel mínimo del 80%.

Entiende la Sala que los acuerdos en esta materia no tienen el alcance señalado por las actoras, en tanto no es dable sostener que con las estipulaciones referentes a la verificación del cumplimiento de un nivel mínimo de las inversiones se haya exonerado al concesionario de la obligación de ejecutar y asumir los riesgos de ejecutar en su totalidad el plan de obras de rehabilitación convenido, si se considera que i) estos últimos acuerdos no se refieren a un nivel máximo de inversión; ii) la verificación tiene como fin retener un porcentaje del valor solicitado y no modificar el plan de obras y iii) conforme con el contrato celebrado, a la concesionaria le es exigible la ejecución de la rehabilitación-conservación a su cargo, con independencia de que los aportes

estatales no cubran en su totalidad los costos que demanden esas actividades.

Y en cuanto se refiere a los rendimientos financieros de los recursos retenidos a la contratista por la aplicación del mecanismo de verificación, observa la Sala que se trata de una medida equitativa y proporcional a la facultad de retención convenida en favor de la contratante, habida cuenta de que i) la administración y los desembolsos por parte de la fiducia al fideicomitente tienen como fin controlar la destinación de los recursos públicos y no hacer exigible la obligación de pagar los aportes a cargo de la administración; ii) las partes, después de celebrado el contrato, convinieron en que la verificación de la ejecución a efectos de obtener los reembolsos se efectuará cada trimestre y ii) no resulta razonable, desde el punto de vista económico, pretender que el afán por obtener los rendimientos financieros privilegie el incumplimiento de la ejecución del plan de obras, en tanto esas rentas no superan el valor de los recursos que se pueden retener al concesionario, pues la experiencia indica que, en el corto plazo, la rentabilidad de los patrimonios fiduciarios, invertidos en actividades lícitas, no alcanza un valor mayor que el capital con el que se constituyen.

2.5.2.4 En lo que tiene que ver con el plazo para la ejecución de la rehabilitación, de conformidad con el acta n.º 5 de 2001 las partes convinieron en ampliar a 7 años el acordado inicialmente en 5 -tomo 15 A-; modificación que las actoras cuestionan por considerar que en tanto se trataba de un elemento decisivo para la adjudicación del contrato, se favoreció a la contratista, poniéndose la administración en riesgo de incumplir las obligaciones relativas a la continuidad o disponibilidad del servicio público.

En el pliego de condiciones y en el contrato de concesión se fijó un plazo máximo de cinco años para la ejecución de las obras de rehabilitación, contado a partir del inicio del cronograma de actividades, prorrogable en caso de presentarse mora o retardos en la entrega de los aportes estatales. Asimismo, observa la Sala que, según el pliego de condiciones y el contrato celebrado, este plazo de ejecución finalizaría al menos un año después de que

la contratante pagara los aportes, lo cual debía ocurrir el 30 de abril de 2003.

Así quedó señalado en el pliego de condiciones:

3.5.1.4 Término de ejecución

El concesionario deberá iniciar la ejecución del cronograma de actividades dentro de un término máximo de (6) meses, contado a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación del contrato de concesión.

El concesionario deberá ejecutar las actividades que conduzcan a la rehabilitación-reconstrucción completa de la red, de manera que la coloque en condiciones de operatividad bajo los estándares previstos en el ANEXO 5, en un término máximo de cinco (5) años, que se contarán a partir de la fecha de la iniciación de ejecución del cronograma de actividades.

Este término se prorrogará por un plazo igual al de los retardos que se presenten en su iniciación o ejecución, cuando dicha demora tenga origen en la mora o retardo de FERROVIAS en la entrega de los aportes a que se refiere el numeral 3.11.2 del presente pliego, siempre que tal demora no sea imputable al concesionario, todo lo cual se encuentra debidamente regulado en el contrato de concesión. Las actuaciones anteriores, también podrán diferir la iniciación de las actividades de rehabilitación inicial de la red o el plazo previsto en el presente numeral para su ejecución (...) -pág. 49, cdn.1 del pliego de condiciones-

Y en condiciones similares se estableció el plazo para la ejecución de la rehabilitación en la cláusula 22 del contrato de concesión celebrado entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas y Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A.

