

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 250002341000201700083-00
Demandante: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado: CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS
MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS E
INTERESES COLECTIVOS
Asunto: Resuelve solicitudes de aclaración

La Sala procede a resolver las solicitudes de aclaración presentadas por los apoderados judiciales de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; la Presidencia de la República y la Agencia Nacional de Infraestructura; respecto de la providencia del 9 de febrero de 2017, que resolvió la solicitud de medidas cautelares de urgencia presentada por el señor Procurador General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 26 de enero de 2017 el señor Procurador General de la Nación interpuso demanda en ejercicio del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, con el fin de proteger los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público y el Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. En escrito aparte, el actor popular solicitó la aplicación de medidas cautelares de urgencia, con el fin de evitar un perjuicio irremediable y salvaguardar los derechos colectivos que considera afectados (Fls. 1 a 69 del Expediente).

2. Esta Sala de Decisión, mediante providencia del 9 de febrero de 2017, dispuso resolver la medida cautelar de urgencia solicitada por el señor

Procurador General de la Nación, en el siguiente sentido (Fls. 263 a 360 del Cdno. de Medida Cautelar):

"RESUELVE

PRIMERO.- DECRETÁNSE las siguientes MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA:

1.1.- DECLÁRASE la **SUSPENSIÓN** provisional de los efectos del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, junto con sus modificaciones, adiciones y otrosí, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., hasta tanto se dicte sentencia de acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento la petición de nulidad del contrato.

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

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

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

El Tribunal solicitará periódicamente los informes que estime del caso.

1.3.- ORDÉNASE el embargo de las cuentas bancarias y los dividendos obtenidos por las sociedades **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, registrada en la Cámara de Comercio con matrícula No. 01951882 y NIT 900330667-2; **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** registrada en la Cámara de Comercio con matrícula No. 00489542 y NIT 800155291-4; **ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.** con matrícula mercantil No.

654

02309333 y NIT 900606148-8; **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.** con matrícula No. 01761324 y NIT 900192242-3; y **CSS CONSTRUCTORES S.A.** con matrícula No. 01158516 y NIT 832006599-5, para lo cual, la Secretaría de la Sección deberá librar los oficios correspondientes.

La anterior determinación, sin perjuicio de la prohibición de embargo de los dineros para la ejecución de otros contratos estatales y de las establecidas por el artículo 594 del Código General del Proceso¹.

1.4. **ORDÉNASE** el embargo de las cuentas bancarias de los señores **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** identificado con la C.C. No. 73.151.343 de Cartagena D.T.C.; **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, identificado con cédula de extranjería No. E370013 y cédula de identidad RG

¹ EL artículo 594 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 594. BIENES INEMBARGABLES. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.
2. Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios.
3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.
Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.
4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.
5. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.
6. Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.
7. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.
8. Los uniformes y equipos de los militares.
9. Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos.
10. Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.
11. El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor.
12. El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez.
13. Los derechos personalísimos e intransferibles.
14. Los derechos de uso y habitación.
15. Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título.
16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO. Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.

En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene”.

No. 21323942-5; **LUIZ ANTONIO MAMERI** identificado con cédula de identidad RG No. 03382231-3; y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** identificado con cédula de identidad RG No. 12617267-5; para lo cual la Secretaría de la Sección libraré los oficios y exhortos del caso.

Para efectos de garantizar el trámite de los exhortos y cartas rogatorias ordenados en esta providencia, la Procuraduría General de la Nación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio de Relaciones Exteriores deberán prestar toda la colaboración necesaria.

1.5. Los embargos ordenados en esta providencia se realizarán hasta por el monto de **CIENTO NOVENTA Y UN MIL CIENTO DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS PESOS** (\$191.118'508.500.00) y deberán ser consignados a órdenes de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca², en la Cuenta de Depósitos Judiciales No. 250001025001 del Banco Agrario de Colombia.

SEGUNDO.- El embargo de los bienes inmuebles solicitado por el Procurador General de la Nación quedará sujeto a la individualización que haga el actor popular de estos bienes de propiedad de las personas embargadas en esta providencia.

Para ello, el Procurador General de la Nación deberá suministrar la información correspondiente.

TERCERO.- Por Secretaría de la Sección, **LÍBRENSE** los oficios y exhortos del caso.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 229, inciso 2, de la ley 1437 de 2011, la presente decisión de medidas cautelares no constituye prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión.

QUINTO.- Comuníquese esta decisión a las entidades accionadas para el cumplimiento de la medida".

3. Mediante escritos radicados los días 10 y 15 de febrero de 2017, los apoderados judiciales de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., conjuntamente; y la Presidencia de la República y la Agencia Nacional de Infraestructura, en forma separada; presentaron sendas solicitudes de aclaración de la providencia del 9 de febrero de 2017.

