

Bogotá D.C.

Señores

Magistrada(o)s

**Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo**

Sección Cuarta (Reparto.)

E.S.D.

**REF:** Acción de tutela en contra de la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera.

**Radicación de la Acción Popular:**  
25000234100020170008302 (64048)

Vivian Newman Pont, Vanessa López Ochoa, Fabián Mendoza Pulido, Sergio Pulido Jiménez y Édgar Valdeleón Pabón, investigadoras (es) del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad; y Gerardo Andrés Hernández, en su calidad de representante legal de Transparencia por Colombia, Paula Viviana Fierro Barreto, Laura Daniela Ramírez Bueno, Vivian Camila Corrales y Gerardo Andrés Hernández Montes, miembros del equipo de Transparencia por Colombia - Capítulo Nacional de Transparency International, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de la sentencia del 27 de julio de 2023, proferida por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, por desconocer los derechos fundamentales al debido proceso, a la reparación integral del daño y al acceso a la administración de justicia, pues aun cuando en dicha sentencia se reconoció la violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso y prestación eficiente y oportuna a los servicios públicos y a la libre competencia, no se ordenó su reparación por parte de los responsables de los actos de corrupción que dieron lugar a dicha violación.

La presente acción de tutela se dividirá en tres partes. En la primera se describirán el contexto de los hechos, las actuaciones judiciales y el contenido de la sentencia objeto de tutela. En la segunda se justificará la procedencia de la presente acción de tutela contra la providencia judicial de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Y finalmente, se presentarán las pretensiones de la acción de tutela.

<b>I. SÍNTESIS</b> .....	<b>4</b>
1.1. HECHOS DEL CASO .....	5
1.2. Sentencia de primera instancia - Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. Sentencia del 6 de diciembre de 2018.....	8
<b>II. RAZONES GENERALES POR LAS CUALES LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO DESCONOCE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, A LA REPARACIÓN INTEGRAL Y</b>	

<b>AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....</b>	<b>19</b>
<b>III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PROVIDENCIA JUDICIAL DEL 27 DE JULIO DE 2023 DE LA SECCIÓN TERCERA - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - CONSEJO DE ESTADO.....</b>	<b>21</b>
1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado .....	21
a. Legitimación en la causa.....	21
b. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional .....	24
c. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable.....	26
d. Que se cumpla con el requisito de inmediatez.....	26
e. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos de la parte actora .....	28
f. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible .....	28
g. Que no se trate de acción de tutela contra sentencias de tutela .....	29
2. Cumplimiento de los requisitos específicos de la acción de tutela contra la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado .....	29
2.1. En la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se configuró el defecto procedimental absoluto .....	29
a. Caracterización del defecto procedimental absoluto .....	30
b. Configuración del defecto procedimental absoluto en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado .....	30
(i) La acción popular sí tiene connotaciones restablecedoras o restitutorias indemnizatorias y al desconocer dicho atributo, la sentencia objeto de tutela incurrió en un defecto procedimental absoluto.....	30
(ii) En la acción popular el juez puede declarar los daños y perjuicios y calcular su reparación sin necesidad de acudir al incidente de liquidación de perjuicios para ello. Al desconocer esta regla, la sentencia objeto de tutela incurrió en un defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto	35
2.2. En la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se configuró el defecto sustantivo .....	38
a. Caracterización del defecto sustantivo.....	38
b. Configuración del defecto sustantivo en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del	

Consejo de Estado.....	39
(i) Por desconocimiento del artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) .....	39
(ii) Por desconocimiento del artículo 24.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional .....	42
(iii) Por desconocimiento del artículo 90 de la Constitución Política .....	43
(iv) Por desconocimiento del artículo 103 del CPACA.....	44
(v) Por el desconocimiento del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 .....	45
2.3. En la sentencia del 27 de julio de 2023, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se configuró el defecto fáctico .....	45
a. Caracterización del defecto fáctico .....	45
b. Configuración del defecto fáctico en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.....	46
(i) Derecho colectivo a la defensa al patrimonio público .....	46
(ii) Derechos colectivos al acceso a los servicios públicos -a que su prestación sea eficiente y oportuna- y a la libre competencia .....	52
2.4. En la sentencia del 27 de julio de 2023, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se configuró el desconocimiento del precedente .....	55
a. Caracterización del defecto de desconocimiento del precedente .....	55
b. Configuración del defecto de desconocimiento del precedente en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado .....	56
(i) Desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional .....	56
(ii) Desconocimiento del precedente de la jurisdicción contencioso-administrativa .....	58
2.5. En la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se configuró el defecto de incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive.....	63
a. Caracterización del defecto de incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive.....	63
b. Configuración del defecto de incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ....	63
Este defecto se configura en este caso, por cuanto la Sección Tercera del Consejo de Estado en la parte resolutive de su sentencia confirmó la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, a la libre competencia económica y al acceso a los servicios públicos por parte de al menos tres de los accionantes. No obstante, esa corporación no dictó ninguna orden material tendiente al restablecimiento de los derechos conculcados, dejando sin efectos las declaraciones que esta misma había hecho .....	63
2.5. En la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la	

Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se configuró el defecto por violación directa de la Constitución .....	63
a. Caracterización del defecto de violación directa a la Constitución .....	64
b. Configuración del defecto de violación directa a la Constitución en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado .....	64
ii) La Sección Tercera del Consejo de Estado desconoció el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia que es de aplicación inmediata.....	66
<b>V. PRETENSIONES .....</b>	<b>67</b>
<b>VI JURAMENTO .....</b>	<b>67</b>
<b>VII COMPETENCIA .....</b>	<b>67</b>
<b>VIII NOTIFICACIONES.....</b>	<b>68</b>

## I. SÍNTESIS

A continuación se presentan: (i) los hechos más relevantes del caso decidido por la sentencia tutelada, que fueron objeto de estudio dentro del trámite del medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos; (ii) un resumen de la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y (iii) un resumen de la sentencia de segunda instancia dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, que es objeto de la presente acción de tutela contra providencia judicial.

En resumen, en el presente caso, el 14 de enero de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura -ANI) suscribió el Contrato de concesión No. 001 de 2010 con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., compuesta por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda, Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. (Episol S.A.S). y CSS Constructores S.A. El contrato fue producto del soborno y otros actos de corrupción realizados por miembros de estas sociedades a Gabriel Ignacio García Morales (Viceministro de Transporte y Director Encargado del INCO de la época) y otras personas públicas.

Ante esta circunstancia, el 26 de enero de 2017, la Procuraduría General de la Nación presentó una acción popular contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y contra el INCO (hoy ANI), con la finalidad de proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente. En **primera instancia**, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna, y a la libre competencia económica, además de condenar a su reparación, como consecuencia de haber declarado responsables a las sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A., a la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S,

Estudios y Proyectos del Sol S.A.S, CSS Constructores S.A. y a las personas naturales Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares, por los perjuicios causados con la vulneración de los derechos colectivos mencionados, como resultado de los actos de corrupción.

En **segunda instancia**, la Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó parcialmente la decisión de primera instancia y revocó las decisiones de suspender el contrato, las órdenes de restablecimiento de los derechos colectivos y las inhabilidades decretadas, entre otras, impidiendo en sustancia la reparación de los daños causados por las violaciones a los derechos colectivos. En agosto de 2019, un Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá declaró la nulidad absoluta del contrato de concesión, al considerar que se configuraron los vicios de objeto y causa ilícitas, y desviación de poder, con ocasión de los actos de corrupción que motivaron la celebración del contrato.

## 1.1. HECHOS DEL CASO

1. Por medio de la Resolución N° 186 del 27 de marzo de 2009, se llevó a cabo licitación pública para la selección de un contratista para i) la construcción, ampliación y rehabilitación del proyecto vial Ruta del Sol; y, ii) la elaboración de estudios y obtención de permisos para llevar a cabo las obras en que se divide el proyecto, que son: a) sector 1 (Tobiagrande/Villeta- El Korán); sector 2 (Puerto Salgar- San Roque); y sector 3 (San Roque - Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar - Valledupar).<sup>1</sup>

2. A partir del 2009, integrantes de la empresa Odebrecht S.A.,<sup>2</sup> de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda<sup>3</sup> y Corficolombiana S.A.-Episol S.A.S.<sup>4</sup> contactaron a Gabriel Ignacio García Morales (Viceministro de Transporte y Director Encargado del INCO) para ofrecerle un soborno por USD\$6.500.000 con la finalidad de asegurar la adjudicación del contrato de concesión.<sup>5</sup>

3. Mediante la Resolución N° 641 del 15 de diciembre de 2009 se adjudicó el contrato de concesión a la Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol

---

<sup>1</sup> Página 10 de la sentencia objeto de tutela y página 156 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>2</sup> Luiz Antonio Mameri. Cfr. Página 147 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>3</sup> Luiz Antonio Bueno Junior. Cfr. Página 147 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>4</sup> José Elías Melo Acosta. Cfr. Página 147 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>5</sup> Según la entidad accionante del proceso de acción popular, “*en la denuncia penal presentada el día 10 de enero de 2017, mediante apoderado, los señores Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares por el delito de cohecho en contra del señor Gabriel Ignacio García Morales reconocieron y aceptaron las actuaciones realizadas para asegurar la selección de su oferta en Colombia.*”

S.A.S.<sup>6</sup> y se declaró “No admisible” la propuesta de Vías del Sol Autopistas S.A. PSF y “Rechazada” la oferta de la Unión Temporal Concesión RDS.<sup>7</sup>

4. El 14 de enero de 2010, se suscribió el contrato de Concesión No. 001 con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S para la ejecución del contrato correspondiente al Sector 2 (tramo: Puerto Salgar - San Roque). El plazo para la ejecución era de 20 años. Este plazo se amplió hasta el año 2035; y el valor del contrato ascendía a la suma de \$2.094.286.000.000.<sup>8</sup> Este contrato tuvo, al menos, dos otrosíes: el Otrosí N° 3 del 15 de julio de 2013<sup>9</sup> y el Otrosí N° 6 del 14 de marzo de 2014,<sup>10</sup> los cuales también fueron logrados a través de prácticas corruptas con Otto Nicolás Bula Bula, Bernardo Miguel Elías Vidal, Plinio Olano, Juan Sebastián Correa Echeverry, entre otros,<sup>11</sup> con lo cual los actos de corrupción con la suscripción se agravan por cuanto el tramo Ocaña – Gamarra, que era un eje horizontal, en ningún caso podía ser entendido como un alcance progresivo del eje vertical llamado Ruta del Sol II.<sup>12</sup>

5. Sin embargo, el 6 y el 9 de agosto de 2015, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. promovió dos demandas contra la ANI ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la

---

<sup>6</sup> En las páginas 179 y 180 del fallo de primera instancia del proceso de acción popular, se observa que dicha sociedad se constituyó por las siguientes empresas: Constructora Norberto Odebrecht S.A. con el 25% de participación en el capital social; Odebrecht investimentos en infraestrutura Ltda. con el 37%; Estudios y Proyectos del Sol S.A.S -EPISOL S.A.S. con el 33%; y, CSS Constructores S.A. con el 5%. Esta sociedad fue constituida por medio de Escritura Pública N° 2103 del 22 de diciembre de 2009 y se designó al señor Amilton Hideaki Sendai como representante legal.

<sup>7</sup> En la página 158 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>8</sup> Página 158 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. “El 14 de enero de 2010 se suscribió el Contrato de Concesión N° 001 de 2010 entre Gabriel Ignacio García Morales, Gerente General Encargado del INCO, y David Eduardo Villalba Escobar, Subgerente de Estructuración y Adjudicación del INCO, de una parte; y, por la otra, los señores Amilton Hideaki Sendai y Manuel Ricardo Cabral Ximenes, representante legal principal y representante legal suplente, respectivamente, de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.”

<sup>9</sup> Este Otrosí, firmado entre la ANI y la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. era la adición del contrato de concesión “para que la sociedad Concesionaria elaborara los estudios y diseños de la Fase III Tramo Aguacalara-Gamarra-Puerto Acapulco (Ocaña-Gamarra) y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña; así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del proyecto, por un valor de (...) (\$3.177.592.551,00), con un plazo de ejecución de 4 meses.”

<sup>10</sup> Página 160 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. “Bajo el OTrosí NO. 6, suscrito el 14 de marzo de 2014, las partes (ANI y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.), acordaron adicionar el Contrato de Concesión N° 001 de 2010 para que la sociedad Concesionaria, por su cuenta y riesgo, elaborara los diseños, financiera, obtuviera las licencias ambientales y demás permisos, adquiriera predios, rehabilitara, construyera, mejorara, operara y mantuviera el tramo denominado ‘Transversal Río de Oro-Aguacalara-Gamarra’ (Ocaña-Gamarra), de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.”

<sup>11</sup> Página 151 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. “Frente a estas dos modificaciones, afirmó el actor popular que en las condenas impuestas tanto a Juan Sebastián Echeverry como Bernardo Miguel Elías Vidal, se establece sin duda alguna que hubo intermediaciones realizadas para que la Concesionaria materializara la entrega de 4.6 millones de dólares entre los años 2013 y 2014 con el fin de obtener la adición del Contrato de Concesión N° 001 de 2010 mediante los Otrosíes Nos. 3 y 6 (vía Ocaña-Gamarra) y viabilizar reclamaciones por sobrecostos ante la ANI.”

<sup>12</sup> Ver sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicación 2148 del 23 de agosto de 2013.

Cámara de Comercio de Bogotá, con la finalidad de restablecer el equilibrio económico del contrato, donde el valor de la reclamación era de \$798.000.000. Por tal motivo, el 17 de febrero de 2016, la ANI radicó demanda de reconvención para declarar el incumplimiento de la concesionaria, de conformidad con la Sección 19.02, lite. C del contrato de concesión.<sup>13</sup> Sin embargo, el 11 de noviembre de 2016, se decretó medida cautelar para prohibir que la ANI declarara la caducidad del contrato. Esta medida fue revocada el 30 de marzo de 2017, cuando se conocieron los actos de corrupción ocurridos en la celebración y modificación del contrato.<sup>14</sup>

6. El 21 de diciembre de 2016, Odebrecht S.A. reconoció ante un juez de Estados Unidos la realización de prácticas criminales, entre ellas corrupción y sobornos a altos funcionarios del gobierno colombiano.<sup>15</sup> Entre ellos, a Gabriel García Morales, gerente del Instituto Nacional de Concesiones -hoy Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)- quien recibió la suma de \$6.5 millones de dólares; y a Otto Nicolás Bula Bula, ex congresista, quien fue acusado de recibir \$4.6 millones de dólares.<sup>16</sup>

7. Debido a los hechos de corrupción, el 18 de enero de 2017, la ANI presentó una reforma a la demanda de reconvención ante el Tribunal de Arbitraje, donde solicitó la nulidad absoluta del contrato y de las convenciones modificatorias por objeto ilícito y haberse celebrado con abuso y desviación de poder. En consecuencia, solicitó decretar la terminación del contrato y que se reconociera a la Concesionaria el pago de las prestaciones ejecutadas.<sup>17</sup>

8. Por lo anterior, el 26 de enero de 2017, la Procuraduría General de la Nación presentó una acción popular contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y contra el Instituto de Concesiones INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, con la finalidad de proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente. Lo anterior, debido a la celebración y ejecución del contrato de Concesión N° 001 del 14 de enero de 2010 suscrito entre el INCO y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

9. El 12 de diciembre de 2017, Gabriel García Morales (gerente del INCO al momento de celebración del contrato de concesión y viceministro de transporte de la época) fue condenado a cinco (5) años de cárcel, dada su negociación de un principio de oportunidad con la Fiscalía respecto de los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Página 177 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>14</sup> Página 10 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>15</sup> Página 11 de la sentencia objeto de tutela. Asimismo, en la página 147 de la sentencia de primera instancia expone lo siguiente “Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, el valor de las ‘coimas’ en Colombia fue de 32.5 millones de dólares; y la Fiscalía General de la Nación ha establecido que se trata de los contratos de Ruta del Sol II y su adición Ocaña - Gamarra, Puente Plato, Tunjuelo - Canoas, Crédito Banco Agrario - Navelena y Contrato de Estabilidad Jurídica.”

<sup>16</sup> Página 11 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>17</sup> Página 11 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>18</sup> El Tiempo. Leonidas Medina. *Condenan a García Morales a 5 años de cárcel por coimas de Odebrecht*. 12 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/gabriel-garcia-morales-condenado-por-caso-odebrecht-161004>

10. El 31 de octubre de 2022, la Procuraduría General de la Nación sancionó con destitución e inhabilidad general de 18 años al ex funcionario de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) a Juan Sebastián Correa Echeverry, por recibir \$100.000.0000 de pesos por concretar reuniones entre el ex director de la entidad y el expresidente de Odebrecht en Colombia, en las que se llegaron a acuerdos ilegales en relación con las adiciones al contrato de Concesión de la Ruta del Sol<sup>19</sup>.

11. El 10 de agosto de 2023, Corficolombiana S.A., sociedad controlante en un 100% de la Sociedad Episol S.A.S (sociedad que integró a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.), cuya propiedad mayoritaria estaba en cabeza del Grupo Aval Acciones y Valores S.A. (holding colombiano y emisor en Estados Unidos) firmó un acuerdo de procesamiento diferido (DPA, por sus siglas en inglés -Deferred Prosecution Agreements) de tres años con el Departamento de Justicia de Estados Unidos (DOJ, por sus siglas en inglés -Department Of Justice) y con la Comisión Nacional de Valores (SEC, por sus siglas en inglés -Securities and Exchanges Commissions) en relación con la querella penal presentada en el Tribunal de Distrito de Maryland en la que se imputaba el cargo de asociación delictuosa para violar la disposición contra el soborno de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero. En este acuerdo, Corficolombiana S.A. se comprometió a pagar una sanción penal de \$40,6 millones de dólares estadounidenses.

## **1.2. Sentencia de primera instancia - Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. Sentencia del 6 de diciembre de 2018**

En sentencia del 6 de diciembre de 2018, la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna, y a la libertad de competencia. Por tanto, declaró responsable a las sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A., a la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S, Estudios y Proyectos del Sol S.A.S, CSS Constructores S.A. y a las personas naturales Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares, por los perjuicios causados con la vulneración de los derechos colectivos mencionados, derivada de los actos de corrupción.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que las sociedades que integraban la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la de sus socios Constructora Norberto

---

<sup>19</sup> Procuraduría General de la Nación. *Procuraduría sanción con destitución e inhabilidad general por 18 años a exfuncionario de ANI por concretar reuniones y recibir pago de \$100 millones de pesos*. 31 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/Pages/procuraduria-sanciono-destitucion-inhabilidad-exfuncionario-ani.aspx#:~:text=La%20Procuradur%C3%A1Da%20General%20de%20la,el%20expresidente%20de%20Odebrecht%20en>

Procuraduría sancionó con destitución e inhabilidad general por 18 años a exfuncionario de ANI por concertar reuniones y recibir pago de \$100 millones de pesos



Odebrecht SA, Odebrecht Latinvest SAS, Episol SAS, la ANI Gabriel Ignacio García Morales, gerente general (e) del INCO, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri, Luiz Eduardo Da Rocha Soares, José Elias Melo Acosta y Otto Nicolás Bula Bula vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa<sup>20</sup>, a la defensa del patrimonio público, al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos y a la libre competencia económica.