Por lo demás, de conformidad con el pliego de condiciones, los criterios de evaluación de la propuesta tuvieron que ver con la menor oferta económica, sin que el plazo hubiera sido un elemento determinante de la adjudicación - num. 5 y 8 del pliego-

Según da cuenta el material probatorio, las partes suscribieron el acta n.º 5 de 2001 con el fin de dirimir las controversias contractuales, surgidas con ocasión de la mora en que incurrió la contratante en el pago de las obligaciones de entregar los aportes y los bienes de la concesión, al tiempo que convinieron en diferir, en cuotas anuales, hasta 2007 el plazo inicialmente

convenido para que la administración pagara los aportes por \$80.000.000.

Acreditado, como está, que la prórroga del plazo de ejecución se acompasa con el término convenido para que la entidad estatal cumpla con la entrega de los aportes convenidos, huelga concluir que la modificación de que trata el acta n.º 5 de 2007 no contraría las previsiones contenidas en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión celebrado.

2.5.2.5 Asimismo, con el acta n.º 5 de 2001 las partes interpretaron las cláusulas 59 y 68 del contrato de concesión, en el sentido de que las obligaciones del concesionario relativas al plan de regularización y de operación recaen únicamente sobre los cruces o pasos a nivel legalizados y que, por su parte, Ferrovías “... se compromete con el concesionario a cooperar y coadyuvar en todos los procesos de eliminación de cruces ilegales según queden descritos y señalados en los respectivos planos y Actas de Verificación, como invasiones preexistentes, sujetas a saneamiento” –pág. 7 del acta, tomo 15 A-.

Sostiene la Fundación GAIA para el Desarrollo sostenible, que con el sentido otorgado por las partes a las referidas estipulaciones se libera a la concesionaria de las obligaciones contraídas, sin causa que lo justifique, en contra de los intereses de la administración.

No obstante, acorde con la cláusula 68 del contrato de concesión, en consonancia con lo previsto en el pliego de condiciones, corresponde al concesionario en relación con el plan de regularización de los pasos a nivel, las obligaciones de i) determinar los cruces que deben suprimirse y los que deben mantenerse dotándolos de equipos de seguridad adecuados; ii) ejecutar progresivamente el plan de regularización propuesto por el mismo y aprobado por la administración, simultáneamente con la rehabilitación de la vía y iii) responder porque los cruces ubicados sobre la vía en operación tengan la señalización y medidas de seguridad idóneas.

Así se lee en el documento contractual suscrito:

CLÁUSULA 68. PLAN DE REGULARIZACIÓN DE PASOS A NIVEL ACTUALES

Dentro de los primeros doce (12) meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación del contrato de concesión, el concesionario deberá presentar a FERROVÍAS un plan para la regularización de los pasos a nivel, determinando tanto los cruces actualmente en uso que deben suprimirse, como aquellos que de mantenerse deben dotarse adecuadamente de equipos de seguridad.

Dicho plan de regularización deberá tener en cuenta las condiciones técnicas necesarias para la seguridad tanto de la operación como de la población que usa el paso, y compatibilizar los requerimientos que en esta materia para la optimización de la operación ferroviaria con las necesidades de las comunidades aledañas a la vía o que sirven del paso existente.

El plan de regularización de pasos a nivel debe ser aprobado por FERROVÍAS, a efectos de lo cual se aplicarán los procedimientos que se contemplan en la parte pertinente del contrato de concesión, y deberá ejecutarse progresivamente sobre los tramos que vayan entrando en operación, en la medida en que se surta la rehabilitación de la vía. En este sentido, el concesionario será responsable por que los cruces de vía que se encuentren ubicados sobre los tramos se desarrolle operación ferroviaria, tengan la señalización y las medidas de seguridad que hagan idónea la operación -pág. 40, tomo 15 A-.