1. La solicitud de la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Sección el 10 de febrero de 2017, el apoderado judicial de las sociedades Constructora Norberto

² Dirección Ejecutiva Seccional Bogotá y Cundinamarca – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, N.I.T. 800165862-2

Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. presentó solicitud de aclaración del auto del 9 de febrero de 2017, en el que se resolvió sobre la petición de medidas cautelares de urgencia solicitada por el señor Procurador General de la Nación.

Señalan las recurrentes que en el primer párrafo del ordinal Primero, numeral 1.3, de la parte resolutive de la providencia del 9 de febrero de 2017 se ordenó el embargo general de las cuentas bancarias de, entre otros, la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; y que en el párrafo siguiente se indicó que esa determinación estaba sujeta a las restricciones impuestas por el artículo 594 del Código General del Proceso cuyo texto se citó.

Considera que la simple mención del artículo genera duda acerca del verdadero alcance de las limitaciones que impone dicha norma pues en el caso específico de las demandadas en sus cuentas bancarias se encuentran los recursos con los cuales se paga la nómina del mes corriente, correspondiente a sus empleados, obreros y trabajadores y los aportes de cesantías ya causadas, situaciones que a su juicio están enmarcadas dentro de los supuestos del artículo 594, numeral 6, del Código General del Proceso. Señala que en las mentadas cuentas bancarias se encuentran "salarios y prestaciones sociales" que no se pueden embargar.

Igual situación sucede con los dineros destinados al pago de las obligaciones propias de la parafiscalidad frente a los empleados de las empresas embargadas dado que constituyen un recurso de la seguridad social según lo dispone el artículo 594, numeral 1, del Código General del Proceso.

Finalmente, señala que en las cuentas bancarias se encuentran los dineros destinados para atender el giro ordinario de los negocios como el pago de servicios públicos, impuestos, tasas, contribuciones y, en general, proveedores, que permiten la supervivencia de las empresas, circunstancia que podría asemejarse en aplicación analógica al supuesto establecido en

657

el artículo 594, numeral 12, del Código General del Proceso.

En los términos anteriores, plantea la solicitud de aclaración.

2. La solicitud de la Presidencia de la República

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Sección el 15 de febrero de 2017 la apoderada judicial de la Presidencia de la República presentó una solicitud de aclaración frente al auto del 9 de febrero de 2017 mediante el cual se resolvieron las medidas cautelares de urgencia solicitadas por el señor Procurador General de la Nación.

Específicamente, la apoderada en mención solicitó lo siguiente:

(i) Precisar por el Tribunal el alcance de la condición de “representante legal de la Nación” que se le atribuye al Presidente de la República en el auto del 9 de febrero de 2017; el alcance exacto de sus efectos frente a las órdenes que allí se dictaron (unas al Gobierno Nacional, otras al Presidente de la República); y que por la forma en que están planteadas podrían suponer la usurpación de competencias de otras autoridades.

(ii) Aclarar si la orden impartida al Presidente de la República supone excluir a la Agencia Nacional de Infraestructura del ejercicio de sus competencias en su condición de contratante del Proyecto Ruta del Sol Sector II, para adoptar la medida de terminación del contrato.

Al respecto, señala que el Presidente de la República o el Gobierno Nacional no pueden usurpar una competencia que por mandato legal le corresponde a la Agencia Nacional de Infraestructura; ni siquiera para atender la dimensión mediática desatada por el escándalo de corrupción; y tampoco, so pretexto de dar cumplimiento a una providencia judicial.

(iii) Conforme lo disponen los artículos 40 y 41 del Decreto No. 101 de 2000, la Superintendencia de Puertos y Transporte ejercerá las funciones

de inspección, vigilancia y control que le corresponden al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa en materia de tránsito, transporte e infraestructura conforme a la ley y a la delegación establecida en dicho Decreto.

Señala que la Superintendencia de Puertos y Transporte, tras conocer la medida cautelar dictada por este Tribunal Administrativo, expidió la Resolución 02809 mediante la cual ordenó el "sometimiento y control de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.", como parte concesionaria del Contrato No. 001 de 2010, para efectos de poder adoptar las decisiones que establece el artículo 85 de la Ley 222 de 1995 y cualquier otro tipo de medida destinada a salvaguardar el proyecto allí involucrado.

En este sentido, solicita que se aclare si las órdenes dadas al Presidente de la República (o al Gobierno Nacional) consistentes en designar a la autoridad que habrá de administrar el Proyecto Ruta del Sol Sector II y adoptar las demás medidas allí dispuestas, supone de alguna manera la imposibilidad de que la Superintendencia de Puertos y Transporte ejerza las competencias que le son propias o si la decisión adoptada mediante la Resolución No. 02809 del 10 de febrero de 2017, por ella expedida, se adecúa y ajusta a los fines buscados con las medidas cautelares.

(iv) Finalmente, la Presidencia de la República expone en un capítulo denominado "(l)as dificultades prácticas de cumplir las medidas cautelares de urgencia decretadas" una serie de argumentos sobre las dificultades de orden práctico asociadas a la medida cautelar que, en su criterio, deben ser aclaradas.