Respecto al derecho a la **moralidad administrativa**, el Tribunal adujo cuatro razones. **Primero**, expuso que el proceso penal donde se declaró responsable a Gabriel Ignacio García Morales por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos en concurso heterogéneo con cohecho impropio es prueba suficiente para encontrar vulnerados los principios que rigen el contrato estatal de concesión y el trámite de la licitación pública.<sup>21</sup> **Segundo**, que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, a través de Juan Correa Echeverry<sup>22</sup> y Bernardo Miguel Elías Vidal<sup>23</sup> -condenados penalmente por estos hechos-, logró un objetivo ilícito, el cual era que la ANI suscribiera los Otrosíes N° 3 del 15 de julio de 2013 y 6 del 14 de marzo de 2014, con los cuales logró una adición al Contrato de Concesión N° 001 de 2010, para la inclusión del tramo de la vía Ocaña-Gamarra, el mejoramiento de las condiciones contractuales y económicas de la concesión, la agilización de los trámites contractuales respectivos y la ampliación del término del contrato de concesión.<sup>24</sup> **Tercero**, de acuerdo con los testimonios de los ciudadanos brasileños, José Elías Melo, presidente de Corficolombiana S.A., sabía del pago de sobornos realizados a Gabriel Ignacio García Morales<sup>25</sup> e, incluso, ordenó a Episol S.A.S. realizar dichos pagos a favor de Gabriel García Morales, tanto para la adjudicación del contrato de concesión N° 001 de 2010, como para el otorgamiento de los Otrosíes N° 3 y 6.<sup>26</sup> Y **cuarto**, Gabriel Ignacio García Morales es responsable de la violación de este derecho colectivo, al realizar actos de corrupción en uso de su posición privilegiada en la administración pública; y esto, en ningún momento, le benefició al Estado y a sus instituciones, por tanto, no es posible

---

<sup>20</sup> Páginas 200 y 220 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>21</sup> Página 203 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>22</sup> Página 204 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. Al respecto se lee: “Entre los hechos relevantes que la Fiscalía tuvo para imputarle los cargos a Correa Echeverry, se advierte que fue intermediario de los delitos que se concretaron para que las sociedades Odebrecht involucradas materializaran la entrega de 4.6 millones de dólares entre los años 2013 y 2014 con el fin de obtener la adición de la vía Ocaña - Gamarra para el Contrato de Concesión N° 001 de 2010, **debido a su condición de Asesor del Director de la ANI del momento, señor Luis Fernando Andrade Moreno.**”

<sup>23</sup> Página 205 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>24</sup> Página 204 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>25</sup> Página 208 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>26</sup> Página 208 a 218 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. Asimismo, en relación con la sociedad CSS Constructores S.A., en la página 220 de la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que no se probó una vulneración del derecho colectivo, pues no se evidencia una participación de dicha sociedad en los hechos de corrupción constatados. Sin embargo, “*resulta contrario a la ley de acciones populares, que CSS obtenga ganancias de un contrato en el cual resultaron afectados y vulnerados otros derechos colectivos, como los que se discuten en el presente medio de control, pues aceptarlo implicaría convenir en la validez de un enriquecimiento sin justa causa; y, por ello, como se indicará más adelante, deberá responder solidariamente con sus socios y las personas señaladas por la vulneración de otros derechos colectivos como la defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.*”

atribuirle la comisión de actos de corrupción al INCO, hoy ANI.<sup>27</sup> No obstante, declaró responsable a la ANI por las conductas ilícitas de su representante legal.<sup>28</sup>

Frente a la vulneración del derecho a la **defensa del patrimonio público**, el Tribunal expuso que este derecho colectivo se desconoció por las siguientes razones: en primer lugar, el contrato tenía un valor de \$2.094.000.000.000, los cuales eran aportados por el INCO de la siguiente manera: \$1.964.282.000.000 en la etapa preoperativa y \$155.697.000.000 en la etapa de operación y mantenimiento, que se recaudará por concepto de tasas y peajes. Sin embargo, estos recursos públicos no fueron destinados para atender asuntos para los cuales fueron comprometidos, sino por el contrario, las sumas de dinero pagadas por concepto de sobornos fueron imputadas a costos de la obra mediante giros irregulares y la celebración de contratos simulados.<sup>29</sup>

En segundo lugar, se generaron los siguientes sobrecostos al Estado por las siguientes razones. **Primero**, la adjudicación se realizó a la oferta más costosa y, además, se acreditó que el INCO acomodó el proceso de selección para adjudicar el contrato de concesión a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.<sup>30</sup> **Segundo**, la adjudicación del contrato generará la posibilidad de demandas que afecten el patrimonio público.<sup>31</sup> **Tercero**, el Invias y la ANI incurrieron en gastos al tomar posesión de la obra y mantener la operación de la vía mientras se volvía a licitar un nuevo proyecto. Y **cuarto**, el retraso de las obras y la ampliación de la reversión demoró el momento en el que el Estado recibe recursos por el pago de peajes.

En tercer lugar, consideró que las autoridades y particulares demandados, de manera individual, realizaron acciones concretas que desconocieron este derecho colectivo. Respecto de la **ANI**, la declaró responsable como autoridad sucesora del INCO y, además,

---

<sup>27</sup> Página 219 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. Al respecto, se observa que “Sin embargo, dicho símil varía enormemente en cuanto al beneficio generado por la actuación irregular, porque mientras las empresas privadas comprometidas en los hechos de corrupción obtuvieron beneficios para sí y causaron, con plena conciencia de ello, daños a los derechos colectivos, esta misma circunstancia no puede predicarse del INCO (hoy ANI), puesto que este fue el medio a través del cual, tanto la Nación como la colectividad vieron vulnerados sus intereses”.

<sup>28</sup> Página 220 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>29</sup> Página 232 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>30</sup> Páginas 237 a 239 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. Al respecto, se evidencia lo siguiente: “Lo anterior indica que la propuesta presentada por la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol equivalía al 93.5% de la disponibilidad presupuestal fijada por la entidad contratante, y con respecto a las otras dos, la oferta presentada por Unión Temporal Concesión RDS era inferior en \$175.286'527.937. Esto significa que de haberse dejado participar de manera transparente e igualitaria a los demás proponentes, el Contrato de Concesión N° 001 de 2010 hubiera resultado menos oneroso para el INCO y, en consecuencia, se encuentra que de esta manera, también, se afectó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público. // Es cierto que los demás proponentes fueron uno inadmitido y otro rechazado, circunstancias que llevarían a sostener que por tal motivo no podría invocarse la violación o amenaza del derecho a la defensa del patrimonio público en relación con tal aspecto; sin embargo, esa proposición pierde sustento por el hecho probado de que las maniobras ilegales que se convinieron con el Gerente General (e) del INCO implicaban la formulación de un pliego de condiciones ‘a la medida’ de la Promesa de Sociedad Futura a la cual estaban vinculadas las empresas del grupo Odebrecht, lo que suponía una evidente desventaja para los demás competidores y, entonces, en ese contexto, la generación de condiciones que pusieron en riesgo el erario.”

<sup>31</sup> Página 239 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

por la suscripción de los otrosíes N° 3 y 6 al contrato de concesión. Frente a la **CSS Constructores**, a pesar de que no existe prueba de su participación en los hechos fraudulentos, consideró que recibió provecho indebido.<sup>32</sup> Respecto a los **particulares que intervinieron en los actos de corrupción**, consideró que quebrantan y amenazan el derecho colectivo en la medida en que los pagos de los sobornos se imputaron al valor de la obra. Y frente a **Otto Nicolás Bula Bula**, encontró que su participación fue determinante para la realización de los actos de corrupción.<sup>33</sup>

Sobre el desconocimiento del derecho colectivo de **acceso a los servicios públicos**, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo expuso que los hechos ilícitos cometidos son causa suficiente para la postergación del disfrute de este derecho por parte de la colectividad.<sup>34</sup> Asimismo, para la protección de este derecho colectivo, en el curso del proceso de primera instancia, el Tribunal Contencioso Administrativo dispuso las siguientes medidas:

- Ordenó al Presidente de la República que designe la autoridad encargada de la administración del Proyecto Ruta del Sol Sector II, para evitar la paralización de las obras, mientras surtía efecto la suspensión provisional del contrato de concesión.
- Inició y adelantó el proceso de entrega física a la Nación de la infraestructura concesionada para que esta pudiera asumir, a través de la ANI y del INVIAS, las obras necesarias para desplegar acciones mínimas de mantenimiento de infraestructura y seguridad vial; y, se adelantó la proyección de licitaciones públicas a cargo del INVIAS para la construcción de obras que permitan la continuidad del proyecto y evitar su deterioro.
- Le ordenó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. la cesión total de las licencias ambientales a la ANI para la construcción de cinco tramos a intervenir por el INVIAS; y, la suscripción de escrituras públicas de transferencia de propiedad a favor de la ANI de los predios necesarios para el desarrollo de las licitaciones por parte del INVIAS, para darle continuidad al servicio público de transporte.
- Le ordenó al INVIAS y a la ANI iniciar los trámites para la celebración del contrato interadministrativo con la finalidad de llevar a cabo obras determinadas en los cinco tramos del corredor vial del proyecto Ruta del Sol Sector II.

En torno a la vulneración al derecho a la **libre competencia económica**, a pesar de que no fue alegado en la acción popular, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, lo encontró desconocido por dos razones respecto de la contratación realizada para el corredor vial Ocaña-Gamarra. La primera, porque con las irregularidades

---

<sup>32</sup> Páginas 239 y 240 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>33</sup> Página 241 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>34</sup> Página 242 y 243 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. De acuerdo con dicha sentencia “En el presente caso, los actos de corrupción que condujeron a la adjudicación del Contrato de Concesión N° 001 de 2010 así como los Otrosíes Nos. 3 y 6, correspondientes a la adición hecha al mismo contrato en relación con la troncal Ocaña - Gamarra, han lesionado y puesto en riesgo el derecho colectivo de acceso al servicio público de transporte y a que su prestación sea eficiente y oportuna, en su componente de infraestructura vial. // Los ilícitos cometidos obraron como causa eficiente en la postergación sobre la posibilidad de disfrute, por parte de la colectividad, de una vía en condiciones 3 G, que permitiera conectar el interior del país con la Costa Atlántica.”

cometidas se alteraron las reglas del mercado que permiten el acceso de diversos agentes económicos al proceso público de selección.<sup>35</sup> Y la segunda, debido a que el objeto de los otros ítems N° 3 y 6 debían someterse a licitación pública autónoma, pues, según el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, las concesiones sólo pueden prorrogarse o adicionarse hasta por el 60% del plazo, siempre que las obras se relacionen con el objeto inicial y estén en el mismo corredor vial.<sup>36</sup>

En consecuencia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca ordenó las siguientes tres medidas. **Primero**, decretó la suspensión definitiva del contrato, debido a que, a la fecha de adopción de la sentencia, el Tribunal de Arbitraje no se había pronunciado sobre la nulidad del contrato de concesión N° 001 de 2010. **Segundo**, declaró la inhabilidad, por diez (10) años a las personas naturales y sociedades involucradas en los hechos de corrupción. Y **tercero**, ordenó el pago, a título de solidaridad, por parte de las personas naturales y jurídicas involucradas en los hechos de corrupción, de conformidad con los siguientes rubros:

<b>Condena solidaria a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht LATinvest Colombia SAS, Episol SAS, CSS Constructores S.A. y a Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soarez a favor del Ministerio de Transporte</b>		
<b>Daños y perjuicios</b>	<b>Concepto</b>	<b>Monto</b>
Pago de sobornos		\$35.100.000.000
Adjudicación del contrato a la oferta más costosa		\$128.042.793.145,20
Perjuicios por la necesidad de	Gastos para atender la vía por la toma de posesión	\$56.483.668.136,94

<sup>35</sup> Página 254 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. Al respecto se lee lo siguiente: “El papel que jugó Gabriel Ignacio García Morales fue crucial y desencadenante para que se vulnerara este derecho colectivo, comoquiera que sus actuaciones dentro de todo el proceso de contratación del Sector II de la Ruta del Sol siempre estuvieron dirigidas a un solo propósito, el de garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión N° 001 de 2010 a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.; en este sentido, se encuentra probado que para ello asesoró a la adjudicataria en la preparación de su oferta, impuso cláusulas al pliego de condiciones que limitaban la participación de oferentes y despachó desfavorablemente cualquier reclamación u observación que se hiciera, por cualquier otro oferente, durante el periodo de evaluación de las propuestas.”

<sup>36</sup> Página 256 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. “A juicio del Tribunal, la adición referida no encuadra dentro del concepto de adición previsto en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, de conformidad con la sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional y el Concepto ya analizado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. El motivo para ello es que aun aduciendo que dicha adición se encuentra dentro de los límites espaciales y geográficos del mismo corredor vial, lo cierto es que no guarda una relación directa y necesaria con el objeto del Contrato de Concesión N° 001 de 2010.”

continuidad de la obra	Estructuración del nuevo proyecto	\$5.845.000.000
Rezago en el ritmo de inversión del proyecto		\$87.329.454.951,74
Atención Prioritaria de la vía		\$90.000.000.000.00.
Retraso en la entrega de las obras del proyecto	Retraso de cincuenta (50) meses	\$409.500.000.000.00
Aplazamiento en la reversión de la obra	Retraso de ocho (8) años.	\$44.337.487.265,56
Daño reputacional	No fueron cuantificados. Ordenó a la ANI incorporar manuales de buenas prácticas para evitar actos de corrupción.	
<b>Total a pagar</b>		<b>\$800.156.144.362,50</b>

La Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Episol SAS, Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia SAS,. Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Melo Mameri, Luiz Eduardo Da Rocha Soares, José Elias Melo Acosta y CSS Constructores S.A. presentaron recurso de apelación en contra de la totalidad de esta decisión. Para ello, esbozaron los siguientes argumentos:<sup>37</sup>

(i) La responsabilidad declarada en la sentencia debe ser exclusivamente de quienes participaron en los hechos de corrupción.

(ii) Las fuentes de derechos sobre la responsabilidad solidaria no son aplicables en el caso concreto.

(iii) No puede condenarse a pagar una indemnización a favor del Ministerio de Transporte, pues no puede considerarse como “*entidad no culpable*”, pues, para la época de los hechos, quien recibió los sobornos a cambio de la adjudicación del contrato era el viceministro de Transporte y que era, además, el encargado de la dirección del INCO.

(iv) En la acción popular no es posible condenar en concreto al pago de perjuicios y, en caso de condena, deben ser declarados *in genere*.

<sup>37</sup> Página 33 de la sentencia objeto de tutela.

(v) No existe prueba para establecer el valor de la condena, pues esta se fundamentó en un informe de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado -ANDJE-. Respecto a la validez de esta prueba, se reprochó que dicha autoridad no tiene dentro de sus funciones expedir este tipo de conceptos y, además, en su informe sólo tuvo en cuenta la información de la ANI y del Invias.

(vi) No le es posible al juez popular imponer inhabilidades contractuales, pues derivan de responsabilidades penales o disciplinarias. Asimismo, la sentencia objeto de apelación desconoció el derecho fundamental al debido proceso, pues no fue solicitada en la demanda y fue impuesta sin respetar el derecho de defensa y vulneró el principio de reserva de ley en materia de inhabilidades.

(vii) La acción popular no tiene la finalidad de declarar la responsabilidad civil; por el contrario, tiene una naturaleza preventiva y sólo puede ser resarcitoria de manera excepcional. En este sentido, aseguraron que, en el caso concreto, existen otras acciones judiciales para declarar la responsabilidad civil por los actos de corrupción en la adjudicación del contrato.

(viii) La suspensión definitiva del contrato se fundó en la existencia de vicios de nulidad. Por tanto, se desconoció la prohibición de anular los contratos por parte del juez de la acción popular, de conformidad con el inciso 2° del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

(ix) No existió prueba de que los dineros pagados en los actos de corrupción fueran imputados al proyecto. Según los apelantes, los dineros del proyecto se manejaban por medio de un patrimonio autónomo, por lo cual no era posible disponer de ellos.

(x) Los hechos que dieron origen a la acción popular fueron superados, pues el contrato se encuentra terminado. Por tanto, se debió declarar la carencia actual de objeto.

(xi) El estudio sobre el desconocimiento del derecho a la libre competencia se dio sólo en la sentencia y, por tanto, se vulneró el derecho fundamental al debido proceso de los accionados.

(xii) No se probó la afectación al derecho colectivo al servicio público de transporte. Por el contrario, la concesionaria adelantó las obras que, junto con la totalidad del proyecto, funcionaron durante la vigencia del contrato y continúan funcionando normalmente.

(xiii) José Elías Melo Acosta consideró que se desconoció su derecho al **debido proceso**, dado que se valoraron pruebas recaudadas en el proceso penal adelantado en su contra, el cual no había finalizado.

(xiv) CSS Constructores S.A. aseguró que la sentencia incurrió en una contradicción, porque, aún cuando reconoce que no participó en los hechos de corrupción, lo declaró culpable de la vulneración de los derechos colectivos, le impuso condenas pecuniarias y lo inhabilitó.

(xv) Episol S.A.S. indicó, primero, que la sentencia no definió su responsabilidad, sino que, por el contrario, determinó que la vulneración de los derechos colectivos provino de Odebrecht. Segundo, que aunque Corficolombiana administraba el patrimonio autónomo, ello no implicaba que Episol S.A.S. dispusiera de los mismos, pues son personas jurídicas diferentes. Tercero, que los proponentes en un proceso de selección no son servidores públicos. Por tal motivo, no pueden ser declarados responsables de transgredir el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

### **1.3. Sentencia de segunda instancia objeto de acción de tutela - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera proferida el 27 de julio de 2023**

La sentencia del 27 de julio de 2023, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó:<sup>38</sup>

(i) La vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna por parte de la ANI, de Gabriel Ignacio García Morales y Otto Nicolás Bula Bula, debido a que no fueron apeladas.

(ii) La violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público de los demás demandados, por los actos de corrupción probados para la celebración del contrato y de sus convenciones modificatorias. Asimismo, consideró que los particulares también pueden ser declarados responsables por este hecho. En todo caso, excluyó de esta declaración a la sociedad CSS Constructores S.A. porque no existen pruebas que demuestren que estuvo involucrada en los actos de corrupción.

(iii) La orden a la ANI de incluir en todos sus procesos de contratación las reglas previstas en el concepto del 10 de agosto de 2015 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

(iv) Las órdenes dirigidas a la ANDJE respecto a (a) que emprenda acciones, de conformidad con el artículo 45 de la Ley 600 de 2000 y la sentencia del 29 de febrero de 2018 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia donde condenó a Bernardo Miguel Elías Vidal; y, (b) que instruya a las entidades estatales en la eventualidad de demandas que se formulen por parte de terceros contra las entidades estatales en las que se advierta algún tipo de relación con los hechos de la acción popular, en el sentido de que la entidad demandada llame en garantía a los presuntos responsables.

Y, revocó:<sup>39</sup>

(i) La decisión de suspender definitivamente el contrato, debido a que no es de competencia del juez popular y, además, dicha pretensión había sido ventilada en el proceso arbitral.

---

<sup>38</sup> Página 48 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>39</sup> páginas 48 y 49 de la sentencia objeto de tutela.

(ii) El restablecimiento del daño colectivo porque no puede imponerse sin que medie el incidente previsto en la Ley, donde debe determinarse su cuantía con base en el material probatorio.

(iii) Las inhabilidades decretadas, debido a que el juez popular no tiene competencia para tomar esta decisión, pues la acción popular no es una acción de responsabilidad civil y, por tanto, su imposición desconoce el derecho de defensa de los accionados.

(iv) La declaración de la vulneración del derecho a la prestación eficiente de los servicios públicos y a la libre competencia respecto de los demandados que no apelaron, debido a que la intervención del juez popular estaba justificada al constatarse la vulneración del derecho a la moralidad administrativa y del patrimonio público. Por tanto, resultaba improcedente invocar otros derechos colectivos para fundamentar decisiones que desconocen la prohibición de pronunciarse sobre la nulidad del contrato y sus efectos.

(v) La orden impartida a la Superintendencia de Industria y Comercio de adelantar una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, debido a que ya se llevó a cabo y, por tanto, se está ante un hecho superado.