Y en la cláusula 69 del contrato de concesión las partes convinieron en que la responsabilidad por la operación de los cruces de vía está a cargo de la concesionaria, en estos términos:

OPERACIÓN DE LOS CRUCES DE VÍA. Corresponderá al CONCESIONARIO la operación de los cruces de vía, actividad en la que se ceñirá a los requerimientos mínimos que se establecen en el presente contrato, cuyo cumplimiento no exime al concesionario de las responsabilidades civiles, contractuales y extracontractuales que se deriven de los daños que pudiera llegar a causar a terceros con motivo de la operación de la red en los pasos a nivel -pág. 40, tomo 15 A-.

Además, las partes acordaron que "[l]a supresión de los pasos a nivel será por cuenta del concesionario" y procede en los casos señalados en la cláusula 75 del contrato celebrado -pág. 42, tomo 15 A-.

De conformidad con las estipulaciones contractuales traídas en cita, es dable entender que i) a las partes les correspondía acordar los cruces de vía que debían suprimirse, con sujeción a los criterios definidos en el contrato; ii) la regularización comprende únicamente los cruces o pasos a nivel que no deben ser suprimidos y iii) la supresión o eliminación está igualmente a cargo del concesionario.

Con los acuerdos contenidos en el acta n.º 5 de 2001, las partes convinieron en que se deben eliminar los *"...cruces ilegales según queden descritos y señalados en los respectivos planos y Actas de Verificación, como invasiones preexistentes, sujetas a saneamiento"* –pág. 7 del acta, tomo 15 A-. Siendo así, huelga concluir que en tanto estos cruces se deben suprimir no hacen parte del plan de regularización, como está previsto desde el pliego de condiciones y el contrato celebrado.

Y la estipulación del acta n.º 5 de 2001 que obliga a Ferrovías a Ferrovías a *"cooperar y a coadyuvar en todos los procesos de eliminación"* de los *"cruces ilegales"* identificados, se aviene con lo estipulado en el pliego de condiciones y lo convenido en el contrato celebrado, en tanto le corresponde a la contratante salir al saneamiento en caso de perturbaciones producidas como consecuencia de hechos originados antes de la suscripción del acta de inicio de la concesión –num. 3.15.1 del pliego y cláusula 16 del contrato- y, a la concesionaria, la supresión de los pasos a nivel existentes –num. 3.9.7 del pliego y cláusula 75 del contrato-.

2.5.2.6 En lo que toca a las condiciones de reversión de los bienes inmuebles, señalan las actoras que, en tanto en el acta n.º 5 de 2001 las partes expresaron que *"Fenoco se compromete a emprender el saneamiento respectivo de las invasiones posteriores al inicio de la concesión. No obstante, al momento de la reversión, Ferrovías exonera a Fenoco del cumplimiento de la obligación de reversión de tales inmuebles invadidos, siempre que Fenoco demuestre a Ferrovías que ha dispuesto todos los medios legales a su alcance para el saneamiento de las invasiones"* –pág. 7 del acta, tomo 15 A-, se liberó injustificadamente de la responsabilidad atribuible a la concesionaria conforme

con el pliego de condiciones y el contrato de celebrado.

De conformidad con estos documentos, el objeto de la concesión consiste en la entrega a la contratista de la Infraestructura para su rehabilitación-reconstrucción, conservación, operación y explotación económica. El alcance de estos elementos y actividades fue definido así en el pliego de condiciones:

Infraestructura o la infraestructura: es el conjunto de bienes que se ofrecen en concesión a través de la presente licitación, y corresponden a los que se refiere el numeral 3.2 de este pliego de condiciones.

Rehabilitación-reconstrucción (obra de): son las obras civiles, mecánicas, eléctricas y del sistema de control necesarias para la adecuada concesión (sic) y operación de la infraestructura entregada en concesión, de acuerdo con los estándares constructivos y operativos previstos en el presente pliego.