Expone, por ejemplo, que la suspensión inmediata del contrato de Concesión implicaría la imposibilidad de recaudar peajes y de realizar actividades asociadas a la operación (grúas, atención de accidentes, ambulancias, asistencia mecánica y mantenimiento rutinario, que permiten garantizar la seguridad en la vía).

Las órdenes de embargo tanto de la concesionaria como de sus socios implicarían una limitación para los socios al momento de acceder a los recursos de deuda que se requieren para realizar la inversión en otros proyectos de infraestructura.

Señala que EPISOL S.A.S. y CSS Constructores S.A. participan en otros proyectos de infraestructura en el país y que las medidas podrían generar impactos para estas empresas.

Pone de presente que la toma de posesión genera consecuencias dependiendo de la autoridad que designe el Presidente de la República o el Gobierno Nacional y que la Superintendencia de Puertos y Transporte no puede actuar por ausencia de recursos debido a la suspensión del contrato y la imposibilidad de recaudar peajes; la Agencia Nacional de Infraestructura no tiene capacidad jurídica y solamente actúa a través del concesionario; y el Instituto Nacional de Vías solamente podría actuar después de declarado nulo el contrato.

Considera que el tema de la financiación de la obra es bastante complicado y que la única alternativa sería la de suscribir un acuerdo entre la ANI y el Concesionario para la terminación del contrato, lo cual estaría sujeto a aprobación por el Tribunal y a algunas condiciones.

Finalmente, señala que las consideraciones expuestas generan para el Tribunal la obligación (sic) de revisar las medidas adoptadas en la providencia del 9 de febrero de 2017 frente a las alternativas que plantea la Agencia Nacional de Infraestructura en la providencia y que incluyen la oferta de un pacto de cumplimiento para efectos de salvaguardar los derechos e intereses colectivos objeto del Medio de Control.

3. La solicitud de la Agencia Nacional de Infraestructura

La solicitud de aclaración presentada por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) está enfocada en tres aspectos, a saber.

(i) Funcionamiento financiero del Contrato de Concesión. Explica la ANI en su escrito que, en primer lugar, el concesionario obtiene su remuneración del recaudo de peajes y de los aportes de la ANI a través de vigencias futuras a lo largo del plazo de la concesión. El concesionario sólo recibe efectivamente los recursos provenientes de las vigencias futuras cuando ha cumplido con las condiciones de ejecución de la obra previstas en el contrato y sus modificaciones y ha puesto a disposición los tramos de obra

o finalizado las actividades preestablecidas en el contrato.

Indica que es imposible la continuidad de las obras que se están ejecutando debido a la forma en que está estructurada la concesión; esta circunstancia hace necesaria la realización de un nuevo contrato de este tipo, pues material, técnica y financieramente ninguna autoridad del Estado Colombiano puede asumir las obligaciones de ejecución de la obra directamente.

Para la ANI resultan inentendibles las medidas cautelares decretadas, pues se ordena la suspensión del contrato retirando al particular que ejecuta materialmente las obras y que efectúa la inversión, pero al propio tiempo ordena que se de continuidad a los trabajos sin que puedan ser ejecutadas las labores del mismo.

Concluye este punto señalando que si bien el contrato de concesión se encuentra suspendido, no se pueden seguir recaudando peajes, no se pueden utilizar los recursos depositados en la Fiducia, el particular que es el encargado de ejecutar las obras se encuentra retirado provisionalmente del contrato y embargadas sus fuentes de recursos y la ANI ha sido removida de la administración del mismo, se está disponiendo la continuidad de la ejecución de las obras, situación que en criterio de la ANI presenta inquietud en su desarrollo material.

(ii) Informe actual de las obras de construcción. Puso en conocimiento la ANI que actualmente las obras de construcción se encuentran paralizadas y los tramos que se encontraban en intervención para antes de la medida cautelar, están abandonados y expuestos al deterioro de las obras.

Informó, igualmente, que en la actualidad la Concesionaria solamente se encuentra efectuando labores de recaudo de peaje y actividades de atención al usuario y que podría existir actualmente un pasivo laboral aproximado de 3.000 personas vinculadas al proyecto suspendido; igualmente, que se encuentran paralizadas todas las obligaciones

661

ambientales, prediales, sociales, de renovación de garantías, uso y aprovechamiento de fuentes materiales y, en general, todas las obligaciones del contrato de concesión que se desarrolla por cuenta y riesgo el contratista.

La suspensión del proyecto ha generado un impacto social incalculable pues es la fuente de ingresos y de trabajo de muchas personas que han visto truncados sus intereses sociales y los de contar con una infraestructura de calidad.

Por último advierte a la Sala que las órdenes de embargo tanto a la Concesionaria como a sus socios impactan ostensiblemente en firmas que actualmente ejecutan otros proyectos de infraestructura vial nacional, pues limitan el acceso a créditos que se requieren para realizar la inversión.