(vi) Las órdenes relativas a las medidas cautelares previstas en los ordinales noveno, décimo, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero, debido a que serían levantadas por el Consejo de Estado.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estructuró su decisión en dos partes. En la primera, estudió (i) la presentación de la petición previa como requisito de procedibilidad; (ii) el decreto de medidas cautelares, para argumentar que el juez popular no puede adoptar temporalmente medidas que pueden ser decretadas por el Tribunal de Arbitraje como juez del contrato; (iii) la condena de perjuicios por la vulneración de derechos colectivos, la cual debe estar dirigida a la entidad encargada de protegerlos, que deben ser decretados *in genere* y que son distintos de los derivados de la anulación del contrato; y, (iv) la competencia limitada del juez popular para imponer inhabilidades.<sup>40</sup>

En la segunda parte, el Consejo de Estado desarrolló tres argumentos. Primero, que, incluso en la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad pública y a la defensa del patrimonio público por los actos de corrupción, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no podía pronunciarse sobre las causales de nulidad del contrato y menos condenar a CSS Constructores S.A. si no existía fundamento para ello. Segundo, que, en virtud de la naturaleza preventiva de la acción popular y la prohibición legal de pronunciarse sobre la validez del contrato, el juez popular no puede adoptar decisiones con el mismo alcance, tales como su suspensión definitiva. Y tercero, que si bien el derecho colectivo a la moralidad administrativa fue vulnerado por los actos de corrupción ocurridos en la celebración del contrato, esto no le permite al juez de la acción popular desconocer las

---

<sup>40</sup> Página 53 de la sentencia objeto de tutela.



normas legales que regulan su competencia y que establecen el marco jurídico de la nulidad de los contratos estatales.<sup>41</sup>

Respecto a la **petición previa como requisito de procedibilidad**, aseguró que la Procuraduría General de la Nación no cumplió con este requisito ante la ANI y que el Tribunal no lo exigió, debido a que en el presente asunto se trataba de un perjuicio irremediable y, en el caso concreto, debió haberse solicitado.<sup>42</sup>

Frente al **decreto de medidas cautelares en el proceso de acción popular**, el Consejo de Estado aseguró que el juez de primera instancia no explicó las razones que justifican quitarle la competencia del manejo del contrato y del proyecto a la ANI, al ordenarle al Presidente de la República que tomara posesión del contrato por la ANI. Asimismo, tampoco realizó un juicio de ponderación para determinar que estas razones eran las que mejor garantizan el interés general. Y, en todo caso, expuso que las medidas fueron generales e imprecisas, lo que impedía verificar su cumplimiento.<sup>43</sup>

Sobre la **condena de perjuicios por la vulneración de derechos colectivos** expuso tres consideraciones. La primera, que el Ministerio de Transporte “*pasó de ser vinculado en el auto admisorio como otro posible responsable de la vulneración de derechos colectivos alegada, a ser la entidad estatal responsable de la protección del derecho colectivo.*”<sup>44</sup> A partir de ello, encontró que dicha entidad no tiene la función de garantizar los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público por los hechos de corrupción y, por tanto, no puede destacarse que tenga una condición de entidad “*no culpable*”.<sup>45</sup> La segunda, que la acción popular no es indemnizatoria, ni puede atribuirse

---

<sup>41</sup> Páginas 53 y 54, y 81 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>42</sup> Página 56 de la sentencia objeto de tutela. Según el Consejo de Estado “*De cara a esas peticiones, era indispensable obtener un pronunciamiento previo de la ANI, en el cual dicha entidad explicara, entre otras cosas: (i) si había adoptado las medidas contractuales solicitadas y, en caso negativo, por qué razón no lo había hecho (ii) cuáles eran las peticiones formuladas en el Tribunal de Arbitramento en relación con la nulidad del contrato; (iii) si se podía solicitar medidas cautelares en el proceso arbitral, en el cual -por lo demás- la Procuraduría podía hacer lo propio.*”

<sup>43</sup> Páginas 57 y 58 de la sentencia objeto de tutela. Para el Consejo de Estado “*al hacer el recuento de lo ocurrido en el proceso arbitral, se advirtió que fueron las propias partes (la ANI y la Concesionaria) las que suscribieron un acuerdo de terminación en el cual pactaron un periodo de transición atendiendo las complejidades del Contrato, durante el cual la Concesionaria seguía recibiendo el producto de los peajes para garantizar los gastos de sostenimiento de la vía; y ese acuerdo fue considerado por el Tribunal de Arbitramento en su decisión, con lo cual -en la práctica- la medida adoptada por el juez de la acción popular no tuvo efecto. En ese recuento también se advirtió que quienes participaban en el proceso arbitral no solicitaron una medida similar en dicho proceso. Lo que hizo la Procuraduría fue pedir en dos ocasiones que se declarara la nulidad ‘inmediata’ del Contrato y esa medida fue negada por el Tribunal de Arbitramento.*”

<sup>44</sup> Páginas 59 y 60 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>45</sup> Página 61 de la sentencia objeto de tutela. Según el Consejo de Estado, “*El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (i) vinculó al Ministerio de Transporte como entidad demandada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 18 de la ley y (ii) citó a una serie de entidades con fundamento en el artículo 21 de la mencionada ley. En la sentencia, negó la excepción de falta de legitimación propuesta por el Ministerio de Transporte, que había indicado que no era responsable de los actos de corrupción y no era parte en el Contrato, y en esa providencia le dio a dicho ministerio el tratamiento de ‘entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado’; y lo hizo para disponer que el pago de perjuicios derivados de la terminación del Contrato y de la imposibilidad de adelantar el proyecto en la forma prevista*

responsabilidad civil.<sup>46</sup> Además, aseveró que los perjuicios no corresponden a daños a un interés colectivo, sino, por el contrario, a los perjuicios derivados de la nulidad del contrato.<sup>47</sup> Y la tercera, que, de conformidad con los artículos 34 de la Ley 472 de 1998 y 307 del C.P.C., el juez debió condenar a la parte demandada *in genere* para que la entidad, en el incidente de liquidación, reclame los perjuicios que pruebe y no adoptar una condena de manera directa sin tener en cuenta este procedimiento judicial.<sup>48</sup>

En torno a la **competencia limitada del juez popular para imponer inhabilidades**, consideró que dicha medida no tiene sustento en los artículos 34 de la Ley 472 de 1998 y 58 de la Ley 80 de 1993.<sup>49</sup> En este sentido, al ser preventiva la función del juez popular, no puede adoptar este tipo de medidas que están vinculadas a procesos de responsabilidad civil o penal. Por tanto, el juez de primera instancia no tiene la competencia para adoptar este tipo de sanciones, debido a que el ordenamiento jurídico no lo permite.<sup>50</sup>

Expuso, además, que **la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público no autorizaban al juez popular a adoptar medidas propias del Tribunal de Arbitraje**.<sup>51</sup> Para ello consideró, primero, que la defensa del derecho del patrimonio público debe ser asumida por el representante legal de la entidad afectada y no por terceros.<sup>52</sup> Segundo, que, en el caso de CSS Constructores S.A., si no se demostró que participó en los hechos de corrupción, no debió declararse su responsabilidad; y, en caso de que dicha responsabilidad existiere, es posible acudir a acciones ordinarias para tal efecto.<sup>53</sup> Tercero, que no existen pruebas de que los actos de

---

*se hiciera a su favor del citado ministerio, por considerar que esa entidad no era culpable de los actos de corrupción que afectaron la celebración del contrato.”*

<sup>46</sup> Páginas 61 y 62 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>47</sup> Página 63 de la sentencia objeto de tutela. Según el Consejo de Estado “[e]n lo relativo al pago de sobornos, en el laudo arbitral, luego de determinar las sumas que debían restituirse a la Concesionaria, se descontaron todos los valores que no correspondían a inversiones en el contrato y que podían estar vinculados a los actos de corrupción. // En relación con la adjudicación de la propuesta de ‘menor valor’, se trata de un perjuicio consecuencial a la anulación del Contrato y en este caso: (i) el juez de la acción popular, sin sustentar su decisión, afirmó que el pliego de condiciones se hizo para favorecer a la Concesionaria contratante, y concluyó que el Contrato se había adjudicado a la propuesta de mayor valor, sin tener en cuenta -conforme con el pliego- cómo debía en realidad adjudicarse el contrato en el aspecto relativo al valor de las ofertas; (ii) por el contrario, el juez del Contrato no fundó su anulación en la indebida adjudicación ni consideró que se hubiera estructurado un pliego para favorecer la Concesionaria o que se hubiesen rechazado indebidamente las propuestas de los demás participantes en la licitación.”

<sup>48</sup> Páginas 63 a 66 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>49</sup> Página 68 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>50</sup> Páginas 66 a 70 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>51</sup> Página 74 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>52</sup> Página 74 de la sentencia objeto de tutela. “El simple hecho de que la afectada con la violación del derecho sea una entidad pública, no permite que ella sea desplazada por el actor popular en la defensa de sus intereses. La defensa del interés patrimonial de una entidad pública debe realizarse por su representante legal, por lo que sólo cuando se constate que no se está ejerciendo, o que no se está haciendo de manera adecuada, puede acudirse a la acción popular; ella debe estar dirigida a lograr que quien debe hacer tal defensa la realice efectivamente, si se verifica que no lo está haciendo: no a sustituirla. No tener este tipo de consideraciones conduce, como ocurrió en este caso, a activar la acción constitucional sin tener en cuenta la actividad procesal adelantada por la entidad contratante y las pretensiones formuladas -en la acción contractual- por los mismos hechos y en defensa del interés patrimonial de la citada entidad.”

<sup>53</sup> Página 75 de la sentencia objeto de tutela.

corrupción estuvieran dirigidos a crear condiciones favorables a Odebrecht. Y cuarto, que no se evidencia que los hechos de corrupción hubieren afectado la disponibilidad de los tramos viales correspondientes al proyecto, no que el corredor vial no hubiese contado con las condiciones de seguridad para su uso.<sup>54</sup>

Posteriormente, aseguró que debido a **la naturaleza preventiva de la acción popular y la prohibición legal de pronunciarse sobre la validez del contrato, el juez popular no puede adoptar decisiones con el mismo alcance, tales como su suspensión definitiva.** Según el Consejo de Estado, el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 prohíbe que el juez popular anule el contrato, pues, para ello, se debe proponer el medio de control de controversias contractuales.<sup>55</sup> Sin embargo, el juez de primera instancia, al ordenar la suspensión definitiva del contrato, adoptó, por medios similares, la declaración de nulidad del contrato, lo cual está prohibido por la Ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado.<sup>56</sup>

Finalmente, la sentencia objeto de tutela aseveró que **la moralidad administrativa, como fundamento de la regulación legal de la nulidad del contrato estatal, no conlleva que el juez popular desconozca las normas legales que determinan su competencia.** Para el Consejo de Estado, la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa respecto a actos de corrupción se da a partir de los artículos 20 de la Ley 1882 de 2018 y 47 de la Ley 80 de 1993. Estas normas disponen que la acreditación de la causa ilícita, objeto ilícito o desviación de poder en el contrato por hechos de corrupción genera su nulidad, junto con los efectos que dicha declaración conlleva. En este sentido, para el Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció estas reglas y, por tanto, adoptó medidas que se encuentran fuera del alcance del juez popular.<sup>57</sup>

## **II. RAZONES GENERALES POR LAS CUALES LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO DESCONOCE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, A LA REPARACIÓN INTEGRAL Y AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Como se observa, con la sentencia del 27 de julio de 2023, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se centró en estudiar las competencias que tiene el juez popular y el juez del contrato -Tribunal de arbitraje o el juez contencioso de las controversias contractuales- respecto a la declaración de daños y perjuicios producto de la ocurrencia de hechos de corrupción que afectan la validez de los contratos estatales. A partir de este análisis, el Consejo de Estado le reprochó al Tribunal Contencioso Administrativo que se extralimitó en sus funciones de juez popular, debido a que (i) suspendió definitivamente el contrato, lo que le está prohibido al juez popular según el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011; (ii) ordenó la reparación de daños y perjuicios a la entidad contratante al constatar objeto ilícito, causa ilícita y desviación de poder en el

---

<sup>54</sup> Página 75 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>55</sup> Página 77 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>56</sup> Páginas 78 y 79 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>57</sup> Páginas 79 a 86 de la sentencia objeto de tutela.

contrato de concesión y sus adendas, lo cual es un asunto del juez del contrato; y, (iii) declaró la inhabilidad de quienes participaron en los actos de corrupción, lo cual es un asunto que está por fuera del marco de la acción popular, debido a que se trata de un juicio de responsabilidad disciplinaria o penal.

La decisión objeto de tutela delimita las competencias del juez popular y el juez del contrato respecto a la valoración y adopción de medidas cuando se evidencia causa ilícita, objeto ilícito o desviación de poder que afectan la validez absoluta del contrato estatal, con la finalidad de sostener que quien debe estudiar las causales de nulidad de un contrato estatal y adoptar las medidas pertinentes luego de que se declaren probadas, es el juez del contrato -en controversias contractuales o el tribunal de arbitraje-. Por tal motivo, a pesar de declarar la vulneración a los derechos colectivos, revocó las medidas y reparaciones adoptadas por el juez popular de primera instancia para proteger los derechos colectivos.

Sin embargo, la decisión objeto de tutela incurre en los siguientes errores que desconocen los derechos fundamentales y, por tanto, es necesaria la intervención del juez constitucional para protegerlos.

**Primero**, confunde los daños colectivos derivados de los actos de corrupción con los efectos patrimoniales que tiene la declaratoria de nulidad de los contratos por causa ilícita o desviación de poder. En este sentido, desconoce que el juez popular puede declarar daños y perjuicios y ordenar su reparación por actos de corrupción sin que sea necesario pronunciarse sobre la validez del contrato estatal. La sentencia objeto de acción de tutela considera que los perjuicios originados en la vulneración de derechos colectivos por actos de corrupción sólo deben ser reconocidos a través del estudio de la validez del contrato y sus efectos para las partes, cuando, en realidad, la comisión de estos delitos *per se* es una vulneración a los derechos colectivos y, por tanto, su reparación es independiente a la declaración de validez del negocio jurídico por parte del juez del contrato.

**Segundo**, hace una lectura equivocada de la obligación de condenar *in genere*. Según la sentencia objeto de tutela, de conformidad con los artículos 34 de la Ley 472 de 1998 y 307 del Código de Procedimiento Civil, se debe acudir al incidente de liquidación de perjuicios, escenario donde la autoridad debe probar los perjuicios y solicitar su indemnización. Sin embargo, el Consejo de Estado desconoció que, en la sentencia C-215 de 1999, la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del trámite incidental de la acción popular, determinó que la adopción de este incidente se justifica cuando los tiempos de decisión son cortos y, por tanto, no se alcanza a determinar concretamente los perjuicios; sin embargo, el juez popular, si cuenta con el tiempo y los medios, puede declarar el daño y los perjuicios y calcular su reparación sin la necesidad de agotar dicho incidente.

**Tercero**, desconoce que el Ministerio de Transporte, como garante de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, debe ser considerada como una entidad pública no culpable y, por tanto, se debe condenar al pago de perjuicios a su favor, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

### **III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PROVIDENCIA JUDICIAL DEL 27 DE JULIO DE 2023 DE LA SECCIÓN TERCERA - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - CONSEJO DE ESTADO**

El artículo 86 de la Constitución prevé que la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión de cualquier autoridad pública para la protección de los derechos fundamentales. A partir de este enunciado, la Corte Constitucional ha entendido que la acción de tutela procede contra sentencias proferidas por las autoridades judiciales.<sup>58</sup> Sin embargo, su procedencia puede afectar otros principios fundamentales, tales como la seguridad jurídica y la cosa juzgada. Por tal motivo, desde la sentencia **C-590 de 2005**, la Corte Constitucional sistematizó los requisitos de procedencia generales<sup>59</sup> y específicos<sup>60</sup> de la acción de tutela cuando la amenaza o violación de los derechos fundamentales proviene de una decisión judicial.<sup>61</sup>

A partir de lo anterior, se evidenciará que, en el presente caso, la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado satisface los requisitos generales y específicos de la acción de tutela contra providencias judiciales, al desconocer los derechos fundamentales al debido proceso, a la reparación y al acceso a la administración de justicia.

#### **1. Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

##### ***a. Legitimación en la causa***

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser interpuesta (i) directamente por la persona que se considera vulnerada en sus derechos fundamentales; (ii) por medio de la agencia oficiosa; (iii) por medio de representante; o, (iv) por medio del Defensor del Pueblo y los personeros

---

<sup>58</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-128 de 2021, entre otras.

<sup>59</sup> De acuerdo con la jurisprudencia constitucional: (a) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (b) que se satisfaga la legitimación en la causa; (c) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *ius fundamental* irremediable; (d) que se cumpla con el requisito de inmediatez; (e) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (f) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible; y, (g) que no se trate de acción de tutela contra sentencias de tutela.

<sup>60</sup> Según la Corte Constitucional, las causales específicas de acción de tutela contra providencias judiciales son las siguientes: (i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; y, (viii) violación directa de la Constitución.

<sup>61</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-590 de 2005 y SU-128 de 2021.

municipales. Con base en esto, se satisface la **legitimación en la causa por activa**, por las siguientes razones.

En primer lugar, la acción popular es un medio de control diseñado para la protección de los derechos e intereses colectivos, empleado en el presente caso para el amparo de los derechos a la moralidad administrativa (literal b del artículo 2° de la Ley 472 de 1998), la defensa del patrimonio público (literal e del artículo 2° de la Ley 472 de 1998), la libre competencia económica (literal i del artículo 2° de la Ley 472 de 1998) y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna (literal j del artículo 2° de la Ley 472 de 1998). **Ante la importancia de los bienes colectivos protegidos, la ley indica que, entre los legitimados para ejercer este medio de control se encuentran las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar (numeral 2° del artículo 12 de la Ley 472 de 1998);** y que la decisión de admitir la demanda popular debe ser informada a los miembros de la comunidad mediante un medio masivo de comunicación o, en todo caso, cualquier mecanismo eficaz. Ante el carácter colectivo de los derechos e intereses protegidos, la legitimación en la causa de las organizaciones de la sociedad civil y de la colectividad, así como el hecho de que se debe notificar del proceso a toda la comunidad, son una clara expresión de los efectos que se producen para la colectividad derivados de las sentencias en estos medios de control. Adicionalmente, es claro que una sentencia de acción popular tiene efectos generales o *erga omnes*, y que la cosa juzgada que se configura después de esta decisión es aplicable a toda la sociedad. Por ello, consideramos que ante los efectos derivados de una sentencia popular en materia de corrupción, debería considerarse que los individuos y las organizaciones de la sociedad civil que se encargan de la lucha contra la corrupción cuentan con legitimación para solicitar la protección de los derechos fundamentales vulnerados pues tienen un *interés legítimo en el resultado del proceso, además de un mandato claro de defender los intereses públicos y los derechos colectivos*.

Ahora bien, se destaca que las organizaciones de la sociedad civil no participaron como intervinientes de la acción popular ni en primera ni en segunda instancia, pues en primera parecía que los intereses colectivos estaban bien representados por la Procuraduría General de la Nación, y en segunda, porque se estaba de acuerdo con la sentencia proferida por el Tribunal. No obstante, ello no es óbice para que en el momento en que se identifica una clara amenaza a los derechos e intereses colectivos, no se reconozca el interés legítimo de estas organizaciones en velar por su protección. Más aún cuando, se reitera, esta sentencia tiene efectos directos para la sociedad entera.

En algunas situaciones similares a esta, personas afectadas por una decisión judicial a pesar de que no fungieron como partes procesales han interpuesto acciones de tutela, y la Corte Constitucional ha reconocido su legitimidad bajo distintos argumentos. En la sentencia SU-585 de 2017, por ejemplo, un miembro del partido liberal interpuso una acción de tutela en contra de una providencia judicial dictada en el marco de un proceso de acción popular del que no fue parte. En ese caso, la Corte Constitucional encontró que el actor estaba legitimado para actuar, entre otras razones, porque si bien la acción popular dictaba órdenes que afectaban directamente al partido político, estas órdenes no eran indiferentes para sus afiliados, pues estos también resultaban afectados por los mandatos allí dictados. En esa ocasión, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó

“que en tratándose de entes o asociaciones no gubernamentales que institucionalmente representan intereses no comerciales o económicos de un grupo, como es el caso de los cuerpos intermedios, tales como los sindicatos, las asociaciones gremiales y los partidos políticos, de manera muy excepcional y en atención a las circunstancias de cada caso en particular, ciertos miembros de la institución se encuentran legitimados para ejercer la acción de tutela en defensa de los derechos de la misma, cuando la afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, a condición de demostrar interés en la causa el que, en el caso examinado, se evidenció no sólo por la calidad de ciudadano militante del Partido Liberal, sino en razón de su especial rol dentro de la estructura del mismo, como Veedor Nacional, encargado de la defensa y promoción de los derechos de los afiliados.”<sup>62</sup> (Subrayas por fuera del texto original)

En el pasado, en la SU-565 de 2015, la Corte Constitucional resolvió un caso similar en el que encontró que un Fiscal Especializado de la Dirección de la Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario estaba legitimado para interponer una acción de tutela en contra de una providencia proferida en un proceso en el que él no era instructor ni parte interviniente. El argumento que la Corte utilizó en ese caso, fue que el Fiscal estaba “comprometido con el ejercicio de la acción penal de adelantamiento oficioso y con el deber constitucional de “velar por la protección de las víctimas” en desarrollo del mandato constitucional (CP, art. 250, num 7) y los derechos de éstas a la verdad, la justicia y la reparación”<sup>63</sup>.

De estas sentencias citadas de la Corte Constitucional se desprende una regla clara: Esa Corporación ha admitido que en casos excepcionales personas que no fueron parte ni intervinientes dentro de un proceso judicial pueden interponer una acción de tutela en contra de una providencia expedida en el marco de este. Estos casos excepcionales están determinados por dos situaciones: (i) que el accionante tenga un interés legítimo en la protección de los derechos alegados como vulnerados y (ii) que la providencia atacada afecte los intereses de ese accionante.

El presente caso, se enmarca dentro de esas situaciones excepcionales en que se debe admitir la legitimidad de la causa por activa de sujetos que no fueron parte ni intervinieron dentro del proceso judicial que dio lugar a la providencia atacada. Lo anterior, por cuanto Transparencia por Colombia y Dejusticia son organizaciones cuyo mandato es la defensa de derechos e intereses colectivos, y por cuanto también actúan como representantes de la sociedad, que se ve claramente afectada cuando no se restablecen sus derechos colectivos conculcados por actos de corrupción probados.

Y, en segundo lugar, a pesar de que las organizaciones Dejusticia y Transparencia por Colombia no hayan participado dentro del trámite de acción popular que culminó con la sentencia objeto de tutela, consideramos que esto no debe conducir a la declaración de

---

<sup>62</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-585 de 2017.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-565 de 2015.

improcedencia de la acción de tutela por parte del juez. En este caso se debe, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, integrar debidamente el contradictorio en la presente acción de tutela de manera oficiosa.