Conservación (de infraestructura): comprende todas las actividades de mantenimiento de bienes entregados en concesión y que conforman la infraestructura de transporte férreo, así como todas las demás actividades principales, complementarias y subsidiarias relacionadas con tal fin, que son necesarias para garantizar la funcionalidad de los bienes integrantes de la infraestructura de transporte férreo en condiciones de seguridad para la operación.

Conservación jurídica: Son todas las actividades orientadas a la preservación de la tenencia de los bienes entregados en concesión libres de ocupaciones y de afectaciones de la tenencia de los mismos, por parte de terceros diferentes al concesionario.

Operación de infraestructura de transporte férreo: conjunto de actividades especializadas, encaminadas a la consecución de la circulación de trenes en condiciones de seguridad y fiabilidad a los estándares operativos establecidos en el presente pliego de condiciones, realizadas por el concesionario.

Siendo así, entiende la Sala que en cuanto las actividades objeto de la concesión no comprenden la adquisición de bienes inmuebles por parte de la concesionaria, el acta n.º 5 de 2001 se refiere específicamente a los que le han sido entregados, a título de tenencia, por parte de la administración. Y en ese orden, la conservación jurídica que le es exigible, como está definida en el pliego de condiciones, tiene que ver con las actividades orientadas a preservar los bienes recibidos libres de ocupaciones y de afectaciones por parte de terceros.

En el mismo sentido, en el contrato de concesión celebrado se señala que la obligación del concesionario en materia de conservación de los inmuebles libres de invasiones, consiste en -se destaca- *“salir en defensa jurídica tanto de los bienes que incorporan la infraestructura concesionada, como de los derechos que se le han conferido, por hechos que surjan con posterioridad a la entrega misma de la concesión”* –cláusula 14, num. 12-, prestación que resulta equitativa con la que tiene a su cargo la estatal en la misma materia, consistente en *“...salir al saneamiento de los bienes entregados en concesión, a través de acciones judiciales que pongan en entredicho (sic) los derechos que dan origen a la presente concesión”* –cláusula 16, numeral 4-.

En ese orden, estando en entredicho la tenencia del inmueble por invasiones y habiendo ejercido el concesionario las acciones pertinentes conforme con la cláusula 14 del contrato celebrado, no queda más que concluir que no resulta exigible la responsabilidad al deudor más allá del alcance de la obligación de que da cuenta el contrato, como efectivamente las partes lo entendieron al suscribir el acta n° 5 de 2001.

2.5.3 Resumiendo, el juicio de moralidad administrativa sobre la formación del contrato de concesión celebrado entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas-Ferrovías y Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. y los acuerdos contenidos en las actas n.° 1 de 2000, 5 de 2001 y 7 de 2003 suscritas por las partes, adelantado a partir de los elementos de convicción obrantes en el proceso, no permite concluir la alteración del equilibrio financiero del contrato en que se funda el amparo solicitado por las actoras.

2.6 Conclusión

En razón a que no se acreditó la afectación de la moralidad administrativa y de la defensa del patrimonio público en que las actoras fundan el amparo solicitado, se impone revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones.

No se condenará en costas por no hallarse temeridad en el ejercicio de la

133
25000232500020020112101
Actor: Yaneth Aldana y otro

..* 000236

acción.

III. DECISIÓN

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

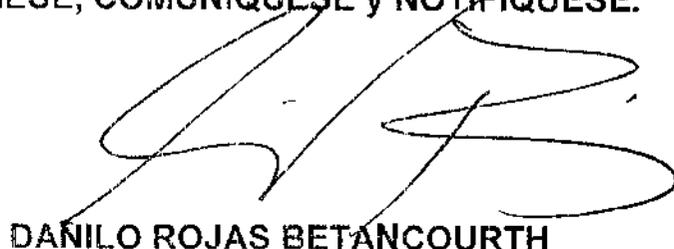
RESUELVE:

REVOCAR la sentencia del 2 de marzo de 2006, proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, se dispone:

NEGAR el amparo solicitado por las actoras para los derechos colectivos de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE y NOTIFÍQUESE.



DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidente



STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Magistrada