Pone de ejemplo a Episol, que participa en otros dos grandes proyectos de infraestructura en Colombia con una inversión de 500 mil millones; y CSS Constructores en otros 6 proyectos con 200 mil millones para el año 2017.

(iii) Petición Especial. Solicita que para explicar con mayor detalle la solicitud de aclaración, se cite al señor Luis Fernando Andrade Moreno en su calidad de Presidente y Representante Legal de la ANI, a una audiencia, para rendir informe a la luz del artículo 28 de la Ley 472 de 1998.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 285 del Código General del Proceso, aplicable al caso concreto por remisión expresa del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, define el medio procesal para la aclaración de providencias en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La

aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración" (Destacado por la Sala).

De conformidad con la norma trascrita, la aclaración de las providencias procede en el evento de que la decisión adoptada contenga conceptos o frases que ofrezcan **verdadero motivo de duda** contenidos en la parte resolutive o que influyan directamente en ella.

Esto implica que la aclaración es improcedente cuando lo que en realidad se presenta es un desacuerdo con la decisión o se pretende que la misma sea modificada; adicionalmente, conforme lo dispone la norma trascrita, ésta se debe solicitar dentro del término de ejecutoria del auto o de la sentencia que se pretenda aclarar.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

"La aclaración de providencias judiciales, es uno de los instrumentos procesales contemplados en la ley, a efectos de permitirle al juez corregir yerros contenidos en ellas, es decir en los autos y sentencias. En efecto, la aclaración, la corrección y la adición de providencias judiciales permiten enmendarlas de oficio o a solicitud de parte, en cuanto adolezcan de cualquiera de tres aspectos claramente diferenciables, que son los siguientes: **i) dilucidación de puntos o frases que ofrezcan duda**; ii) errores puramente aritméticos y, iii) falta de congruencia entre los extremos de la litis (objeto de decisión) y la providencia respectiva.

Concretamente, la figura de la aclaración procesal opera en frente de sentencias o **autos cuando quiera que unas u otros contengan frases, conceptos o puntos dudosos, abstractos, inexactos o ambiguos, que merezcan ser analizados nuevamente por el juez respectivo, en orden a establecer el verdadero sentido de la frase, párrafo o decisión respectiva.** La aclaración procede de oficio o a petición de parte, pero siempre que se haga dentro de los 3 días siguientes a la ejecutoria de la providencia correspondiente; adicionalmente, es pertinente señalar que el auto que resuelve la aclaración de un auto o sentencia, tal y como se precisó anteriormente, no es susceptible de recurso alguno."³

En el caso bajo examen, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; la Presidencia de la República y la Agencia Nacional de Infraestructura, presentaron solicitudes de

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Providencia de 11 de octubre de 2006, Rad. No. 15001-23-31-000-2000-02485-01(32725).

aclaración frente a la providencia del 9 de febrero de 2017.

Según advierte el Tribunal, las solicitudes de aclaración se presentaron dentro del término de ejecutoria de la providencia del 9 de febrero de 2017.

La Sala resolverá las solicitudes en el orden en el que las mismas fueron presentadas; esto es, primero la solicitud conjunta de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; luego la presentada por la Presidencia de la República; y, finalmente, la solicitud de aclaración de la Agencia Nacional de Infraestructura.

**La aclaración de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A.
y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.**

En síntesis, el argumento de la aclaración presentado por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. está orientado a que se determine si conforme al artículo 594, numerales 1, 6 y 12, del Código General del Proceso, se debe mantener el embargo de las cuentas bancarias de esa sociedad por cuanto en ellas se encuentran recursos para el pago de la nómina de los empleados, los aportes de cesantías ya causadas y lo que denomina “salarios y prestaciones sociales” que, a su juicio, no se pueden embargar (numeral 6).

Expone que en las cuentas embargadas hay dineros destinados al pago de las obligaciones propias de la parafiscalidad y recursos de la seguridad social (numeral 1) y que en las cuentas bancarias se encuentran los dineros destinados para atender el giro ordinario de los negocios como el pago de servicios públicos, impuestos, tasas, contribuciones y, en general, proveedores que permiten la supervivencia de las empresas, situación que, por aplicación analógica, asocia al contenido del artículo 594, numeral 12, del Código General del Proceso.

La Sala considera, en primer orden, que el numeral 1.3. de la providencia

del 9 de febrero de 2017 es claro en cuanto establece la orden de embargo de las cuentas bancarias y los dividendos obtenidos por, entre otras, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.

Por su parte, la providencia limita la orden de embargo en dos aspectos. El primero, referido al monto del embargo que en la providencia objeto de aclaración asciende a la suma de ciento noventa y un mil ciento dieciocho millones quinientos ocho mil quinientos pesos (\$191.118'508.500.00). El segundo, a la "[...] prohibición de embargo de los dineros para la ejecución de otros contratos estatales y de las establecidas por el artículo 594 del Código General del Proceso" (Destacado por la Sala).