Al respecto, la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha expuesto que la debida integración del contradictorio tiene por objeto garantizar los derechos de contradicción y defensa de las partes e interesados en el proceso de tutela.<sup>64</sup> Para la Corte, el conocimiento del proceso y la vinculación adecuada de todos los sujetos procesales al trámite de tutela es necesario para que “*las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso*”.<sup>65</sup> Por ello, ha considerado que es deber del juez de primera instancia integrar debidamente el contradictorio, es decir, “*notificar y vincular a las partes y a los terceros con interés legítimo en el resultado del proceso*”.<sup>66</sup> En consecuencia, el juez de tutela tiene el deber oficioso de integrar el contradictorio, siempre que se percate de que existe otro sujeto que, por su actividad, funciones o actos, debe ser vinculado al proceso.<sup>67</sup>

En este sentido, con la finalidad de que el juez de tutela adopte una decisión respecto de la vulneración de los derechos fundamentales se solicita que, en uso de sus facultades oficiosas, vincule al Ministerio de Transporte y a la Procuraduría General de la Nación en calidad de legitimados en la causa por activa, con la finalidad de que puedan pronunciarse sobre el asunto formulado en la presente acción de tutela. Asimismo, con la finalidad de garantizar el derecho fundamental al debido proceso y evitar una eventual nulidad, se considera necesario que el juez de tutela vincule, en calidad de terceros con interés legítimo en la decisión que se adopte en el marco del trámite de acción de tutela, a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a la Constructora Norberto Odebrecht S.A., a Odebrecht Latinvest Colombia SAS, a Episol SAS, a CSS Constructores S.A. y a Gabriel Ignacio García Morales, a José Elías Melo Acosta, a Otto Nicolás Bula Bula, a Luiz Antonio Bueno Junior, a Luiz Antonio Mameri y a Luiz Eduardo Da Rocha Soarez.

Por su parte, frente a la **legitimación en la causa por pasiva**, fue la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado quien profirió la sentencia judicial que desconoce los derechos fundamentales mencionados y de los que se solicita este amparo constitucional.

#### ***b. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional***

La Corte Constitucional ha manifestado que, en el requisito de relevancia constitucional, se estudian tres criterios: **(i)** que la controversia verse sobre un asunto constitucional, no meramente legal y/o económico;<sup>68</sup> **(ii)** que el asunto involucre algún debate jurídico que

---

<sup>64</sup> Corte Constitucional. Autos A165 de 2018, A065 de 2010, A196 de 2011, A181A de 2016 y A553 de 2021, entre otros.

<sup>65</sup> Corte Constitucional. Autos 536 de 2015 y A553 de 2021.

<sup>66</sup> Decreto 2591 de 1991. Artículo 13. Corte Constitucional. Autos 181A de 2016 y A553 de 2021.

<sup>67</sup> Corte Constitucional. Auto A553 de 2021.

<sup>68</sup> Corte Constitucional. Sentencias SU-573 de 2019 y SU-128 de 2021. Para la Corte, un asunto carece de relevancia constitucional cuando (i) la discusión se limita a la mera determinación de aspectos legales de un derecho, como la correcta interpretación o aplicación de una norma “de rango reglamentario o legal”, salvo



gire en torno al contenido, alcance y goce de un derecho fundamental<sup>69</sup>; y, **(iii)** que la acción de tutela no sea utilizada como una instancia o un recurso adicional orientado a discutir asuntos de mera legalidad.<sup>70</sup> A continuación, se presentarán las razones por las cuales se considera que se satisface el presente requisito.

En primer lugar, la controversia **(i) versa sobre un asunto constitucional**, ya que tiene la finalidad de estudiar la posibilidad de que en la acción popular el juez pueda declarar daños y perjuicios por hechos de corrupción, tendientes a restablecer derechos colectivos, con independencia de aquellos que puedan ser reconocidos por el juez del contrato, por ejemplo en una acción de controversias contractuales, al declarar la nulidad del mismo por hecho ilícito, causa ilícita o desviación de poder.

En segundo lugar, la controversia presentada en la acción de tutela **(ii) involucra la definición sobre el alcance y goce de diversos derechos fundamentales, tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, la igualdad y la reparación integral**. Frente al *derecho fundamental al debido proceso*, la presente acción de tutela tiene por objeto alegar (a) que la acción popular es un escenario idóneo para declarar daños a la sociedad por hechos de corrupción que violan derechos colectivos; y, (b) que el juez popular tiene dicha competencia, sin desconocer las facultades propias del juez del contrato. Sobre el *derecho fundamental a la igualdad*, consideramos que se encuentra vulnerado, debido a que la línea jurisprudencial que tiene el Consejo de Estado frente a la posibilidad de declarar daños y perjuicios y ordenar su reparación en el marco de la acción popular no fue aplicada en el presente caso, sin justificar, además, por qué no aplicó dichas reglas al caso concreto. Por su parte, en torno al derecho a la *reparación integral*, se evidencia su desconocimiento, debido a que, a pesar de que en la sentencia objeto de tutela se consideró vulnerados diversos derechos colectivos, no se ordenó su reparación.

Finalmente, en tercer lugar, la presente acción de tutela **no se constituye como una instancia o un recurso adicional orientado a discutir asuntos de mera legalidad**. Al respecto, la presente acción de tutela tiene por objeto alegar que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado incurrió en actos de arbitrariedad por las siguientes razones. **Primero**, sin justificación alguna, cercenó los poderes del juez popular respecto a actos de corrupción. **Segundo**, no tuvo en cuenta las reglas legales y jurisprudenciales sobre la posibilidad de entender la acción popular como una acción de carácter restaurativo, incluso cuando se trata de violación a derechos colectivos en el marco de la actividad contractual del Estado. **Tercero**, desconoció que una

---

que de esta “se desprendan violaciones a los derechos y deberes constitucionales; o, (ii) cuando sea evidente su naturaleza o contenido económico, por tratarse de una controversia estrictamente monetaria con connotaciones particulares o privadas, que no representen un interés general”.

<sup>69</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-573 de 2019 y SU-128 de 2021. De acuerdo con la Corte, la cuestión debe ser clara, marcada e indiscutible respecto a su relevancia constitucional. Por tanto, debe ser trascendente para (i) la interpretación del estatuto superior, (ii) su aplicación, (iii) desarrollo eficaz; y (iv) la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

<sup>70</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-573 de 2019 y SU-128 de 2021. Según la Corte, la acción de tutela no es una tercera instancia ni reemplaza los recursos ordinarios. Por tanto, se debe valorar, *prima facie*, si la decisión se fundamentó en una actuación arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial, violatoria de derechos fundamentales.

de las facultades que tiene el juez popular es la de declarar daños y perjuicios y ordenar su reparación, sin que exclusivamente este debate deba ser dado en el incidente de liquidación de perjuicios. Y **cuarto**, confundió las condenas que se deben dar en escenarios de nulidad del contrato con aquellas que pueden generarse por la vulneración de derechos colectivos por parte del juez popular, las cuales son autónomas.

**c. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable**

Respecto a la discusión que se pretende dar con la acción de tutela, no existen medios judiciales ordinarios o extraordinarios idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales alegados en la presente acción de tutela.

Frente al **proceso de revisión eventual de acciones populares**, previsto en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, éste sólo procede contra sentencias proferidas por Tribunales de lo Contencioso Administrativo y no contra sentencias expedidas por el Consejo de Estado cuando actúa como juez popular de segunda instancia. Además existe reiterada jurisprudencia en este sentido. Por tanto, no es procedente en el presente caso concreto. Respecto al **incidente de liquidación de perjuicios** previsto en el inciso 2° del artículo 34, en concordancia con el artículo 307 del CPC, este tampoco es un recurso judicial idóneo y eficaz, debido a que la sentencia objeto de tutela revocó los ordinales de la sentencia de primera instancia del Tribunal Contencioso Administrativo que ordenaban las reparaciones por los perjuicios causados como consecuencia de la violación de los derechos colectivos. Finalmente, sobre el **recurso extraordinario de revisión**, las razones por las cuales la sentencia objeto de tutela desconoce los derechos fundamentales no se encuentran contempladas en alguna de las causales para la procedencia de dicho recurso ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, previstas en el artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. Además, el propio Consejo de Estado ha señalado que los artículos 36 y 37 de la Ley 472 de 1998 establecieron los recursos que son procedentes contra los autos dictados durante el trámite de una acción popular y contra la sentencia que le pone fin al proceso, y dentro de estos no se contempló el recurso extraordinario de revisión<sup>71</sup>. En consecuencia, el criterio interpretativo adoptado por el Consejo de Estado ha sido el de que no procede el recurso extraordinario de revisión contra sentencias de acciones populares, al no estar expresamente contemplado en la Ley 472 de 1998<sup>72</sup>.

**d. Que se cumpla con el requisito de inmediatez**

El artículo 86 de la Constitución prevé que uno de los requisitos de procedencia de la acción de tutela es el cumplimiento del principio de inmediatez. En su valoración, la Corte

---

<sup>71</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Auto del 10 de febrero de 2011. Rad: 11001-03-15-000-2010-01519-00(AP). Actor: Conjunto Residencial El Pinar de Gamma P.H. Demandado: Municipio de Pereira.

<sup>72</sup> Ibíd.

Constitucional ha entendido que el ejercicio de la acción no está sometida a un término de caducidad, sino, por el contrario, a una valoración del criterio de razonabilidad donde se estudia el tiempo transcurrido entre la vulneración efectiva de los derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela.

En materia de acción de tutela contra providencias judiciales, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha considerado que un término de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la última actuación respecto de la providencia que se demanda, puede resultar razonable para presentar la acción de tutela. No obstante, este término responde a un tiempo estimado como oportuno y razonable que igualmente puede ser valorado a la luz de la situación particular de cada caso concreto.

Al respecto, en las sentencias T-328 de 2010, T-217 de 2013 y T-505 de 2013, la Corte Constitucional señaló que “[...] **no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales.** Así, es deber del juez constitucional **analizar, en cada caso particular**, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características. [...] **En algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso**”.

Asimismo, en casos de protección al patrimonio público, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la defensa de este derecho permite flexibilizar el principio de inmediatez de la acción de tutela contra providencias judiciales. En efecto, en la sentencia **STC-9057 de 2020**, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia examinó una acción de tutela que fue interpuesta contra una providencia judicial con seis (6) meses y doce (12) días de demora. Para la Corte, aun cuando la interposición de la acción de tutela no se hubiera presentado dentro del término que ha considerado como razonable -seis (6) meses-, flexibilizó dicha regla debido a que es *“un asunto que podría comprometer el patrimonio público, cuya cuidadosa protección permite flexibilizar, al menos mínimamente, los requisitos genéricos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales”*.<sup>73</sup>

De lo anterior, se pueden extraer las siguientes reglas. La primera, se ha considerado, en principio, como un plazo razonable, interponer la acción de tutela dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia objeto de tutela, lo que incluye las actuaciones y recursos que contra esta se formulen. La segunda, que dicho término no debe interpretarse como una exigencia de caducidad, pues en materia de tutela se deben ponderar las circunstancias del caso concreto. Y la tercera, que las acciones de tutela contra providencias judiciales que tengan la finalidad de proteger el patrimonio público deben ser estudiadas con menos rigurosidad, debido a que atiende a la garantía de principios y bienes constitucionalmente relevantes, como la protección del patrimonio público.

---

<sup>73</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de noviembre de 2020. STC-9057-2020. MP. Luis Alonso Rico Puerta.

En el caso concreto, la sentencia objeto de tutela fue notificada el 31 de julio de 2023.<sup>74</sup> Sin embargo, contra dicha decisión, el 11 de agosto de 2023, el señor Dario Laguado Monsalve presentó solicitud de aclaración, de conformidad con el artículo 285 del Código General del Proceso. Esta solicitud fue negada, por medio de Auto notificado por estado el día 22 de septiembre de 2023. A partir de lo dispuesto en el artículo 302 del Código General del Proceso, la sentencia quedará ejecutada una vez resuelto el recurso de aclaración. Por tanto, será desde esta última fecha donde se deberá calcular el término prudencial de interposición de la acción de tutela. En consecuencia, se evidencia que la presente acción de tutela fue interpuesta dentro del término que se ha considerado como razonable y, por tanto, satisface el principio de inmediatez de la acción de tutela.

***e. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos de la parte actora***

La irregularidad procesal alegada es relevante y tiene un efecto decisivo en la sentencia objeto de tutela, por las siguientes dos razones.

La primera, porque al entender que la acción popular es una acción judicial preventiva de manera exclusiva, niega la posibilidad de que la misma tenga características restablecedoras o restitutorias cuando se evidencien daños a los derechos colectivos y los mismos puedan ser reparados. Y, en este sentido, la presente acción de tutela tiene la finalidad de reafirmar, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que la acción popular, de manera excepcional, tiene connotaciones indemnizatorias y, por tanto, que la sentencia objeto de acción de tutela incurre en el desconocimiento de derechos fundamentales.

Y, la segunda, porque el Consejo de Estado consideró que la única forma para calcular los daños y perjuicios causados por el desconocimiento de derechos colectivos es el escenario de liquidación de perjuicios descrito en el inciso 2° del artículo 34, en concordancia con el artículo 307 del CPC. Sin embargo, no tuvo en cuenta que este escenario judicial, en ocasiones, no es necesario agotar debido a que el juez de la acción popular los puede calcular, en virtud del principio de economía procesal, como de hecho el propio Consejo de Estado ha calculado perjuicios como parte de una línea jurisprudencial constante<sup>75</sup>.

***f. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible***

---

<sup>74</sup> Al respecto, puede consultarse el siguiente link:

[https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list\\_procesos.aspx?guid=250002341000201700083021100103](https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=250002341000201700083021100103)

<sup>75</sup> Ver en este sentido: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección C. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Rad: 13001-23-31-000-2000-00005-01(AP). Sentencia 6 de septiembre de 2001. Actor: Norberto Garí garcía. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional y Otros.

Al respecto, se evidencia el cumplimiento del presente requisito. En efecto, de los hechos descritos se desprende, de manera clara y objetiva, el razonamiento de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para revocar parcialmente la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y, además, la forma en cómo dicho razonamiento desconoce los derechos fundamentales alegados. En segundo lugar, debido a que el desconocimiento de los derechos fundamentales se da en la adopción de la sentencia de segunda instancia del proceso de acción popular, no fue posible alegar su desconocimiento en el proceso ordinario.

***g. Que no se trate de acción de tutela contra sentencias de tutela***

La presente acción de tutela se dirige contra una sentencia judicial proferida en el marco de la acción popular presentada por la Procuraduría General de la Nación contra el INCO y otros, en consecuencia, no se trata de una acción de tutela contra sentencias de tutela. Además, en las sentencias **SU-649 de 2017**, **SU-695 de 2015**, **SU-585 de 2017** y **T-391 de 2007**, la Corte Constitucional ha asumido el conocimiento de acciones de tutela proferidas contra sentencias judiciales en el marco del procedimiento de acción popular. En consecuencia, las sentencias proferidas en el marco de la acción popular son pasibles de ser controladas por medio de la acción de tutela cuando las mismas desconozcan derechos fundamentales.

**2. Cumplimiento de los requisitos específicos de la acción de tutela contra la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

Como ha indicado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, una vez acreditados los requisitos generales de procedencia, es necesario acreditar la existencia de, al menos, una causal específica de procedibilidad (defecto orgánico, defecto procedimental, defecto sustantivo, defecto fáctico, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución) de la acción de tutela contra la providencia judicial que se demanda, que conlleva la vulneración del derecho al debido proceso.

**2.1. En la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se configuró el defecto procedimental absoluto**

En el presente asunto, se evidencia la configuración de este defecto en la sentencia objeto de tutela al afirmar que las indemnizaciones decretadas en el proceso de primera instancia corresponden a medidas que deben ser adoptadas por el juez del contrato; y, además, consideró que exclusivamente los daños a los derechos colectivos deben ser discutidos y reparados en el incidente de liquidación de perjuicios previsto en la Ley 472 de 1998, en concordancia con el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil (CPC). De tal suerte

que se configuró un exceso ritual manifiesto, al no tener en cuenta que, por una parte, la acción popular sí tiene connotaciones indemnizatorias y resarcitorias; y, por otra, que en la acción popular el juez puede declarar los daños y perjuicios, así como calcular su reparación sin necesidad de acudir al incidente de liquidación de perjuicios.

#### **a. Caracterización del defecto procedimental absoluto**

El defecto procedimental absoluto tiene sustento en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política. Para la Corte, este defecto está relacionado con los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.<sup>76</sup> Para la Corte, este defecto se manifiesta en diversas conductas u omisiones,<sup>77</sup> y, por tanto, ha establecido que existen dos modalidades del defecto procedimental absoluto. La primera, cuando el juez de instancia actúa completamente al margen del procedimiento constituido, es decir, “*se desvía ostensiblemente de su deber de cumplir con las formas propias de cada juicio*”.<sup>78</sup> En estas circunstancias, el error debe ser manifiesto, extenderse a la decisión final y no debe ser atribuible al afectado. La segunda, defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto. Esta faceta conlleva que la sentencia objeto de tutela desconoce el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, porque “*convierte los procedimientos judiciales en obstáculos para la eficacia del derecho sustancial*”.<sup>79</sup>

#### **b. Configuración del defecto procedimental absoluto en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

El defecto procedimental absoluto se configura en el presente caso por al menos dos razones:

##### **(i) La acción popular sí tiene connotaciones restablecedoras o restitutorias indemnizatorias y al desconocer dicho atributo, la sentencia objeto de tutela incurrió en un defecto procedimental absoluto**

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-926 de 2014, SU-773 de 2014 y T-401 de 2019.

<sup>77</sup> La Corte Constitucional ha identificado las siguientes acciones u omisiones por parte de funcionarios judiciales que se encuadran en dicho defecto, a saber: (i) el funcionario judicial pretermite una etapa propia del juicio; da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia; (ii) ignora completamente el procedimiento establecido; escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables al caso concreto; (iii) incumple términos procesales, por ejemplo, cuando la autoridad judicial restringe el término conferido por la ley a las partes para pronunciarse en ejercicio de su derecho de defensa; (iv) desconoce el derecho de defensa del sindicado en materia penal; (v) u, omite cumplir con los mínimos establecidos por la Constitución en materia del debido proceso. Al respecto, ver: Corte Constitucional. Sentencias T-996 de 2003, T-289 de 2005, T-579 de 2006, T-731 de 2006, T-697 de 2006, T-196 de 2006 y T-401 de 2009, entre otras.

<sup>78</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-1185 de 2001 y T-401 de 2019.

<sup>79</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 2019, T-264 de 2009, T-950 de 2011, T-158 de 2012, T-213 de 2012 y T-926 de 2014.

En la sentencia objeto de tutela, la Sección Tercera del Consejo de Estado expuso que *“la acción popular no tiene una finalidad indemnizatoria; no es la acción procedente para reclamar los perjuicios entendidos estos como el detrimento patrimonial causado como consecuencia de la acción de quien ha vulnerado un derecho”*<sup>80</sup>; y, por tanto, lo que persigue la acción popular es el pago de una indemnización dirigida a restablecer el derecho vulnerado, cuando el resarcimiento sea posible.<sup>81</sup> En consecuencia, no debe entenderse la acción popular como un sistema de responsabilidad civil; y, en todo caso, consideró que la indemnización decretada por el Tribunal Contencioso Administrativo corresponden a perjuicios derivados de la nulidad del contrato y no a daños a un derecho o interés colectivo.<sup>82</sup>

Sin embargo, estas consideraciones desconocen que la acción popular sí tiene connotaciones restitutorias. Esto conlleva la configuración del defecto procedimental absoluto, debido a que la acción popular sí tiene connotaciones indemnizatorias, de conformidad con lo previsto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En efecto, con base en los artículos 2 y 34 de la Ley 472 de 1998, el Consejo de Estado ha sostenido que la acción popular es preventiva y, por tanto, el juez popular puede adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la vulneración de los derechos colectivos, impedir su amenaza o riesgo o restablecer el estado de cosas.<sup>83</sup> No obstante, el inciso 1° del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 prevé que, en la acción popular, el juez puede condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado un daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. En este sentido, el Consejo de Estado ha afirmado reiteradamente que la acción popular tiene connotaciones indemnizatorias con fines restaurativos del daño y en favor de la entidad pública no culpable.<sup>84</sup>

Por su parte, para la Corte Constitucional, el objetivo esencial de una acción popular es la protección de derechos colectivos y, por tanto, el juez tiene el poder de restablecer la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho, sólo si ello es posible.<sup>85</sup> Y,

---

<sup>80</sup> Sentencia objeto de tutela. Página 61.

<sup>81</sup> Sentencia objeto de tutela. Página 61.

<sup>82</sup> Sentencia objeto de tutela. Página 63. Según esta sentencia *“Los perjuicios derivados de la no ejecución de la obra objeto del Contrato en los términos en ella previstos tampoco corresponden a la indemnizaciones que debe disponerse en la acción popular para restablecer los derechos colectivos vulnerados: se trata de perjuicios derivados de la nulidad del contrato, sobre los cuales debe pronunciarse el juez competente. A ellos se hace referencia en el laudo arbitral y sobre los mismos cursa una acción de reparación directa iniciada por la ANI.”*

<sup>83</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. Rad. (0227). MP. Enrique Gil Botero.

<sup>84</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Rad. (05274-01). MP. Marco Antonio Velilla. Sentencia del 15 de febrero de 2007, Rad. (0085). MP. Camilo Arciniegas Andrade. Sentencia del 31 de agosto de 2006, Rad. (01472). MP. Camilo Arciniegas Andrade. Consejo de Estado. Sentencia del 13 de febrero de 2006. C.P: German Rodríguez Villamizar. Radicado: 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP).