El artículo 594 del Código General del Proceso es claro al establecer cuáles son los bienes inembargables y, además, hace una remisión a otras normas, entre ellas la Constitución Política y demás leyes especiales sobre la materia.

"ARTÍCULO 594. BIENES INEMBARGABLES. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regaldas y recursos de la seguridad social.

2. Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios.

3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.

5. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate

665

de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

6. *Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.*

7. *Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.*

8. *Los uniformes y equipos de los militares.*

9. *Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos.*

10. *Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.*

11. *El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor.*

12. *El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez.*

13. *Los derechos personalísimos e intransferibles.*

14. *Los derechos de uso y habitación.*

15. *Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título.*

16. *Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.*

PARÁGRAFO. *Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.*

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.

En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas

666

condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene”.

La norma anterior es clara y, en criterio de la Sala, no ofrece motivos de duda que deban ser objeto de pronunciamiento en sede de aclaración. Por ejemplo, la norma establece que, además de los bienes inembargables establecidos en la Constitución Política y demás leyes especiales, los siguientes bienes lo son:

- Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social son inembargables.
- Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios, son inembargables.
- Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.
- Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.
- Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.

- Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.
- Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.
- Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.
- Los uniformes y equipos de los militares.
- Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos.
- Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.
- El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor.
- El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez.

- Los derechos personalísimos e intransferibles.
- Los derechos de uso y habitación.
- Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título.
- Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.

Finalmente, el artículo 594 del Código General del Proceso establece que “(r)ecibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos” (Destacado por la Sala).

La norma continúa al señalar que, “(e)n tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no [...] recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar” (Destacado por la Sala).

En el anterior sentido, es el destinatario de la orden de embargo, en este caso las entidades bancarias, quienes establecen en cada caso si los dineros y bienes objeto de la medida pueden ser embargados o si, por el contrario, por su carácter de inembargables, las cuentas no deben ser afectadas por la decisión cautelar. En el evento de que se trata, los dineros de la recurrente en aclaración fueron embargados por algunas entidades

bancarias y, en consecuencia, la Sala entiende que dichos dineros no estaban cobijados por la regla de la inembargabilidad.

Finalmente, en caso que los dineros de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. hayan sido embargados por causa de la orden judicial del 9 de febrero de 2017 y el demandado considere que la medida debe ser levantada o que no debió ser aplicada podrá, en los términos del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011, solicitar el levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar.

“ARTÍCULO 235. LEVANTAMIENTO, MODIFICACIÓN Y REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales” (Destaca la Sala).

En conclusión, las solicitudes de aclaración conforme dispone al artículo 285 del Código General del Proceso están orientadas a que se aclaren las providencias cuando las decisiones en ella adoptadas contengan conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda contenidos en la parte resolutive o que influyan directamente en ella.

En este caso, la norma sobre inembargabilidad (artículo 594 del Código General del Proceso) es suficientemente clara y no ofrece motivos de duda; cosa diferente es que el recurrente en aclaración no esté de acuerdo con la medida cautelar adoptada por esta Sala de Decisión o las consecuencias que de ella se derivaron, caso en el cual podrá interponer el recurso de

apelación o la solicitud de levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar, en los términos del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011.

La solicitud de aclaración de la Presidencia de la Republica

Tal como se explicó, la solicitud de aclaración presentada por la Presidencia de la República está orientada en cuatro ejes: el primero en relación con la condición de *“representante legal de la Nación”*; el segundo y el tercero referentes a determinar si las órdenes impartidas suponen para la Presidencia de República la exclusión o usurpación de competencias de la Agencia Nacional de Infraestructura y de la Superintendencia de Puertos y Transporte en relación con las medidas de terminación del contrato de concesión y de toma de posesión decretadas por la Superintendencia; y, finalmente, expone unos argumentos sobre *“(l)as dificultades prácticas de cumplir las medidas cautelares de urgencia decretadas”* que, en su criterio deben ser aclaradas.

En primer orden, es importante resaltar que las órdenes impartidas en la parte resolutive de la providencia del 9 de febrero de 2017 son claras al señalar que corresponde al Presidente de la República (y no al Gobierno Nacional, el cual no se menciona como destinatario de este tipo de órdenes en ningún acápite de la parte resolutive), “[...] en su condición de **Suprema Autoridad Administrativa y Representante Legal de la Nación** [...]” la obligación de designar “[...] **la autoridad que habrá de administrar el Proyecto Ruta del Sol Sector II**, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., **a fin de evitar la paralización de las obras que se están ejecutando, mientras dure la suspensión provisional del contrato mencionado, se dicte sentencia dentro de esta acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento acerca de la nulidad del contrato**” (Destacado por la Sala).