<sup>85</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999.

en el escenario donde no fuere posible la restitución de las cosas a su estado anterior, le corresponde al juez popular decretar la indemnización a favor de la entidad no culpable.<sup>86</sup>

A partir de lo anterior, de la interpretación de la norma se evidencia (a) que la acción popular fundamentalmente es preventiva y resarcitoria en los eventos donde proceda restituir las cosas al estado anterior a la violación de derechos colectivos. Por tanto, excepcionalmente, (b) esta acción tiene connotaciones indemnizatorias en eventos donde el juez popular evidencie la configuración de un daño y no sea posible su restablecimiento. Y, en este escenario (c) el juez popular debe declarar indemnizaciones a favor de la entidad pública no culpable, pues (d) no es posible declarar a los particulares como titulares del derecho a la indemnización en este medio de control.

De la aplicación de estas reglas, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado, en la interpretación del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, entendió que la acción popular también tiene connotaciones indemnizatorias cuando así lo estime pertinente. De acuerdo con el Consejo de Estado:

*“En las acciones populares es posible obtener el pago de perjuicios cuando se haya causado el daño a un derecho o interés colectivo, pero sólo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, es decir, que en tratándose de particulares no hay lugar a reconocer y pagar indemnización alguna”.<sup>87</sup>*

Para el Consejo de Estado, la acción popular tiene diversos elementos definitorios, entre ellos, que es excepcionalmente indemnizatoria.<sup>88</sup> Así, en aquellos casos en los cuales se ha probado el daño a un derecho o interés colectivo, el juez podrá condenar al pago de perjuicios en favor de la entidad pública no culpable, que tenga entre sus funciones la vigilancia o protección del derecho o interés colectivo vulnerado, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.<sup>89</sup>

Es necesario precisar que el Consejo de Estado ha sido enfático en aclarar que, en el marco de una acción popular, no es posible que el juez popular estudie la legalidad de un acto administrativo o contrato estatal, por expresa disposición legal -Art.144, inc. 2º Ley 1437

---

<sup>86</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. Al respecto, la Corte Constitucional expuso lo siguiente: *“Ahora bien, el carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere ísicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario.”*

<sup>87</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Rad. (01472-01). MP. Camilo Arciniegas Andrade.

<sup>88</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2018. Rad. (02704-01 SU). MP. William Hernández Gómez. En dicha sentencia se consideró que la acción popular es: (i) una expresión concreta del derecho de acción; (ii) es principal; (iii) es preventiva; (iv) es eventualmente restitutiva; (v) es actual, no pretérita; (vi) exige que la vulneración sea real, inminente o concreta; y, (vii) excepcionalmente es indemnizatoria.

<sup>89</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de febrero de 2018. Rad. (02704-01 SU). MP. William Hernández Gómez



del 11-, no obstante reconoció que, en el marco de la actividad contractual, es posible que se desconozcan derechos colectivos.

*“En efecto, si bien en el campo de la actividad contractual del Estado puede encontrarse involucrado un derecho colectivo, ello no significa que la acción popular sea el mecanismo para estudiar la nulidad del contrato o el incumplimiento de sus obligaciones, pues la acción popular no reemplaza la acción de controversias contractuales que, precisamente, está instituida para obtener esas declaraciones y el resarcimiento patrimonial correspondiente.”*<sup>90</sup>

Sin embargo, ello no es óbice para que la protección de los derechos colectivos sólo se deba pretender a través de acciones tales como las controversias contractuales o en escenarios de arbitraje. De hecho así lo ha considerado el Consejo de Estado:

*“4.3.6. De otra parte, en relación con la posibilidad con que cuenta el juez, vía acción popular, de decretar la nulidad de un contrato estatal, esta misma Sección ha puntualizado:*

*... con los contratos también pueden amenazarse o vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos. Y también ha concluido que las acciones populares no pueden tener idéntico objeto procesal al de las acciones de controversias contractuales, precisión que no significa que las conductas de acción o de omisión en la actividad contractual no puedan ser la causa jurídica de amenaza o quebranto de los derechos e intereses colectivos; porque es bien distinto el objeto procesal de las acciones de controversias contractuales que siempre persiguen de alguna forma la satisfacción de derechos e intereses subjetivos.*

*Cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deban 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.”*<sup>91</sup>

En consecuencia, de conformidad con el inciso 2° del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, primero, no le corresponde al juez popular revisar la legalidad del contrato estatal, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos y, en consecuencia, dado el carácter principal de la acción popular, no puede subordinarse la procedencia de esta acción constitucional al ejercicio de las acciones ordinarias o al resultado del juicio de legalidad del contrato estatal, pues es ilegal e inconstitucional limitar

---

<sup>90</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “C”. Sentencia del 27 de abril de 2020. Rad. (00023-01AP). MP. Guillermo Sánchez Luque.

<sup>91</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. agosto 5 de 2004 Rad. (AP 518). MP. María Elena Giraldo.

las competencias del juez popular para adoptar medidas que crea necesarias para la protección de los derechos colectivos. Y, segundo, eventualmente pueden coincidir un análisis de la vulneración de los derechos colectivos con la validez del contrato estatal. Ello no debe implicar un vaciamiento de las competencias del juez popular para pronunciarse sobre las diversas afectaciones a los derechos colectivos, sino, una limitación a pronunciarse sobre la legalidad del contrato estatal y declarar su nulidad.

Sin embargo, en la sentencia objeto de tutela, el Consejo de Estado desconoció la naturaleza del proceso de la acción popular prevista en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, es decir, ignoró por completo el procedimiento establecido en materia de acción popular y la procedencia de indemnización de daños establecido en la Ley y precisado en la jurisprudencia contencioso administrativa. Según la sentencia objeto de tutela

*“89.- La acción popular no tiene una finalidad indemnizatoria; no es la acción procedente para reclamar los perjuicios, entendidos estos como el detrimento patrimonial causado como consecuencia de la acción de quien ha vulnerado un derecho. La jurisprudencia, de manera precisa, ha indicado que ‘una vez se produce el daño y se generan los perjuicios, lo que procede es adelantar la acción correspondiente para que se declare la responsabilidad y se disponga el pago de perjuicios’. Lo que puede perseguirse en la acción popular es el pago de una indemnización dirigida a restablecer el derecho colectivo vulnerado, cuando tal restablecimiento sea posible.”<sup>92</sup>*

Y a partir de dicha consideración, expuso **primero**, que respecto al pago de sobornos, en el laudo arbitral, luego de determinar las sumas que debían restituirse a la concesionaria, se descontaron todos los valores que no corresponden a inversiones en el contrato y que podrían estar vinculados a los actos de corrupción. Y **segundo**, sobre la adjudicación a la propuesta de mayor valor, que no existen pruebas que determinen que en la elaboración del pliego de condiciones se favoreció a la sociedad ganadora y que, en todo caso, el juez del contrato no basó su decisión en ello.

Al respecto, la valoración de los perjuicios realizada por el Tribunal Contencioso Administrativo no coincide con los efectos de la declaratoria de nulidad del contrato de concesión N° 001 de 2010. Por el contrario, su tasación es el resultado de la valoración que tienen los hechos de corrupción en los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público, a la libre competencia y a la eficiente prestación del servicio público de transporte, con independencia de establecer si dichos hechos delictivos afectan la validez jurídica del contrato estatal.<sup>93</sup> De hecho, así lo aclaró el Tribunal Contencioso Administrativo cuando afirmó que:

---

<sup>92</sup> Página 61 de la sentencia objeto de tutela.

<sup>93</sup> Página 341 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular. Los perjuicios fueron declarados por la violación de los derechos colectivos, particularmente (i) por los sobornos recibidos por los funcionarios públicos; (ii) por haberse elegido la oferta más costosa; (iii) por la atención prioritaria de la vía; (iv) por la estructuración de un nuevo proyecto; (v) por el rezago en el ritmo de inversión; (vi) por la mora en la entrega de la vía en un nivel 3G; y, (vii) por el aplazamiento en la reversión de la obra.

*“No está demás recordar que la reparación de los perjuicios a los que se refiere este capítulo, hace relación a los daños que se causan a la colectividad (se toma como parámetro el sector productivo) porque dada la magnitud del emprendimiento vial, las secuelas del daño se extienden al conjunto de la comunidad y, en este caso, pueden ser medidas gracias al auxilio del análisis económico que sirve de fundamento al cálculo hecho.*

*Podría aducirse que este tipo de daño mejor convendría reclamarlo a través de una acción de grupo, como perjuicio individualizado. Sin embargo, la noción que aquí se protege corresponde a la de la **colectividad**, y es el Estado quien por virtud de la ley tiene a su cargo la prestación de los servicios públicos, entre ellos el que se ve afectado por los actos de corrupción. En esa medida, será este, a través de la entidad pública no culpable que se designe, el que deberá continuar asegurando la prestación del servicio, porque bajo las presentes condiciones es el Estado el que obra como expresión de la comunidad organizada”*<sup>94</sup>

En este sentido, a pesar de que las consideraciones realizadas por el juez de primera instancia podrían reflejarse en el juzgamiento sobre la validez del contrato, el razonamiento estuvo encaminado a demostrar cómo los hechos de corrupción afectan los derechos colectivos. En este sentido, se evidencia que en la sentencia objeto de tutela, el Consejo de Estado desconoció que pueden concurrir las razones de violación a derechos colectivos y las razones para declarar la suspensión de los efectos de un contrato estatal y que, en este escenario, el juez popular tiene alternativas distintas a la de declarar la nulidad del contrato estatal, para la protección de los derechos colectivos. Una de estas alternativas es ordenar el pago de los perjuicios derivados de la vulneración a los derechos colectivos, en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998. Por tanto, el Consejo de Estado incurrió en un defecto procedimental absoluto al desconocer dicha función alternativa de la acción popular.

**(ii) En la acción popular el juez puede declarar los daños y perjuicios y calcular su reparación sin necesidad de acudir al incidente de liquidación de perjuicios para ello. Al desconocer esta regla, la sentencia objeto de tutela incurrió en un defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto**

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto ocurre cuando (a) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos; (b) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto; o (c) aplica rigurosamente el derecho procesal, pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales.<sup>95</sup>

La sentencia objeto de tutela expuso que, si el juez popular encuentra procedente la indemnización por perjuicios, la condena debe ser *in genere*, y, por tanto, los perjuicios

---

<sup>94</sup> Página 327 de la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

<sup>95</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-429 de 2011, T-398 de 2017 y T-367 de 2018.

deben liquidarse en el incidente previsto en la legislación procesal civil, por expresa disposición del artículo 34 de la Ley 472 de 1998.<sup>96</sup> Según el Consejo de Estado en la sentencia mencionada, a partir de la lectura de dicho artículo, no es posible entender el incidente de liquidación de perjuicios como una alternativa por la que deba optarse.<sup>97</sup> Por el contrario, *“es una norma que le ordena al juez tramitar el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C., que se justifica en la naturaleza propia de la acción popular, en el tipo de perjuicios que pueden reclamarse y en el carácter de la entidad acreedora de los mismos”*.<sup>98</sup> En consecuencia, si se encontraron perjuicios por la violación a derechos colectivos distintos a los generados como consecuencia de la anulación del contrato, el Tribunal Contencioso Administrativo debió disponer una condena *in genere* a favor de la entidad encargada de proteger el derecho.

En la sentencia C-215 de 1999, la Corte Constitucional estudió una acción pública de inconstitucionalidad contra dicha norma. Para el demandante, la norma era inconstitucional debido a que se requiere de un trámite incidental adicional para garantizar la protección de los derechos colectivos.<sup>99</sup> Sin embargo, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma debido a que *“es evidente que la brevedad de los términos establecidos por el legislador para dar trámite a las acciones populares, no permite la determinación concreta de los perjuicios causados por la violación de un derecho colectivo, por lo que resulta razonable remitir al trámite incidental, la fijación del monto de tal indemnización.”*<sup>100</sup>

Así, el incidente es un espacio que tiene la finalidad de obtener la liquidación de perjuicios reconocidos en la instancia correspondiente, sin que haya lugar a controvertir su causa o fundamento.<sup>101</sup> Por ello, en determinadas ocasiones, en virtud de los principios de economía procesal, celeridad y eficacia previstos en el artículo 5° de la Ley 472 de 1998, el Consejo de Estado ha liquidado directamente los perjuicios ocasionados por la violación de los derechos colectivos en la sentencia, sin necesidad que se agote el incidente de liquidación de perjuicios previsto en el orndeamiento procesal civil.

Por ejemplo, mediante la sentencia del 31 de mayo de 2002, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el marco de una acción popular promovida por la Contraloría General de la República y un ciudadano, resolvió declarar sin efecto la conciliación extrajudicial celebrada el 6 de noviembre de 1998 entre el Ministerio de Transporte y DRAGACOL, por considerar que con este acto se vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la protección al patrimonio público.<sup>102</sup> En consecuencia, le ordenó al Ministerio de Transporte continuar con los pagos originados en el acta de conciliación y, a su vez, le ordenó a DRAGACOL restituir al Ministerio de Transporte la suma de \$13.069.569.621,01 debidamente actualizada y, además, declaró

---

<sup>96</sup> Sentencia objeto de tutela. Página 64.

<sup>97</sup> Sentencia objeto de tutela. Página 65.

<sup>98</sup> Sentencia objeto de tutela. Página 65.

<sup>99</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999.

<sup>100</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999.

<sup>101</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2017. Rad. (00379-01). MP. Roberto Augusto Serrato Valdés.

<sup>102</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. (AP-300). MP. Ligia López Díaz.

solidariamente responsable a Mauricio Cárdenas Santamaría -Ministro de Transporte en ejercicio-.<sup>103</sup> Así, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, primero, ordenó la devolución de los dineros entregados por el Ministerio de Transporte en cumplimiento de una conciliación realizada en aspiraciones desmedidas y sin respaldo legal; y, además, liquidó las sumas pagadas en exceso y estudió los efectos del restablecimiento del equilibrio financiero en los contratos estatales que obraron dentro del proceso.<sup>104</sup>

A partir de lo anterior, la sentencia objeto de tutela incurre en un exceso ritual manifiesto, debido a que sólo permite que la liquidación de perjuicios se realice en el incidente previsto en el artículo 307 del CPC. No obstante, la norma debe leerse de manera sistemática con los principios previstos en el artículo 5° de la Ley 472 de 1998 respecto a economía procesal, celeridad y eficacia. En el desarrollo del proceso de acción popular en primera instancia, el Tribunal Contencioso Administrativo consideró pertinente solicitarle a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado -ANDJE- que conceptara sobre los eventuales perjuicios causados como consecuencia de los hechos de corrupción constatados en los procesos penales. Por ello, la ANDJE elaboró el concepto que fue discutido, valorado y controvertido por la totalidad de las partes del proceso. Además, todas aquellas objeciones presentadas por los demandados al concepto fueron consideradas y resueltas por el Tribunal Contencioso Administrativo. En este sentido, el procedimiento que se realiza en el marco del incidente de liquidación de perjuicios lo realizó el Tribunal Contencioso Administrativo en la adopción de la sentencia de primera instancia.

Con las consideraciones expuestas en la sentencia objeto de tutela, se observa que el esfuerzo procesal y dialógico llevados a cabo por las partes del proceso de acción popular y por el Tribunal Contencioso Administrativo son inanes debido a que estas mismas consideraciones deben ser expuestas en el incidente de liquidación de perjuicios. Sin embargo, dicha consideración conlleva la imposición de un exceso ritual manifiesto, debido a que, por el cumplimiento estricto e irracional de una norma legal, impidió que el juez que declaró el daño ordene su reparación y, en todo caso, dejó sin reparación los daños declarados como consecuencia de los hechos de corrupción.

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, primero, **no tuvo presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos**, debido a que, si de lo que se trata el incidente de liquidación de perjuicios es del cálculo de los montos por concepto de indemnización, este procedimiento fue previamente agotado por el Tribunal Contencioso Administrativo en la adopción de la sentencia; es decir, se cumplió con la finalidad prevista en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998. Segundo, **renunció conscientemente a la verdad jurídica objetiva de reparar los daños por hechos de corrupción** pese a que tenía el poder y los elementos en el caso concreto; pues a pesar de encontrar violados los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público, a la prestación eficiente del servicio público de transporte y a la libre competencia, expuso que sólo su cálculo debía ser *in genere* y, le

---

<sup>103</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. (AP-300). MP. Ligia López Díaz.

<sup>104</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 31 de mayo de 2002. Rad. (AP-300). MP. Ligia López Díaz.

cercenó al juez popular la competencia para ordenar indemnizaciones concretas en la sentencia o incluso para nombrar un nuevo perito o recalcular la liquidación, como si ya no hubiera posibilidad de liquidar la indemnización y, por tanto, dejó sin reparación alguna la violación de derechos colectivos y liberados a los demandados responsables de las violaciones a los derechos colectivos. Y, por tanto, tercero, **al aplicar rigurosamente el derecho procesal**, desconoció el derecho fundamental al debido proceso, pues consideró que, si eventualmente la acción popular tiene connotaciones indemnizatorias, estas deben ser discutidas en el escenario de liquidación de perjuicios, cuando, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la sentencia de acción popular es posible declarar la violación a los derechos colectivos y ordenar la correspondiente indemnización de los perjuicios causados por dicha violación.

En consecuencia, si bien es cierto que el inciso 2° del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 prevé que la condena se realizará *in genere*, ello no impide que el juez popular, si así lo permite el material probatorio, pueda declarar la violación de los derechos colectivos, ordenar la indemnización y liquidar el pago por los perjuicios causados sin la necesidad de agotar el incidente de liquidación de perjuicios previsto en la legislación procesal civil.

## **2.2. En la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se configuró el defecto sustantivo**

### **a. Caracterización del defecto sustantivo**

El defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de una acción de tutela en contra de una providencia judicial se produce, entre otros eventos, en dos circunstancias que consideramos aplicables al caso estudiado en la presente demanda. En primer lugar, cuando *“la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática”*<sup>105</sup>. Y, en segundo lugar, por una interpretación irrazonable, cuando una autoridad judicial *“confiere a una disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad (...) contraviene postulados de rango constitucional o (...) conduce a resultados desproporcionados.”*<sup>106</sup> Sobre esta última hipótesis, la Corte ha explicado que su incidencia es mayor debido a que se dejan de tomar en cuenta contenidos superiores que a la luz del caso concreto debían haber guiado ese proceso y condicionado su resultado.<sup>107</sup> Así entendida, esta última hipótesis del defecto sustantivo está íntimamente ligada al principio constitucional de interpretación conforme, según el cual la totalidad de los preceptos jurídicos deben encontrarse en armonía con las disposiciones constitucionales, pues *“toda interpretación jurídica debe arrojar un resultado que no solo no debe ser contrario, ni solamente permitido, sino más allá debe ser ajustado a la Constitución Política.”*

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-065 de 2015.

<sup>106</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1095 de 2012 y SU-210 de 2017.

<sup>107</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-191 de 2009 y SU-210 de 2017.

**b. Configuración del defecto sustantivo en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

En este caso, el defecto sustantivo se configura por desconocimiento del artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, del artículo 24.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del artículo 90 de la Constitución Política, del artículo 103 del CPACA, y del artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

**(i) Por desconocimiento del artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)**

En este caso, este defecto se configura por cuanto el Consejo de Estado omitió aplicar el artículo 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada por la Ley 970 de 2005<sup>108</sup>. Ese artículo dispone que:

“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios **a fin de obtener indemnización.**” (Subrayas por fuera del texto original)

De acuerdo con esta disposición normativa, la finalidad de las acciones que permiten el acceso a la justicia de las víctimas de la corrupción no sólo es lograr el reconocimiento de la existencia de un daño, sino también garantizar su reparación, como quiera que hay víctimas diferentes que sufren el perjuicio. Al sufrir estas víctimas un daño, que no es otra cosa que la afectación al goce de un derecho<sup>109</sup> -derechos colectivos en este caso-, no es posible que dicha limitación al goce permanezca lesionada. En este sentido, no basta con que existan normas penales o contractuales o incluso decisiones que reconozcan o declaren la existencia del perjuicio ni que la sociedad pueda iniciar acciones legales para controvertir supuestos actos de corrupción, sino que además se requiere que frente al daño a los derechos colectivos, se decreten y obtengan indemnizaciones diferenciadas. Lo anterior, pues a las víctimas que sufren la vulneración de sus derechos, colectivos o individuales, no les basta la declaratoria de existencia de la vulneración y su consecuente perjuicio, sino que requieren de un

---

<sup>108</sup> Cabe anotar que los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969) deberán promover la reparación a víctimas de la corrupción desde un enfoque de Derechos Humanos, en aplicación de la Resolución 1/18 de la CIDH, OEA. Ver también en este sentido Corrupción y Derechos Humanos: Estándares interamericanos disponible en el siguiente enlace. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

<sup>109</sup> Henao, J.C. 2015. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de derecho Privado*. 28 (jun. 2015), 277–366. DOI:<https://doi.org/10.18601/01234366.n28.10>.

restablecimiento integral que incluye reparaciones, restituciones e indemnizaciones. Lo contrario sería reconocer que existen acciones jurídicas para proteger derechos que no cumplen su cometido sino de forma parcial.