A su turno, el inciso segundo de la orden impartida en el ordinal Primero, numeral 1.2., de la parte resolutive de la providencia del 9 de febrero de 2017 establece que **“La autoridad que señale el señor PRESIDENTE DE LA**

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

El Tribunal considera que la orden impartida al señor Presidente de la República no ofrece motivos de duda que deban ser aclarados en esta providencia porque, en primer lugar, las cargas que se imponen deberán ser cumplidas "[...] **de conformidad con la ley**", como expresamente se señaló en el aparte final del inciso segundo de la orden impartida en el ordinal Primero, numeral 1.2. de la parte resolutive de la providencia del 9 de febrero de 2017.

Así mismo, nótese que las órdenes que se imparten son claras al señalar que "(l)**a autoridad que señale** el señor **PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**" tendrá la obligación de tomar posesión inmediata de las obras de la Concesión Ruta del Sol Sector II, para los fines específicos planteados en los ordenamientos.

En ningún aparte se alude por parte del Tribunal a una supuesta exclusión de la Agencia Nacional de Infraestructura o de la Superintendencia de Puertos y Transporte en relación con las acciones que en coordinación con el Alto Funcionario, puedan desplegar dichas entidades para efectos de superar la amenaza y vulneración a los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, al Patrimonio Público y de Acceso a los Servicios Públicos, que se pusieron de presente en la providencia del 9 de febrero de 2017.

La finalidad de la medida adoptada por la Sala de Decisión busca que la administración resuelva las “cuestiones acuciantes en esta coyuntura [...]” y que las medidas que se adopten estén articuladas por y desde quien a la luz de la Constitución Política de 1991 es la Suprema Autoridad Administrativa y representante legal de la Nación; ello de ninguna manera supone una autorización para que el señor Presidente de la República usurpe las competencias de otras autoridades porque, en primer orden, los mandatos de los jueces no pueden ser interpretados en contra de los postulados legales y, en segundo orden, se recuerda que la decisión adoptada fue específica al señalar que las órdenes impartidas se debían cumplir con sujeción a la ley.

En relación con el argumento relativo al carácter de “Representante Legal de la Nación” que ostenta el señor Presidente de la República, la Sala resalta que la providencia no señala que el Alto Funcionario sea el **único** funcionario facultado para obrar en representantación legal de la Nación poniendo trabas con ello a la desconcentración, la delegación y la descentralización; lo que dice la providencia es que el Presidente de la República en su condición de Representante Legal de la Nación, conforme se deriva de los artículos 189 de la Constitución y 80 de la Ley 153 de 1887, deberá adoptar algunas de las medidas señaladas en la providencia recurrida.

El artículo 189 de la Constitución establece que corresponden al Presidente de la República como “**Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa**” una serie de atribuciones que lo convierten en el superior jerárquico de todos los ministerios, departamentos administrativos, de la Fuerza Pública y, en general, de la Rama Ejecutiva del Poder Público en Colombia (pudiendo, incluso, modificar, suprimir o fusionar entidades u organismos conforme con la ley). En este sentido, las órdenes se imparten a quien tiene la condición de Suprema Autoridad Administrativa con el propósito de que las medidas que se adopten en cumplimiento de la providencia del 9 de febrero de 2017 estén debidamente articuladas y bajo su supervisión.

Finalmente, la Presidencia de la República expuso en un capítulo denominado "(l)as dificultades prácticas de cumplir las medidas cautelares de urgencia decretadas" una serie de argumentos que, en criterio de la Sala, no son razones propias de una solicitud de aclaración sino de oposición a las medidas cautelares decretadas por este Tribunal en la providencia del 9 de febrero de 2017. En este sentido, la Presidencia de la República puede, si lo considera del caso, interponer el correspondiente recurso de apelación contra el auto del 9 de febrero de 2017.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión negará la solicitud de aclaración presentada por la Presidencia de la República.

La solicitud de aclaración de la Agencia Nacional de Infraestructura

Comenzará la Sala por recordar las siguientes consideraciones que se tuvieron en cuenta para resolver la solicitud de medidas cautelares contenidas en el auto de 9 de febrero de 2017:

"[...]

Así las cosas, resulta claro para el Tribunal, luego de examinar varias alternativas, que deferir una determinación con respecto a la suerte jurídica del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 no solo sigue siendo lesivo de los derechos a la Moralidad Administrativa y al Patrimonio Público, como fue explicado; sino que resulta pernicioso frente al derecho colectivo de Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea adecuada y eficiente, pues no hace más que prolongar el limbo jurídico en el que quedó el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, luego de los actos de corrupción mencionados cuya comisión fue reconocida ante una corte extranjera y ante la justicia nacional, que dejan en evidencia la palmaria ilicitud que rodeó la adjudicación referida.