Al respecto, es válido anotar que entre las mejores prácticas para identificar los tipos de víctimas de la corrupción, en aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, se reconoce como recomendable *“la disponibilidad, en la legislación nacional, de una amplia gama de opciones para solicitar indemnización, pues ello facilita que el Estado, los particulares y las entidades privadas puedan pedir resarcimiento por el perjuicio sufrido como consecuencia de un acto de corrupción”*<sup>110</sup>. En Colombia, esta gama de opciones que permite la indemnización integral se canaliza al menos a través de las acciones civil, penal, contencioso-administrativas y popular. Los distintos daños derivados de actos de corrupción, siempre que sean ciertos, directos y distintos, podrán ser reparados en Colombia mediante cada uno de estos medios de control, con el objeto de restablecer los derechos conculcados y así propender hacia la restauración del goce jurídico afectado.

No obstante, es importante tener el cuidado de no caer en doble reparación de un mismo perjuicio. Por esta razón, es legítima la preocupación de evitar reparar perjuicios derivados del incumplimiento o nulidad del contrato a través de la acción popular, ya que esta se establece para proteger y garantizar derechos colectivos, por oposición a los derechos subjetivos involucrados en el contrato.

El artículo 35 de la CNUCC es claramente aplicable al caso concreto, por cuanto la acción popular que dio origen a la providencia atacada pretendía lograr la reparación del daño colectivo ocasionado por hechos de corrupción. En la primera instancia de esta acción, el Tribunal había reconocido el daño y ordenado la reparación de perjuicios. Sin embargo, el Consejo de Estado, a pesar de reconocer la violación de cuatro derechos colectivos por actos de corrupción, a excepción de las órdenes del Tribunal que quedaron en firme para restablecer la moralidad administrativa, no dictó órdenes tendientes a su reparación.

Esta situación presenta una incongruencia y una falta de aplicación tanto del artículo 35 de la CNUCC, como de los principios generales del derecho, según los cuales cuando se reconoce un daño se debe proceder a su indemnización. En este caso, al reconocer que efectivamente hubo una afectación a derechos colectivos por los actos de corrupción que fueron probados dentro del proceso, el Consejo de Estado se encontraba también en la obligación de reparar esos daños. Más aún teniendo en cuenta que el daño colectivo derivado de la corrupción de estas personas jurídicas no es reparable por ningún otro mecanismo legal diferente al de la acción popular.

En efecto, aún cuando es posible que se dicten nuevas decisiones sobre estos mismos hechos éstas serán producto de acciones de controversias contractuales en las que se persiga la reparación de perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales, más no la reparación

---

<sup>110</sup> CNUCC, Mejores Prácticas en materia de identificación e indemnización de todos los tipos de víctimas de conformidad con la Convención y dificultades relacionadas con los terceros y su efecto en la recuperación de activos de conformidad con el capítulo V. CAC/COSP/WG.2/2019/5  
<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2019-May-29-30/V1901856s.pdf>



del daño al derecho colectivo. La distinción entre estos dos tipos de daño es esencial, pues solo comprendiéndola es claro que el Consejo de Estado dejó a la sociedad sin la posibilidad de ser reparada por el perjuicio colectivo sufrido.

Sobre la distinción entre los distintos tipos de daños que produce la corrupción, el Banco Mundial conceptuó en un informe del año 2023:

“La corrupción puede tener efectos intangibles que van más allá de las pérdidas económicas. Estos efectos pueden incluir el no disfrute de derechos socioeconómicos básicos, como el acceso a la educación y la atención sanitaria. La corrupción puede tener importantes repercusiones no monetarias que están estrechamente relacionadas con el papel del Estado. Estos impactos incluyen el debilitamiento de las instituciones, la pérdida de legitimidad y la disminución de la capacidad de los organismos públicos para cumplir sus mandatos, como proporcionar una justicia imparcial, evitar la impunidad y mantener los sistemas electorales”<sup>111</sup>.

En el mismo sentido, la OECD y el Banco Mundial hicieron un estudio sobre identificación y valoración de las utilidades derivadas de sobornos, en el cual establecen la diferencia entre estas utilidades, que se persiguen para efectos de multas y restituciones contractuales, y la indemnización de perjuicios a las víctimas. Al respecto, establecen que muchas jurisdicciones consideran los hechos y las circunstancias para evitar duplicaciones, e incluso aplican, contrario a lo resuelto en nuestro caso, *“el principio de primero compensar a las víctimas directamente (...), y luego sí considerar otras reparaciones”*<sup>112</sup>.

Como se observa, uno es el perjuicio económico derivado de los incumplimientos contractuales resultantes de actos corruptos, que afectan derechos individuales, y otros los daños que se generan a la sociedad, por la vulneración a los derechos colectivos. En nuestro caso, la colectividad sufrió afectaciones en su economía, en el deficiente acceso a los servicios públicos, en la libre competencia económica, en la desprotección al cuidado del patrimonio público o en el debilitamiento de las instituciones y su pérdida de legitimidad, reconocidos todos como vulneraciones en la sentencia del Consejo de Estado, pero sin aceptación de su reparación como perjuicios ciertos e independientes<sup>113</sup>.

Lo que sí resulta en violación del principio de reparación integral del daño es dejar sin indemnizar la vulneración de este derecho colectivo, so pretexto de delimitar los perjuicios que cause su vulneración con otros perjuicios que se causen simultáneamente (como los contractuales en este caso). Tampoco se puede denegar el derecho a su indemnización,

---

<sup>111</sup> [https://star.worldbank.org/sites/default/files/2023-11/Victims-report-05\\_0.pdf](https://star.worldbank.org/sites/default/files/2023-11/Victims-report-05_0.pdf)

<sup>112</sup> OECD, The World Bank (2012), Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: Revised Ed, pgs 23-24. Disponible en: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/identification-and-quantification-of-the-proceeds-of-bribery\\_9789264174801-en# p26](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/identification-and-quantification-of-the-proceeds-of-bribery_9789264174801-en# p26)

<sup>113</sup> Sobre este concepto, la Corte constitucional en sentencia C-046 de 1994 ha dicho que *“en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”*

alegando la dificultad en valorar los perjuicios, pues es función del juez establecer la forma pertinente de valoración del perjuicio colectivo.

No obstante, se reitera, no hubo en esencia actos tendientes a la reparación del perjuicio colectivo, pues más allá de que se reconociera la existencia de un daño a la moralidad administrativa, a la defensa al patrimonio público, al acceso a servicios públicos y a la libre competencia, y permanecieran algunas órdenes de hacer que parcialmente conjuraban la vulneración a la moralidad administrativa, se rechazó la totalidad de las indemnizaciones propuestas y no se dictaron órdenes para restablecer los derechos colectivos conculcados. Además, se insiste, estas órdenes no podrán ser dictadas tampoco en el marco de ningún otro proceso, pues la única acción legal destinada a proteger los intereses colectivos generados por estas personas jurídicas es la acción popular.

## **(ii) Por desconocimiento del artículo 24.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

La sentencia que se ataca por medio de esta acción de tutela contra providencia judicial también desconoció el artículo 24.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por la Ley 800 del 2003. Este artículo dispone que *“Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución”*.

En Colombia, el mecanismo a través del cual las víctimas de la corrupción, que han visto vulnerados sus derechos colectivos, pueden buscar la protección a sus derechos colectivos y eventual restablecimiento del derecho es la acción popular. Por medio de esta, la sociedad puede alegar la vulneración a derechos como la moralidad administrativa, al patrimonio público, a la correcta prestación de servicios públicos, entre otros, así como pretender el restablecimiento de los derechos afectados.

No obstante, en la decisión adoptada por el Consejo de Estado, a pesar de confirmarse violaciones a derechos colectivos, se omitió ordenar medidas tendientes al restablecimiento de los derechos colectivos de la sociedad como víctima del fenómeno de la corrupción. Así, el máximo Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa impidió la indemnización y restitución de las víctimas de delitos de corrupción (Art. 8, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional), contrario a lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En el mismo sentido, se han desconocido otros conjuntos normativos de *softlaw*, como la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder aprobada por Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 que reconoce desde su primera disposición que las víctimas de delitos y abusos de poder, como lo es la corrupción, pueden ser individuales o colectivas. Así lo consigna la mencionada declaración:

*“1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”<sup>114</sup>.*

“Resarcimiento” es la palabra que utiliza la anterior declaración de Naciones Unidas para indicar el imperativo de la reparación tanto para colectividades como para personas individuales. Y esto fue lo que hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien, para abundar en ejemplos de perjuicios colectivos dejados sin reparar, identificó y evaluó el impacto y daño colectivo sufrido por dejar de tener acceso a un servicio público de transporte eficiente y oportuno al valorar el rezago en el proyecto de infraestructura derivado de los actos corruptos mediante el concepto de encadenamiento hacia adelante, siendo la infraestructura vial componente del servicio público de transporte público e insumo de los procesos productivos<sup>115</sup>. Con base en este concepto, el Tribunal midió el efecto negativo en la economía cuando se deja de invertir en infraestructura, volviéndola deficiente y encareciendo costos de manufactura y comercialización de los productos a través de un coeficiente de 1.13 pesos aplicables durante el periodo de suspensión imputable a las demandadas.

Esta reparación del daño causado a la sociedad es distinta del daño contractual subjetivo y amerita indemnización, en el marco de la reparación integral del daño causado por la corrupción. Así las cosas, y encontrándonos frente a unos actos de corrupción que además configuran delito y abuso de poder, se impone su reparación tanto individual como colectiva.

### **(iii) Por desconocimiento del artículo 90 de la Constitución Política**

La sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado también desconoció el artículo 90 de la Constitución Política, que dispone: *“El Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*. Esta norma constitucional establece la responsabilidad patrimonial del Estado como quiera que, por causa de su comportamiento, se produzcan perjuicios que las víctimas, individuales o colectivas, no están obligadas a soportar.

En el caso en concreto, como fruto de un pacto ilícito entre el sector privado y el sector público, se preparó y realizó una adjudicación amañada que terminó violentando varios derechos de la colectividad. La participación de varios funcionarios públicos en ejercicio de

---

<sup>114</sup> Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34 y disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>

<sup>115</sup> Ver numeral 8.2.4 de la Sentencia del 6 de diciembre de 2018 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demandado Concesionaria Ruta del Sol II S.A.S., providencia que a su vez cita un documento del Centro de Investigación Económica y Social Fedesarrollo, Informe Mensual No. 179. 12 de octubre de 2017. Página 7 y siguientes

sus funciones en estos hechos corruptos, bajo una relación de causalidad directa comporta una conducta imputable al Estado, a través de sus autoridades públicas, luego el Estado debe ser patrimonialmente responsable frente a quienes hayan sido perjudicados y no estén obligados a soportarlo. Es así que se impone la obligación de restablecer a la colectividad los derechos conculcados.

Podrá el Estado exigirle a sus propios funcionarios que incurrieron en culpa grave o dolo y a las personas naturales y jurídicas involucradas, que concurran con dicho restablecimiento en la medida de su participación; pero, de cara a las víctimas, que en este caso son colectivas, debe responder patrimonialmente en su integralidad, so pena de desconocer la disposición constitucional. Y no podría pensarse que al reparar contractual o extracontractualmente los perjuicios se están restableciendo los derechos colectivos y restituyendo a las víctimas, porque se trata de víctimas diferentes y lesiones separadas. Las víctimas colectivas han sufrido el daño de forma indivisible, tanto desde la perspectiva moral o extrapatrimonial, como desde el ángulo patrimonial, y así deben ser restituidas a la situación en que se encontraban antes de que sucedieran los actos corruptos, a fin de que puedan seguir gozando de los respectivos derechos colectivos sin menoscabo alguno.

#### ***(iv) Por desconocimiento del artículo 103 del CPACA***

La sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado también desconoció el artículo 103 del CPACA que dispone que *“Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”*. De esta disposición normativa se desprende que los procesos judiciales de carácter administrativo -como lo son las acciones populares- tienen el objetivo de hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución Política y en la Ley.

En consecuencia, el proceso mismo debe concebirse en función de la materialización y protección de derechos específicos. No obstante, en este caso, como ha sido descrito anteriormente, el Consejo de Estado omitió ordenar las reparaciones de los daños derivados de las vulneraciones probadas a derechos colectivos. Con esta decisión, esta corporación vuelve inane la acción popular y deja sin consecuencia alguna la declaración de vulneración de derechos colectivos.

En efecto, en un proceso en el que se declara la vulneración de un derecho colectivo, pero en el que no se deriva ninguna consecuencia de esa declaración, no se están haciendo efectivos los derechos constitucionales y legales. Por el contrario, se están agotando las vías procesales, con efectos además de cosa juzgada, sin que se logre una materialización legal de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico. Además, se terminan cercenando las competencias de los jueces populares de dictar decisiones *ultra y extra petita*<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-176 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

### **(v) Por el desconocimiento del artículo 34 de la Ley 472 de 1998**

Otra de las situaciones que da lugar a la configuración del defecto sustantivo es que el Consejo de Estado (i) partió de una premisa normativa equivocada, consistente en que el juez popular no está habilitado legalmente para adoptar medidas de restablecimiento de los derechos colectivos conculcados mediante indemnizaciones y liquidaciones de perjuicios..

El defecto sustantivo denunciado radica en el anterior planteamiento del Consejo de Estado, comoquiera que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 establece, muy por el contrario a lo manifestado por la alta corporación, que la sentencia de acción popular puede contener órdenes de hacer o de no hacer, así como condenas de perjuicios “... *cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo*”. Dicho de otro modo, el Consejo de Estado fundamentó su decisión en una norma inexistente, toda vez que el artículo 34 de la Ley 472 no establece ni por asomo una limitación a las decisiones de restablecimiento de los derechos colectivos que pueden ser adoptadas en el marco de una acción popular cuando, como en el presente caso, se comprueba una vulneración de derechos colectivos. Por tal razón, en este caso, se desconoció el artículo 34 de la citada ley, pues a pesar de haberse reconocido la vulneración a los derechos colectivos no se ordenó su restablecimiento integral.

No hace sentido el planteamiento adoptado por el Consejo de Estado para revocar el pago de la condena que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca impuso en primera instancia; máxime si tenemos en cuenta —importa destacar, incluso a riesgo de repetición— que el propio Consejo de Estado ratificó en la sentencia la vulneración a varios derechos colectivos.

En esa medida, resulta palmaria la configuración de un defecto sustantivo en el presente asunto, comoquiera que el Consejo de Estado (i) consideró equivocadamente que el juez popular no está habilitado legalmente para adoptar medidas de liquidación de perjuicios para hacer frente a los daños y vulneraciones de los derechos colectivos; e, (ii) incurrió en una contradicción al confirmar la declaración de la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, absteniéndose en todo caso de condenar a los demandados al pago de los perjuicios derivados de dicha vulneración.

### **2.3. En la sentencia del 27 de julio de 2023, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se configuró el defecto fáctico**

#### **a. Caracterización del defecto fáctico**

El defecto fáctico se presenta cuando la decisión que se impugna carece de apoyo probatorio que permita aplicar la norma, o normas, en que se sustenta la decisión<sup>117</sup>. Esto ocurre cuando: (i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el

---

<sup>117</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-041 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C-590 de 2005. M.P. Jorge Córdoba Triviño.

proceso, (ii) se verifica una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas o, (iii) no se valora en su integridad el material probatorio<sup>118</sup>. Este defecto cuenta con dos dimensiones: una positiva y una negativa. La **positiva** se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “completo equivocada”, o fundamenta una decisión en una prueba no apta para ello. Eso sucede cuando: a) se distorsiona, cercena o adiciona la información suministrada por las pruebas; b) el juez valora inadecuadamente las pruebas, ya que se aparta de los criterios técnico-científicos o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, es decir, no aplica los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria. La dimensión **negativa** se presenta cuando el juez omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna<sup>119</sup>.

#### **b. Configuración del defecto fáctico en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

En el presente caso se configura el defecto fáctico en ambas dimensiones porque la Sección Tercera del Consejo de Estado valoró inadecuadamente algunas pruebas del expediente (dimensión positiva) y omitió la valoración de algunas otras que eran parte del acervo probatorio (dimensión negativa). La configuración de este defecto se estudia analizando cada uno de los derechos colectivos declarados como vulnerados por el Tribunal y para los cuales se adoptaron medidas tendientes a su restablecimiento. Se excluye de este análisis el derecho colectivo a la moralidad administrativa, por cuanto tanto la declaración de vulneración como la orden de restablecimiento fueron confirmadas por el Consejo de Estado.

##### **(i) Derecho colectivo a la defensa al patrimonio público**

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca encontró violado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público que *“tiene como propósito, de un lado, prevenir y combatir el detrimento del patrimonio público; y, por otro, su administración eficiente y responsable”*<sup>120</sup>. Según el criterio del Tribunal este derecho colectivo fue vulnerado por al menos tres razones.

Primero, porque hubo una adjudicación irregular del contrato que fue a todas luces contraria a la protección del patrimonio público, pues resultó en gastos muy superiores a lo que debieran haber sido. Segundo, puesto que en el proceso se demostró que hubo un pago de sobornos que, según el Tribunal, tuvieron que ser asumidos por el patrimonio público, pues así lo reconocieron públicamente los representantes de las partes involucradas en el

<sup>118</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-041 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>119</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-041 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-459 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos; SU-172 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>120</sup> Sentencia del Tribunal en Primera Instancia.

pacto ilegal (además de que quedó probado en el laudo arbitral), así como porque *“las reglas de la experiencia judicial [que] indican que los sobornos pagados a funcionarios públicos en esta clase de casos se imputan a los costos de la obra cuya adjudicación se obtiene de forma irregular”*<sup>121</sup>. Tercero, porque los actos de corrupción generaron un retraso significativo en la fecha de reversión del contrato, lo que implica que el Estado se demorará más en recibir beneficios económicos por la obra adelantada.

Respecto a los sobornos, el Tribunal valoró los testimonios de Luiz Antonio Bueno Junior y Jose Elías Melo, concluyendo que las sumas de dinero por concepto de sobornos fueron imputadas a la obra mediante prestación de servicios simulados por un valor total probado de 11.1 M de USD distribuidos así: (i) 6.5 M de USD que confesó el viceministro García haber recibido, (ii) 4.6 M de USD que confesó haber recibido Otto Bula. Por otra parte, para determinar los perjuicios derivados del aplazamiento de la reversión el Tribunal consideró el tiempo de aplazamiento y la utilidad que se esperaba del contrato. En efecto, el Tribunal desarrolló una fórmula con estas variables para calcular el valor del perjuicio.

Como consecuencia de esta vulneración al derecho colectivo al patrimonio público el Tribunal condenó al pago de: \$35.100.000.000 por concepto de los perjuicios ocasionados por los sobornos pagados, por haberse adjudicado el contrato a la oferta más costosa equivalentes a la suma de \$128.042.783.145,20 y por la ampliación en el plazo de reversión de la obra equivalentes a la suma de \$44.337.487.265,56 .

En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó -mediante numeral tercero de la sentencia- la declaración de responsabilidad por la vulneración al derecho a la defensa del patrimonio público respecto a la sociedad CSS Constructores S.A. No obstante, no revocó esa declaración respecto a los demás responsables, con lo que quedó **confirmada la vulneración al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público** derivada de actos de corrupción de: las sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., y Agencia Nacional de Infraestructura; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Rocha Soares.

Aun así, mediante el numeral primero de su sentencia el Consejo de Estado revocó la orden tendiente al restablecimiento de este derecho colectivo, con lo cual dejó un derecho vulnerado sin restablecer. Según el Consejo de Estado, el restablecimiento de este derecho no procedía mediante la orden impartida por el Tribunal, pues estos no eran daños al interés colectivo, sino que se trataba de perjuicios derivados de la nulidad del Contrato.

---

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal en Primera Instancia.

Esta valoración probatoria del Consejo de Estado no parece tan natural. Lo que se observa, es que se trata de una situación atípica contraria al ordenamiento jurídico que sí termina siendo lesiva al patrimonio público y a su protección, como lo explicó el Tribunal en la primera instancia. En ese sentido, no pareciera que la argumentación del Consejo de Estado fuere suficiente para revocar la orden de restablecimiento del derecho a través del pago de perjuicios o para ignorar pruebas practicadas que daban cuenta de los perjuicios ocasionados.

En este caso, el Tribunal haciendo uso de su arbitrio judicial, de las pruebas y de su experiencia, explicó específicamente cómo el pago de sobornos terminaba siendo asumido por el patrimonio público, por lo cual se trataba de un perjuicio derivado de la vulneración a ese derecho colectivo. Los sobornos deberían ser analizados no sólo en términos contractuales, sino como hechos generadores de violaciones a derechos colectivos y el Consejo de Estado ha debido valorar las pruebas prácticas sobre este aspecto.