La medida de suspensión del contrato permitirá a la Administración resolver cuestiones acuciantes en esta coyuntura como la pertinencia o no de desembolsos a los que está obligada la Agencia Nacional de Infraestructura en el marco del contrato o la continuidad o no del flujo de ingresos provenientes de los peajes a favor de la concesionaria; que si bien aparecen como obligaciones de la administración en el marco del contrato, resultan inaceptables en las actuales condiciones frente a la protección de los derechos colectivos, deber cuya observancia también corresponde a la Agencia Nacional de Infraestructura, pues su conducta no sólo debe ajustarse a los términos del clausulado del contrato sino también al orden jurídico en su conjunto.

[...]

En todo caso, constituyen motivos de preocupación para el Tribunal las consecuencias de todo orden derivadas de la suspensión provisional del contrato respecto del derecho colectivo de Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, no sólo por el énfasis puesto por el Procurador General de la Nación en su petición de medidas cautelares sino también porque considera que es su deber asegurar el amparo simultáneo de los derechos colectivos que se encuentran comprometidos en una situación como la presente.

En virtud de ello, este Tribunal ordenará al señor Presidente de la República para que en su condición de Suprema Autoridad Administrativa y Representante Legal de la Nación sea él quien designe la autoridad que habrá de administrar el Proyecto Ruta del Sol Sector II, a fin de evitar la paralización de las obras que se están ejecutando, mientras dure la suspensión provisional del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, se dicte sentencia dentro de esta acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento acerca de la nulidad del contrato.

Esta autoridad que señale el señor Presidente de la República tendrá la obligación de tomar posesión inmediata de las obras, velar por la correcta y eficiente ejecución de los trabajos de obra, así como la de ejercer una constante vigilancia sobre los recursos económicos que provengan o sean fruto de la concesión; además de asegurar la estabilidad de los contratos laborales y subcontratos de obra, suministro, de prestación de servicios o de cualquier otra naturaleza que en la actualidad estén vigentes por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, para cuyos efectos el señor Presidente de la República podrá llevar en forma directa o determinar la forma delegada en se habrán de realizar las actuaciones administrativas de tipo financiero y presupuestal que permitan la continuidad de la obra, la estabilidad de los contratos laborales y de los subcontratistas de obra, de prestación de servicios, de suministros o de cualquier otra naturaleza.

Para ello, el señor Presidente de la República, podrá destinar – o delegar que así ocurra- en la forma en que lo estime conveniente para el éxito del proyecto los aportes previstos por la Agencia Nacional de Infraestructura que habrían de ser transferidos a la concesionaria en las vigencias anuales sucesivas- respetando la anualidad correspondiente- así como los ingresos provenientes de los peajes que actualmente recibe la concesionaria los cuales serán destinados a continuar con la financiación de la obra en la forma como lo determine o bien fijará los parámetros para que así ocurra por parte de la autoridad que se designe”.

De conformidad con las consideraciones esbozadas por la Sala en el auto del 9 de febrero de 2017, las aclaraciones que pide la ANI sobre la orden de suspensión del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, se dirigen a cuatro aspectos: (i) la necesidad, según la ANI, de realizar un nuevo contrato de concesión para asegurar la realización de la obra por lo cual estima “inintendibles” las medidas cautelares, pues ordenan la suspensión del contrato y, al propio tiempo, la continuidad de las obras; (ii) la comprensión de la ANI según la cual los dineros del Patrimonio Autónomo del proyecto Ruta del Sol Sector II “no pueden ser utilizados para la administración por la autoridad que designe el señor Presidente”; (iii) al existencia de una serie de

efectos sociales y ambientales generados, según la ANI, por la suspensión del contrato de concesión que se menciona; y (iv) el impacto de las órdenes de embargo sobre la concesionaria y sus socios que afectará "otros proyectos de infraestructura vial nacional, pues limita el acceso que se tiene a créditos, que se requieren para realizar la inversión."

El Tribunal pasará a referirse a cada uno de los planteamientos formulados.

En relación con el primero de ellos, esta Corporación quiere señalar que en ningún aparte de su decisión del 9 de febrero de 2017 se afirma que no es posible o deseable o conveniente acudir a la convocatoria de una nueva licitación con miras a seleccionar un nuevo concesionario. La razón para guardar silencio sobre dicho aspecto tiene fundamento en que el Tribunal no podría ordenar la convocatoria de una nueva licitación –al menos en el marco de los derechos invocados en la demanda y en la petición de medidas cautelares- sin que en forma definitiva se resuelva primero sobre la suerte jurídica del Contrato de Concesión No.001 de 2010 lo que, en principio, sólo compete al Tribunal de Arbitramento.