En adición a lo anterior, en sus considerandos, el Consejo de Estado explicó que:

“En relación con la adjudicación a la propuesta de <<menor valor>>, se trata de un perjuicio consecuencial a la anulación del Contrato y en este caso: (i) el juez de la acción popular, sin sustentar su decisión, afirmó que el pliego de condiciones se hizo para favorecer a la Concesionaria contratante, y concluyó que el Contrato se había adjudicado a la propuesta de mayor valor, sin tener en cuenta –conforme con el pliego– cómo debía en realidad adjudicarse el contrato en el aspecto relativo al valor de las ofertas<sup>49</sup>; (ii) por el contrario, el juez del Contrato no fundó su anulación en la indebida adjudicación ni consideró que se hubiera estructurado un pliego para favorecer la Concesionaria o que se hubiesen rechazado indebidamente las propuestas de los demás participantes en la licitación”<sup>122</sup>.

Frente a este argumento del Consejo de Estado, vale la pena mencionar que el juez popular no emitió una decisión sin sustento. La conclusión de que el pliego de condiciones se hizo para favorecer a la Concesionaria contratante provino de la valoración del juez de primera instancia de pruebas practicadas como: (i) los Fundamentos Fácticos de la Imputación<sup>123</sup> del señor Gabriel Ignacio García Morales en los cuales éste, según el Tribunal, aceptó de manera libre, consciente y voluntaria haber recibido un soborno para influir en la

---

<sup>122</sup> Sentencia objeto de tutela.

<sup>123</sup> “en los 27’40’’ hasta 1h 13’20’’, aproximadamente; el fundamento probatorio de la imputación en 1h 13’20’’ hasta 1h 20’, aproximadamente; imputación de los delitos en 1h 20’ hasta 1h 57’; el juez pone en conocimiento los hechos e imputaciones y el indiciado señala que entiende las imputaciones en 2h 37’50’’ hasta 2h’39’, aproximadamente; y aceptación de los cargos formulados en 3h 13’54’’. Sentencia del Tribunal.



elaboración de los pliegos de condiciones; (ii) la Resolución No. 67837 de 13 de septiembre de 2018 “por medio del cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos” de la Superintendencia de Industria y Comercio en la que según el Tribunal se establecía preliminarmente que desde el año 2008 *“se desplegaron acciones con miras a obtener de manera irregular la adjudicación de dicho contrato y dejar por fuera a cualquier otro proponente que pudiera cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y, de esta forma, obtener la adjudicación al precio más cercano al presupuesto oficial para tal fin, lo que constituye una forma adicional de exponer (situación de amenaza) al patrimonio público de la Nación”*<sup>124</sup>, entre otros.

Adicionalmente, el Consejo de Estado en segunda instancia solicitó que se tuviera como prueba el laudo arbitral proferido en agosto de 2019 para dirimir las controversias surgidas entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la ANI, pero no lo tuvo en cuenta en su totalidad como elemento probatorio, que contribuye a definir el daño causado al derecho colectivo a la protección del patrimonio público. Este laudo dejó muy claro que el valor del contrato de Concesión no era un precio de mercado sino que resultaba indispensable para cubrir los intereses privados que motivaron el pacto ilícito, razón por la cual el valor terminó afectando la protección del patrimonio público cuyo centro es propender porque se pague el justo precio en franca lid, evitar el pago de excedentes no competitivos que en este caso estaban representados en los sobornos. Así lo dice en varios apartes la decisión arbitral, como en el siguiente caso:

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

No obstante lo anterior, y una vez acreditado que el precio del contrato de concesión adjudicado era el fruto de arreglos ilegales previos, la Sección Tercera del Consejo de Estado desconoció que los excedentes pagados en el precio son un daño para la colectividad, alegando que el pliego no se estructuró para favorecer a la Concesionaria y para perjudicar a los otros dos interesados que fueron uno inadmitido y otro rechazado y que el Tribunal no sustentó su decisión de valorar el perjuicio colectivo con base en los mayores valores pagados. Así justificó su inexplicable posición la Sección Tercera del Consejo de Estado:

*“94.2.- En relación con la adjudicación a la propuesta de <<menor valor>>, se trata de un perjuicio consecuencial a la anulación del Contrato y en este caso: (i) el juez de la acción popular, sin sustentar su decisión, afirmó que el pliego de condiciones se hizo para favorecer a la Concesionaria contratante, y concluyó que*

---

<sup>124</sup> Sentencia del Tribunal.

*el Contrato se había adjudicado a la propuesta de mayor valor, sin tener en cuenta –conforme con el pliego– cómo debía en realidad adjudicarse el contrato en el aspecto relativo al valor de las ofertas<sup>49</sup>; (ii) por el contrario, el juez del Contrato no fundó su anulación en la indebida adjudicación ni consideró que se hubiera estructurado un pliego para favorecer la Concesionaria o que se hubiesen rechazado indebidamente las propuestas de los demás participantes en la licitación.”<sup>125</sup> (subrayado fuera del texto)*

No es posible que el juez reconozca que la prueba consistente en el laudo arbitral declare el precio de la Concesión amañado, sin aceptar que dicha irregularidad afecte el derecho de la comunidad a proteger nuestro patrimonio, daño que a su vez se podría valorar con base en la desestimación de los otros dos competidores que fueron excluidos de la licitación porque precisamente estaba amañada previamente en su precio y condiciones.

Lo anterior demuestra que la decisión del Tribunal no fue de ningún modo carente de sustento probatorio. Por el contrario, esa corporación encontró probado el hecho de haberse creado un pliego de condiciones para favorecer a un único proponente, con lo cual se vulneró el derecho colectivo al patrimonio público y se generaron unos perjuicios. Asimismo, el Consejo de Estado estudió otras pruebas que también daban cuenta de que el pliego de condiciones había sido elaborado a la medida. No obstante en la decisión reprochada el Consejo de Estado omitió valorar los elementos probatorios practicados y valorados por el Tribunal y valoró equivocadamente el laudo arbitral de agosto de 2019 incurriendo en un defecto fáctico.

En cualquier caso, se insiste en que la Sección Tercera del Consejo de Estado hubiese podido valorar las pruebas practicadas en primera instancia de una manera distinta, que igual hubiese dado lugar al restablecimiento de los derechos colectivos. En ese escenario, hubiese podido condenar in genere y reevaluar los perjuicios causados a través de un incidente. Pero en ningún caso hacer lo que hizo, dejar sin restablecer los derechos que reconoció conculcados.

<b>Derecho colectivo a la defensa del patrimonio público</b>			
<b>Decisión TAC (1ra instancia)</b>	<b>Decisión C.E. (2da instancia)</b>	<b>Restablecimiento ordenada por el TAC</b>	<b>Desconocimiento del C.E. (concretar que pruebas desconoció)</b>
Cuarto.- Decláranse responsables, debido a la comisión	Revocado mediante numeral tercero de la sentencia en relación con las	Perjuicios por la ampliación en el plazo de reversión de la obra	Revoca la orden de restablecimiento desconociendo o valorando

<sup>125</sup> Sentencia objeto de tutela.

<p>de actos de corrupción que dieron lugar a la vulneración de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público; al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y a la libre competencia económica a las siguientes personas jurídicas: sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., CSS Constructores S.A. (está última no por la comisión de actos de corrupción, pero sí en virtud de la responsabilidad solidaria de que trata el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1991, igual que las anteriores) y Agencia Nacional de Infraestructura; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto</p>	<p>declaraciones de responsabilidad contra CSS Constructores S.A. por la vulneración al derecho a la defensa del patrimonio público. Lo que quiere decir que el Consejo de Estado <b>confirmó la responsabilidad y la vulneración al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público</b> derivada de actos de corrupción de: sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Construtora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., y Agencia Nacional de Infraestructura; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Rocha Soares.</p>	<p>equivalentes a la suma de \$44.337.487.265,56</p> <p>Perjuicios por los sobornos pagados equivalentes a la suma de \$35.100.000.000</p>	<p>equivocadamente: el testimonio de Luiz Antonio Bueno Junior, el testimonio de José Elías Melo, los fundamentos fácticos de la imputación de Gabriel Ignacio García Morales y la Resolución No. 67837 de 2018 emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio.</p>
--	---	--	--

Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares.			
--	--	--	--

**(ii) Derechos colectivos al acceso a los servicios públicos -a que su prestación sea eficiente y oportuna- y a la libre competencia**

En su sentencia de primera instancia el Tribunal también reconoció la violación al derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. Esta violación, en criterio del Tribunal proviene de que los actos de corrupción probados postergaron la posibilidad de disfrute de una vía que iba a conectar la Costa Atlántica del país con el interior. Esta situación a su vez afectó el derecho colectivo a la correcta prestación del servicio público de transporte de las personas que eventualmente habrían utilizado la vía y en el nivel macroeconómico del conjunto de la actividad productiva.

De acuerdo con el Tribunal la violación a este derecho colectivo derivaba de que los actos de corrupción: (i) implicaron un retraso respecto al acceso de la prestación de servicio de transporte a través de la infraestructura esperada, lo cual repercute en la eficiencia de prestación del servicio público y (ii) supusieron la prestación del servicio público en condiciones o características inferiores a las previstas, es decir, a través de unas vías que no tienen el nivel de 3G.

Como consecuencia de la declaración de la vulneración de este derecho el Tribunal condenó al pago de perjuicios por rezagos en el ritmo de inversión equivalentes a la suma de \$87.329.454.951,74, por la atención prioritaria de la vía equivalentes a la suma de \$90.000.000.000 y por la estructuración de un nuevo proyecto equivalentes a la suma de \$5.485.000.000.

Para calcular estos montos el Tribunal se basó entre otros en: el Informe de No. 179 de Coyuntura Económica de Fedesarrollo (sobre los efectos económicos del rezago en la implementación de infraestructura vial); el Oficio No. 18902 del 4 de mayo de 2018 elaborado por el INVIAS que daba cuenta de los gastos de operación y mantenimiento que fueron agravados por las suspensiones del contrato ocasionadas por actos de corrupción; y en variables como el tiempo de desfase en la entrega de la obra y el promedio mensual de recaudos por peajes que fueron necesarias para calcular *“el periodo de desfase en perjuicio de los usuarios, esto es, el lapso en el que los usuarios debieron comenzar a disfrutar de*

*una vía 3G, pero no lo hicieron debido a los retrasos originados en los hechos de corrupción”.*

En la segunda instancia, mediante numeral segundo de la sentencia, el Consejo de Estado revocó parcialmente la declaratoria de responsabilidad por la vulneración de derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la libre competencia económica, **salvo** en relación con la ANI, Gabriel Ignacio García Morales y Otto Nicolás Bula Bula, porque esas decisiones no fueron apeladas. Esto quiere decir que el Consejo de Estado **confirmó la vulneración a los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la libre competencia económica** derivada de actos de corrupción cometidos por parte de los mencionados sujetos.

A pesar de lo anterior, en su parte motiva el Consejo de Estado consideró que *“la invocación de la violación del derecho a la libre competencia y el derecho a la prestación de los servicios públicos solo sirvió para hacer pronunciamientos relativos a la causales de nulidad del Contrato y a los perjuicios derivados de la no ejecución del proyecto, que no eran de la competencia del juez de la acción popular”*. No obstante, ni demostró que estos perjuicios hubieran sido ya reconocidos en el laudo arbitral ni que no constituyeran perjuicios indivisibles de la sociedad, además de que se reitera que no hubo una revocación formal en la parte resolutive de la declaración de vulneración al derecho colectivo al acceso a los servicios públicos en relación con a ANI, Gabriel Ignacio García Morales y Otto Nicolás Bula Bula.

No es correcto afirmar que la invocación de la violación al acceso a los servicios públicos haya servido únicamente para hacer pronunciamientos sobre el contrato. Por el contrario, se destaca que el Tribunal realizó una valoración probatoria en términos de afectaciones a derechos colectivos. En ese sentido, aun cuando de un mismo hecho pudieren derivar perjuicios contractuales y colectivos, no se puede limitar la competencia del juez popular para tasar y valorar los últimos.

En la sentencia del Tribunal hubo un énfasis claro en cómo esos incumplimientos contractuales habían conllevado a la vulneración de derechos colectivos. Por esa razón, se hizo referencia específicamente a la imposibilidad de los usuarios o sociedad para utilizar la vía, a la carga que estos debieron asumir por concepto de peajes a pesar de no estar disfrutando la vía en las condiciones de 3G, o a los efectos macroeconómicos de estos retrasos. Como se observa, estos factores no se refieren exclusivamente a los efectos interpartes de un incumplimiento contractual sino que trascienden a los efectos de los hechos de corrupción en los derechos de la colectividad.

En ese sentido, el Consejo de Estado incurrió en una incorrecta valoración probatoria en su sentencia, pues dejó de lado los efectos que esos incumplimientos contractuales tenían para

la colectividad, ignorando las pruebas que el Tribunal había practicado para determinar adecuadamente las sumas adeudadas.

<b>Derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna</b>			
<b>Decisión TAC (1ra instancia)</b>	<b>Decisión C.E. (2da instancia)</b>	<b>Reparación ordenada por el TAC</b>	<b>Desconocimiento del C.E.</b>
Cuarto.- Decláranse responsables, debido a la comisión de actos de corrupción que dieron lugar a la vulneración de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público; al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y a la libre competencia económica a las siguientes personas jurídicas: sociedades Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., Estudios y Proyectos del SOL S.A.S. – Episol S.A.S., CSS Constructores S.A. (está última no por la comisión de actos de corrupción, pero sí en virtud de la	Revocado parcialmente mediante numeral segundo de la sentencia en relación con la declaratoria de responsabilidad por la vulneración de derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la libre competencia económica <b>salvo</b> en relación con la ANI, Gabriel Ignacio García Morales y Otto Nicolás Bula Bula, porque esas decisiones no fueron apeladas. Lo que quiere decir que el Consejo de Estado <b>confirmó la responsabilidad y la vulneración a los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la</b>	Perjuicios por rezagos en el ritmo de inversión equivalentes a la suma de \$87.329.454.951,74.  Perjuicios por la atención prioritaria de la vía equivalentes a la suma de \$90.000.000.000.  Perjuicios por la mora en la entrega de la vía en un nivel 3G equivalentes a la suma de \$409.500.000.000.  Perjuicios por la estructuración de un nuevo proyecto equivalentes a la suma de \$5.485.000.000.	Revoca la orden de restablecimiento desconociendo o valorando equivocadamente: el informe No. 179 de coyuntura económica de Fedesarrollo elaborado por Fedesarrollo y el Oficio No. 18902 del 4 de mayo de 2018 elaborado por el INVIAS.

responsabilidad solidaria de que trata el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1991, igual que las anteriores) y Agencia Nacional de Infraestructura; y a las siguientes personas naturales: Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares.	<b>libre competencia económica</b> derivada de actos de corrupción cometidos por parte de la ANI, Gabriel Ignacio García Morales y Otto Nicolás Bula.		
---	---	--	--

**2.4. En la sentencia del 27 de julio de 2023, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se configuró el desconocimiento del precedente**

**a. Caracterización del defecto de desconocimiento del precedente**

El desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial actúa como garantía al derecho de igualdad y se configura cuando *“se desconoce la posición consolidada que, sobre una misma materia, ha fijado el respectivo órgano de cierre, bien sea de la jurisdicción ordinaria, como de la contencioso administrativa, como también, la fijada por la Corte Constitucional en los asuntos de su competencia”*<sup>126</sup>.

<sup>126</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-113 de 2018.

**b. Configuración del defecto de desconocimiento del precedente en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

En este caso, se configura un defecto por desconocimiento del precedente constitucional y del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto el Consejo de Estado desconoció la facultad del juez de la acción popular para condenar al pago de perjuicios como parte de la función de restablecimiento del bien o derecho colectivo transgredido.

En efecto, al problema jurídico de si puede el juez de la acción popular condenar al pago de perjuicios como parte de la función de restablecimiento del bien o derecho colectivo transgredido, tanto el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional como la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado han dado una respuesta afirmativa.

**(i) Desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional**

En sentencia T-080 de 2015<sup>127</sup>, la Corte Constitucional, luego de citar jurisprudencia del Consejo de Estado para fallar una tutela contra providencia judicial, sostuvo que era viable la condena al pago de perjuicios, siempre que se entendiera “en función exclusiva del restablecimiento o restitución del bien colectivo trasgredido.” (subrayado fuera del texto)

En dicho caso, en el que se revisó una decisión del Tribunal de Cartagena que desestimó la reparación de perjuicios debidos por la empresa Dow Química al verter un producto contaminante denominado Lorsban en la bahía de Cartagena, se dijo que dicha decisión del Tribunal de Cartagena *“desconoció la aplicación del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual también resultaba vinculante en este caso en lo referente a los mecanismos procesales para resarcir o recuperar integralmente el daño ocasionado”*.

Más aún, el alto tribunal consideró que las medidas originalmente tomadas por Dow Química para reparar a los pescadores de la zona eran medidas de choque para mitigar su magnitud, pero no constituían reparación de los perjuicios colectivos causados por dicha empresa, perjuicios que debían ser reparados. Esto dijo la Corte:

*“Pero lo que el Tribunal de Cartagena omitió valorar es que tales medidas y obras civiles correctivas ocurrieron solamente después del derrame de Lorsban el 19 de junio de 1989, luego no resultaban ser parámetros idóneos ni suficientes para concluir sobre la magnitud del perjuicio ambiental ocasionado y la supuesta recuperación del ecosistema perturbado. Las acciones de Dow Química simplemente respondieron a los resultados inmediatos, pero no existieron medidas*

---

<sup>127</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-080 de 2015.



*de resarcimiento, conservación o compensación suficientes. De hecho, la Resolución 0768 de 1989 del Inderena, invocada por el ad quem, es clara al sostener que si bien se levantaba la medida de emergencia adoptada, ello no significaba que el daño hubiese sido superado o resuelto.”*

La Corte Constitucional precisa que en estos casos de liquidación de perjuicios, en lugar de hacer referencia a una “indemnización”, que podría confundirse con una reparación subjetiva y ajena a la acción popular, es preferible emplear el concepto de “restablecimiento” a favor del bien colectivo afectado. Además, aclara que la liquidación de perjuicios por parte del juez popular es perfectamente viable para restablecer el bien jurídico colectivo que ha sido vulnerado. Tanto es así, que la Corte ordena un restablecimiento que en este caso se verifica a través de un monto de dinero con destinación exclusiva a programas de saneamiento ambiental de la bahía de Cartagena, además de una petición de perdón público y otra serie de obligaciones.

Luego de citar varias sentencias del Consejo de Estado como soporte, finaliza la Corte Constitucional reafirmando el rol restablecedor de la acción popular e insistiendo en que es viable la condena al pago de perjuicios siempre que su función sea restablecer el derecho vulnerado. Esto dijo:

*“En resumen, la acción popular tiene dos orientaciones principales, a saber: (i) preventiva y (ii) restaurativa o de restablecimiento a favor del bien colectivo afectado. En este sentido cualquier solicitud de indemnización, entendida como una reparación de tipo pecuniario y subjetivo resulta ajena a este instrumento constitucional. Dentro de este contexto toda condena al pago de perjuicios que se profiera debe entenderse en función exclusiva del restablecimiento o restitución del bien colectivo trasgredido.”* (subrayado fuera del texto)

Esta posición ya había sido fijada previamente por la Corte Constitucional, en la sentencia C-215-99 que examina la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 472 de 1998. En aquella ocasión, luego de considerar la viabilidad de reparación de perjuicios a cargo de la entidad no culpable y aún entonces utilizando la expresión “decretarse una indemnización”, la Corte consideró lo siguiente:

*“El carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos (e) intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización,*

más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario”<sup>128</sup>. (subrayado fuera del texto)

Es claro pues que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido desconocida en este caso, al privar al juez popular de la posibilidad de liquidar los perjuicios y **restablecer los derechos conculcados**, como indicó la Corte Constitucional en la sentencia de 2015 mencionada en este acápite, o de **indemnizar el daño causado** con la vulneración de los derechos colectivos, como indicó en la sentencia de constitucionalidad de 1999.

## **(ii) Desconocimiento del precedente de la jurisdicción contencioso-administrativa**

De otro lado, en la jurisprudencia contencioso-administrativo son múltiples las decisiones en las que el juez de acción popular restablece el derecho colectivo vulnerado a través de una liquidación de perjuicios a cuyo pago está condenado el demandado. Las condenas se han presentado tanto a través de la liquidación de perjuicios directa como de la reparación in natura o restitutoria con equivalente pecuniario.

En relación con la reparación con equivalente pecuniario, podemos citar la sentencia del 6 de marzo de 2013 en la que se ordena la reparación in natura con equivalente pecuniario mediante la condena a la compañía hotelera Cartagena de Indias S.A., por haberse apropiado de algunas zonas de playa y bajamar, a adquirir un terreno de la misma extensión ocupada, para construir en él un parque destinado al uso y goce de toda la comunidad<sup>129</sup>. En otra ocasión, se protegieron los derechos colectivos de los habitantes de un barrio en Cali, donde las redes de energía eléctrica y de telefonía se encontraban adosadas a las fachadas de las viviendas, mediante una orden a las Empresas Municipales de Cali de apropiar los dineros para construir redes subterráneas para la prestación de los servicios públicos domiciliarios<sup>130</sup>.

Como reparación con equivalente pecuniario también citamos el fallo del 13 de febrero de 2006<sup>131</sup> de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el que resolvió el reclamo de un actor popular de Cartagena quien pretendía el amparo de los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y el goce a un ambiente sano, supuestamente vulnerados por el Distrito de Cartagena y la Empresa de Servicios Públicos TIRSA S.A. E.S.P., toda vez que se le adjudicó a la firma demandada, el contrato de concesión del

---

<sup>128</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-215-99, Referencia: Expedientes D-2176, D- 2184 y D-2196 (acumulados), ponencia Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

<sup>129</sup> C.E., Sección Tercera, Subsección C, 6 de marzo de 2013, actor: Norberto Gari García, exp. AP-130012331000200100051 01.

<sup>130</sup> C.E., Sección iii, Subsección B, 20 de febrero de 2014, actor: Andrés Felipe Ramírez Gallego, exp. AP-76001-23-31-000-2003-00002-01.

<sup>131</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de febrero de 2006. Radicado 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP).

servicio público domiciliario de aseo, sin que la empresa hubiera cumplido con requisitos legales a los que estaba obligada. En desarrollo del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, y con cita de más jurisprudencia, se dijo en esa ocasión:

*“En efecto, sobre este asunto considera la Sala pertinente señalar, que si bien se ha expresado en múltiples oportunidades que la acción popular no tiene fines indemnizatorios, y que ésta no puede ejercerse por ninguna persona buscando tal fin, es procedente de manera excepcional, condenar a tal indemnización, cuando quiera que se ha causado daño a un derecho colectivo, decisión ésta, que más que el resultado de una pretensión de la demanda, la cual no es necesaria para que dicha condena proceda, corresponde más bien a una decisión potestativa del juez popular al momento de dictar sentencia, con fundamento en la valoración de las pruebas obrantes dentro del proceso.*

*En este sentido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, la Sala concluye, que para que proceda la condena a una indemnización de perjuicios dentro de una acción popular, se requiere, en primer término, que se haya ocasionado un daño a un derecho colectivo - luego no procederá cuando se trate de un acción popular de carácter preventivo - y; adicionalmente, el daño causado no debe ser susceptible de ser restablecido mediante una simple orden de hacer o de no hacer, o se prevea que dicha orden sería a todas luces ineficaz. De otra parte, la condena se hará a favor de la entidad pública no culpable encargada de la protección del derecho colectivo violado, sin que se requiera que ésta sea parte dentro del proceso y, en todo caso, la indemnización que dicha entidad reciba, podrá ser utilizada única y exclusivamente para efectos del restablecimiento del derecho colectivo violado”*(subrayado fuera del original).

En la ocasión comentada, el Consejo de Estado condenó a TIRSA S.A. E.S.P. a pagar a Cardique a título de indemnización de perjuicios por el daño ambiental causado, la suma de dinero que se establecería mediante incidente de liquidación de perjuicios, para ser utilizada por CARDIQUE única y exclusivamente en la recuperación de los terrenos, con el fin de reestablecer el derecho colectivo violado<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> En el mismo sentido ver Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 15 de febrero de dos mil siete 2007. Radicado 15001-23-31-000-2001-00085-01(AP). Se trató de un caso en el que los pobladores vecinos a la laguna de Fúquene solicitaron declarar a las entidades demandadas responsables, entre otros, del deterioro del equilibrio ambiental del ecosistema de la laguna, con las correspondientes indemnizaciones. En esa ocasión, la Sección Primera descartó por improcedente esta última petición pecuniaria de pago por daños causados a los recursos naturales alegando que era impróspera, pero por otras razones relacionadas con la petición de entregar los fondos a las personas directamente afectadas en lugar de a la entidad pública que debía restaurar el área afectada. Igualmente, podemos citar C.E., Sección v, 9 de noviembre de 2001, actor: Rodolfo Puentes et al., exp. AP-194. En este caso se condenó a destinar los recursos económicos suficientes con el fin de implementar o apoyar inmediatamente proyectos o programas de gran envergadura para detener, controlar y de esta forma estabilizar el número de población de la especie de chigüiros que había sido afectada

Ahora bien, en punto de liquidaciones directas de perjuicios en acciones populares, también existe jurisprudencia consolidada en el Consejo de Estado. En sentencia del 12 de diciembre de 2013, con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz, luego de amparar los derechos colectivos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, vulnerados por la invitación a contratar y la celebración del Contrato entre Empresas Municipales de Cali– EMCALI E.I.C.E. y la Fundación Parque Tecnología del Software– PARQUESOFT, se ordenó a la fundación Parque Tecnología del Software– PARQUESOFT que restituyera a EMCALI E.I.C.E E.S.P. la parte del precio correspondiente a la utilidad del contrato No. 100-GG-PS-0051-2005, junto con los intereses legales, por un valor total de cuatro mil novecientos treinta y cinco millones cincuenta mil doscientos veintiséis pesos con setenta y cuatro centavos (\$4.935.050.226,74)<sup>133</sup>. Si bien es cierto que en ese entonces mediante acciones populares se producían nulidades contractuales, que hoy no están cobijadas por la legalidad, la orden de liquidar perjuicios por un valor específico permanece vigente y bajo amparo de legalidad.

Asimismo, en una sentencia reciente, en la que dos funcionarios públicos demandaron mediante acción popular la vulneración de la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, por la pérdida de los excedentes de liquidez que fueron invertidos mediante dos sociedades comerciales encargadas de intermediar en el mercado de valores, sin que una de esas sociedades estuviera autorizada por el Estado para desarrollar ese tipo de operaciones bursátiles, se condenó a SERFINCO S.A pagar la suma \$ 257.306.590. en favor del municipio de Silvia, para restablecer el derecho a la defensa del patrimonio público. Así se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, citando a su vez jurisprudencia previa de 2016<sup>134</sup>:

*“82. La Ley 472 de 1998 faculta al juez para emitir órdenes de hacer o no hacer, mediante las cuáles se define la conducta pertinente para proteger el derecho e interés colectivo vulnerado o amenazado y evitar que se repitan las acciones trasgresoras de tales derechos o intereses. Asimismo, la acción popular tiene un carácter restitutivo, que le permite al juez emitir órdenes para volver las cosas al*

---

por defectos en licencia ambiental y de exportación. Finalmente la sentencia en C.E., sección ii, 28 de septiembre de 2000, actor: Judith Correa Luque, exp. AP-117, se ordenó la liquidación de perjuicios a través de “compensar” las facturas de los usuarios del servicio público de telefonía que se había establecido de manera ilegal.

<sup>133</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, dos (02) de diciembre (12) de dos mil trece (2013), Radicación: AP-760012331000200502130 01, Actor: Rodrigo Valencia Caicedo, Demandado: Empresas Municipales de Cali-EMCALI E.I.C.E E.S.P

<sup>134</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B., Consejero ponente: Alberto Montaña Plata, dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 19001-33-31-002-2011-00399-02 (AP), Actor: Gabriel E Pillumue Potosí y Kevin Amilkar Calambas Velasco.

estado anterior a la violación del derecho en aquellos casos en que fuera posible, porque de no serlo procedería una indemnización<sup>135</sup>.

*“83. Teniendo en cuenta el grado de participación de Serfinco, Probolsa y el municipio de Silvia por medio de sus servidores públicos, la Sala encuentra que no puede condenar al pago de los perjuicios a Probolsa porque esta sociedad fue liquidada y desvinculada de este proceso. Tampoco puede imponerle la totalidad del pago de los perjuicios al municipio, de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998 y porque concurriría la calidad de deudor y acreedor en el municipio de Silvia respecto de la parte sobre la cual es responsable. No obstante, puede condenar a Serfinco por la tercera parte del detrimento patrimonial, conforme a la incidencia que tuvo en la vulneración del derecho e intereses colectivos.”*

*“84. A partir de los derechos vulnerados, la Sala le impone la obligación a Serfinco de pagar la tercera parte de la suma de \$ 500.000.000 actualizada, esto es, el monto de \$166.666.666 actualizados en favor del municipio de Silvia, que corresponde a un tercio de los recursos que no fueron realmente invertidos por Probolsa y que Serfinco contribuyó a que ingresaran al patrimonio de esta, al incumplir sus deberes como comisionista de bolsa, y especialmente, por privilegiar los intereses de una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado. Se reitera que, sobre este monto de la condena el municipio no se considera una entidad pública culpable.”*

Sobre la condena de perjuicios “in genere”, la Sala es enfática al afirmar en la sentencia en comento que sólo procede cuando el juez tiene limitaciones para proceder a liquidar perjuicios en concreto, lo que no sucede en el caso específico de este precedente. Puede ocurrir que el juez cuente con pocos elementos para definir la liquidación de perjuicios, en cuyo caso dejará la liquidación para el incidente, pero en caso de tener certeza sobre los daños indemnizables y la forma cómo proceder a liquidar el pago de los perjuicios, no hay excusa para prohibir este procedimiento. Dijo entonces el Consejo de Estado:

*“85. Es importante destacar que, el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, establece que la condena de los perjuicios se hará “in genere” y se liquidará conforme al incidente del artículo 307 del CPC (hoy 283 del CGP). Sin embargo, en este caso, la Sala tiene elementos suficientes de juicio para establecer con certeza una condena concreta. Asimismo, no se puede desconocer que la naturaleza*

---

<sup>135</sup>Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 28 de marzo de 2014, Radicado 2001-90479-01 (AP)

del derecho e intereses colectivos vulnerado (sic) permite su cuantificación, porque en este proceso el patrimonio público se representa a través del detrimento de una suma determinada de recursos públicos, que es medible y cierta.

*“86. Es necesario señalar que, la Corte Constitucional en Sentencia C-215 de 1999, determinó que la condena “in genere” tenía como propósito facilitarle la labor al juez para decidir, puesto que, la brevedad de los tiempos en las acciones populares no permitía determinar de manera concreta el monto de los perjuicios causados por la violación de un derecho colectivo. No obstante, se reitera que, la Sala tiene elementos suficientes para determinar con certeza los perjuicios de la vulneración del patrimonio público.”*

(...)

*“88. En relación con la vulneración de la moralidad administrativa se ordenará al municipio de Silvia difundir el contenido de esta Sentencia entre los servidores de la entidad territorial y los habitantes de la población. Asimismo, le pide su colaboración para que desarrolle capacitaciones con las personas encargadas de manejar el patrimonio público de la entidad territorial, con el objetivo de que conozcan con claridad las condiciones mínimas de seguridad, idoneidad y de riesgo en la inversión de los excedentes de liquidez del sector de la salud” (subrayado fuera del texto).<sup>136</sup>*

Los precedentes anteriormente citados demuestran que en otras acciones populares en las que se encontraron vulneraciones a derechos colectivos, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han estado de acuerdo en que se condene al pago de perjuicios directa o indirectamente, para lograr el restablecimiento de los derechos colectivos. En consecuencia, el Consejo de Estado, al no aplicar estas reglas jurisprudenciales sin justificación o argumentación adecuada, para en su lugar revocar las indemnizaciones dictadas por el juez de primera instancia, afecta la seguridad jurídica, la buena fe, la confianza legítima y la igualdad material<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Es necesario aclarar que esta sentencia de 2021 que hoy comentamos se acompañó de un salvamento de voto por parte del Consejero Martín Bermúdez Muñoz, quién consideró que la acción popular no era procedente para elevar pretensiones patrimoniales propias y particulares de una entidad, bajo el argumento de que existe una vulneración al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

<sup>137</sup> Corte Constitucional, SU406-2016 y SU069-2018

**2.5. En la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se configuró el defecto de incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive**

**a. Caracterización del defecto de incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive**

En las sentencias SU-659 de 2015 y T-459 de 2017, la Corte Constitucional ha configurado la incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de una sentencia como un defecto específico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.<sup>138</sup> Para la Corte, este defecto se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia. En este sentido, no se trata de presentar reproches de redacción o argumentación de la sentencia objeto de tutela, sino, por el contrario, demostrar las contradicciones o las carencias de fundamentación en la parte motiva que repercuten en una deficiencia en la parte resolutive.

**b. Configuración del defecto de incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

Este defecto se configura en este caso, por cuanto la Sección Tercera del Consejo de Estado en la parte resolutive de su sentencia confirmó la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, a la libre competencia económica y al acceso a los servicios públicos por parte de al menos tres de los accionantes. No obstante, esa corporación no dictó ninguna orden material tendiente al restablecimiento de los derechos conculcados, dejando sin efectos las declaraciones que esta misma había hecho.

Así, hay incongruencia en el hecho de que, habiéndose encontrado vulnerados los derechos colectivos, por lo cual se declaró la responsabilidad de varias personas naturales y jurídicas, se revocaron las órdenes dirigidas a la reparación de esos daños y no se ordenaron condenas distintas con el mismo fin. La sentencia, entonces, incurre en el vicio de incongruencia por ser minus petita.

**2.5. En la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se configuró el defecto por violación directa de la Constitución**

---

<sup>138</sup> Corte Constitucional. Sentencias SU-659 de 2015 y T-459 de 2017.

### **a. Caracterización del defecto de violación directa a la Constitución**

En la sentencia SU-198 de 2013, la Corte Constitucional caracterizó el defecto por violación directa a la Constitución de la siguiente manera:

*“Se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución. En el primer caso, la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución (a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo caso, la jurisprudencia ha afirmado que el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”<sup>139</sup>.*

### **b. Configuración del defecto de violación directa a la Constitución en la sentencia del 27 de julio de 2023 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**

i) La Sección Tercera del Consejo de Estado violó directamente la constitución al desconocer el derecho fundamental a la reparación integral reconocido por la jurisprudencia constitucional

En este caso, se configura el defecto de violación directa a la Constitución por cuanto el Consejo de Estado no interpretó el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 de conformidad con el precedente constitucional. En efecto, en este se ha reconocido la existencia de un derecho a la reparación integral, que en este caso fue ignorado al dejar los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y a la libre competencia económica sin restablecer a pesar de haberse confirmado su vulneración.

La Corte Constitucional en sentencias como la C-753 de 2013 y la T-083 de 2017 ha reconocido la existencia de un derecho fundamental a la reparación integral. Estas sentencias se han dictado en el marco de procesos judiciales relacionados con violaciones a derechos humanos cometidas durante el conflicto armado colombiano. Sin embargo, es posible extender este derecho fundamental a la reparación a otro tipo de víctimas, como las de la corrupción.

---

<sup>139</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-198 de 2013.



El derecho a la reparación, según la Corte, se cataloga como fundamental por dos razones: primero, porque *“busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus derechos constitucionales”*<sup>140</sup>; segundo, porque es *“un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición”*<sup>141</sup>. Ambos de estos propósitos de la declaración del derecho a la reparación como un derecho fundamental pueden extenderse también a otras víctimas, como las víctimas de la corrupción.

Es así, puesto que en casos de corrupción también se debe buscar restablecer la dignidad de las víctimas de este fenómeno, más aún considerando que la principal víctima es la sociedad misma. Asimismo, las medidas de reparación posibles no solo abarcan las condenas económicas, sino también medidas de no repetición. El Estado debe comprometerse con la erradicación de este fenómeno estructural en nuestro país y para ello la reparación a las víctimas puede ser esencial. Estas víctimas no solo han sufrido pérdidas de confianza en las instituciones públicas que recibieron sobornos y los particulares que constituyeron un consorcio para beneficiarse, sino que también sufrieron limitaciones al ejercicio de sus derechos económicos y sociales, pues los actos de corrupción retrasan o impiden la construcción de vías, y por cuenta de la necesidad de seguir destinando dineros a una vía afectada, se pierde la oportunidad al acceso a la educación, el acceso a la salud, entre muchos otros derechos.

Sobre la relación entre la corrupción y los derechos humanos, la CIDH ha considerado que se da en dos grados: cuando la corrupción configura violaciones a derechos humanos y cuando la corrupción afecta *“el goce y ejercicio de los derechos humanos”*<sup>142</sup>. El primero de los escenarios, según la CIDH, ocurre cuando *“mediante actos de corrupción se incumplen directamente las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos”*<sup>143</sup> con lo cual se generan vulneraciones directas. El segundo, tiene un tinte más contextual, pues busca que se preste atención a *“la forma en que diversos contextos de corrupción facilitan y/o fomentan la vulneración de derechos humanos”*<sup>144</sup>.

En consecuencia, en este caso en que el Consejo de Estado encontró probados actos de corrupción que derivaron en una afectación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, pero decidió no reparar los daños, hay una flagrante violación a la jurisprudencia constitucional sobre derecho fundamental a la reparación de las víctimas.

---

<sup>140</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-753 de 2013.

<sup>141</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-753 de 2013.

<sup>142</sup> <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Ibid.

## **ii) La Sección Tercera del Consejo de Estado desconoció el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia que es de aplicación inmediata**

Otra de las razones por las que se configura el defecto de violación directa a la Constitución en este caso, es que el Consejo de Estado con su decisión desconoció el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, que está consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política. Este precepto a su vez, ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, que ha indicado que este derecho abarca la posibilidad de acudir *“en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley. (...) Por consiguiente, el derecho de acceso a la administración de justicia se erige como uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos”*.

Como se observa, el derecho al acceso a la administración de justicia no se agota con el simple hecho de poder acudir a las vías judiciales para la solución de una controversia, sino que su finalidad es también lograr la protección o restablecimiento de los derechos de las personas cuando haya lugar. En este sentido, no se trata de una mera garantía de simple acceso a mecanismos judiciales, sino de la búsqueda de la reparación de los daños antijurídicos.

En este caso, la sentencia proferida por el Consejo de Estado viola el derecho al acceso a la administración de justicia de la sociedad misma, pues aun cuando se tramitó en segunda instancia la acción popular interpuesta por la Procuraduría General de la Nación, no ordenó ninguna reparación por la violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y a la libre competencia económica. En consecuencia, el Consejo de Estado permitió que se agotaran los mecanismos legales pertinentes para la reparación de daños colectivos, pero sin garantizar el restablecimiento de los derechos de los titulares de la acción.

Este hecho se encuentra revestido de la mayor gravedad pues, como se expuso previamente, no existe ningún otro proceso judicial a través del cual se pueda perseguir la reparación de un daño colectivo. En ese sentido, esta decisión del Consejo de Estado tiene graves efectos para el acceso a la administración de justicia de toda la sociedad, para quien es aplicable la cosa juzgada derivada de la sentencia cuestionada, y quien no podrá nunca exigir la reparación de los daños ocasionados por la corrupción, en este caso.

Así las cosas, dejar esta sentencia incólume implica que se entenderán agotadas las vías legales pertinentes para la reparación de daños colectivos, sin que se haya logrado la reparación de los daños colectivos. Esto implica una violación al derecho fundamental al

acceso a la administración de justicia que, se insiste, no se agota con el simple trámite de la acción popular, sino que también exige del restablecimiento de los derechos de la sociedad.

## **V. PRETENSIONES**

De manera respetuosa, solicitamos que se acceda a las siguientes pretensiones:

**PRIMERO.-** Integrar el contradictorio respecto a la Legitimación en la causa por activa y, en consecuencia, vincular al presente trámite de acción de tutela a la Procuraduría General de la Nación y al Ministerio de Transporte para que, en ejercicio del derecho al debido proceso, manifiesten su posición dentro del presente proceso judicial.

**SEGUNDO.-** Vincular en calidad de terceros con interés legítimo en la decisión a Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia SAS, Episol SAS, CSS Constructores S.A. y a Gabriel Ignacio García Morales, José Elías Melo Acosta, Otto Nicolás Bula Bula, Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soarez.

**TERCERO.-** Declarar la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la reparación integral, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad . Y, en consecuencia:

**CUARTO.-** Dejar sin efecto la sentencia proferida el 27 de julio de 2023 por la Sección Tercera - Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

**QUINTO.-** Ordenar a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de la sentencia de tutela, expida una sentencia de reemplazo donde declare la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, a la libre competencia y a la eficiente prestación de los servicios públicos y, en consecuencia, ordene la reparación integral de estos derechos solicitados por la Procuraduría General de la Nación a favor del Estado - Ministerio de Transporte.

## **VI. JURAMENTO**

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, los accionantes manifestamos, bajo la gravedad de juramento, que no hemos interpuesto otra acción de tutela respecto de los mismos hechos y derechos desconocidos por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

## **VII. COMPETENCIA**

De conformidad con artículo 2.2.3.1.2.1, numeral 7° del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, y con el artículo 25 del Acuerdo 080 de 2019, por medio del cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado, le corresponde a esta autoridad judicial conocer del presente proceso de tutela, de conformidad con las reglas de reparto previstas para tal efecto.

## **VIII. NOTIFICACIONES**

Podemos ser notificados en las siguientes direcciones electrónicas: [notificaciones@dejusticia.org](mailto:notificaciones@dejusticia.org), [transparencia@transparenciacolombia.org.co](mailto:transparencia@transparenciacolombia.org.co), [andres.hernandez@transparenciacolombia.org.co](mailto:andres.hernandez@transparenciacolombia.org.co) y en la dirección física: calle 35 N° 24 - 31 de la ciudad de Bogotá D.C.