Por otro lado, en el marco de los derechos colectivos invocados por el señor Procurador General de la Nación, el Gobierno Nacional es autónomo para decidir cuál es el medio para dar cumplimiento a la obra pública de que se trata, uno de los cuales es el contrato de concesión. En este sentido, el Tribunal no afirmó que la ejecución directa por parte del Gobierno Nacional sea el mecanismo que se instaure en forma definitiva para la realización de la obra, pues las órdenes dirigidas al señor Presidente de la República, que se encuentran contenidas en la providencia del 9 de febrero de 2017, tienen como propósito atender los efectos **inmediatos y transitorios** derivados de la medida cautelar: "a fin de evitar la paralización de las obras que se están ejecutando, **mientras** dure la suspensión provisional del contrato mencionado, se dicte sentencia dentro de esta acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento acerca de la nulidad del contrato." (Destacado por la Sala; corresponde al párrafo 1 del ordenamiento 1.2. del auto del 9 de febrero de 2017).

Dicho en otras palabras, no se desconocen la importancia y características del contrato de concesión ni se está sugiriendo que se adelante la obra en forma directa, sólo se señalaron los medios para que la suspensión dictada permita compatibilizar la protección de los derechos invocados en un escenario complejo derivado de la afectación jurídica ocasionada al contrato aludido por cuenta de los hechos de corrupción que rodearon la adjudicación correspondiente.

En segundo orden, refiere la ANI que en su entendimiento los dineros del proyecto Ruta del Sol II Sector que se encuentran en el Patrimonio Autónomo “no pueden ser utilizados para la administración por la autoridad que designe el señor Presidente.”.

La comprensión de la ANI sobre este punto es equivocada. En efecto, el Tribunal en el párrafo 3 del ordenamiento 1.2. de la providencia de 9 de febrero de 2017 dijo que el señor Presidente de la República podrá destinar, en la forma en que lo estime conveniente para el éxito del proyecto, “los aportes previstos por la Agencia Nacional de Infraestructura que habrían de ser transferidos a la Concesionaria en las vigencias anuales sucesivas –respetando la anualidad correspondiente- así como los ingresos provenientes de los peajes que actualmente recibe la Concesionaria los cuales serán destinados a continuar con la financiación de la obra en la forma como lo determine.”.

La alusión especial que hizo el Tribunal a los aportes de la ANI que habrían de ser transferidos y a los dineros provenientes de los peajes, se explica por cuanto dichos dineros son la fuente más inmediata de nuevos recursos para el proyecto y en relación con los cuales se estimó del caso formular una previsión particular, de modo que no sigan siendo percibidos por la Concesionaria, con grave afectación de los derechos colectivos invocados. Pero dicha circunstancia no limita la capacidad de la Administración para disponer, con destino a la continuidad del proyecto, de los dineros del Patrimonio Autónomo referido, entre otras razones, porque en el párrafo 2 del ordenamiento 1.2. se indicó que el señor Presidente de la República

677

para la correcta y eficiente ejecución de los trabajos de obra “podrá llevar a cabo en forma directa o determinar la forma delegada en que se habrán de realizar las **actuaciones administrativas, de tipo financiero y presupuestal**, que permitan la continuidad de la obra (...).”.

En tercer lugar, manifiesta la ANI que hay una serie de efectos sociales y ambientales generados, según la entidad pública mencionada, debido a la suspensión del Contrato de Concesión. Sobre el particular, quiere puntualizar la Sala que no cabe duda acerca de las difíciles circunstancias que menciona la solicitante de la aclaración; y, por tal motivo, fue que el Tribunal tomó la determinación de ordenar al señor Presidente de la República que en forma directa o mediante delegación velara por la “correcta y eficiente ejecución de obra” a raíz de la suspensión del contrato. Esto implica, como es obvio, la satisfacción de las obligaciones ambientales propias de una obra de estas características. De otro lado, con respecto a la situación de los trabajadores, el Tribunal fue explícito en señalar que la actividad desplegada por el alto funcionario aludido debe “asegurar la estabilidad de los contratos laborales.”.

El cuarto de los puntos señalados por la ANI atañe a una serie de impactos en la estructura financiera de la concesionaria y de sus socios, que afectará otros proyectos de infraestructura nacional. Sobre este aspecto, el Tribunal sólo puede señalar que el planteamiento de la ANI no constituye una solicitud de aclaración con respecto a los alcances de las medidas cautelares, sino que representa un cuestionamiento a los embargos decretados contra las personas jurídicas de derecho privado que se mencionan. En consecuencia, deben ser materia, si así lo estima la ANI, del correspondiente recurso de apelación contra el auto del 9 de febrero de 2017.

Finalmente, este Tribunal negará la solicitud de audiencia formulada por el señor Presidente de la ANI, por considerar que las inquietudes planteadas han sido resueltas en la presente providencia.

Decisión

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

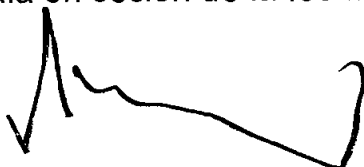
RESUELVE

PRIMERO.- NIÉGANSE las peticiones de aclaración de la providencia del 9 de febrero de 2017, presentadas por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.; la Presidencia de la República y la Agencia Nacional de Infraestructura, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

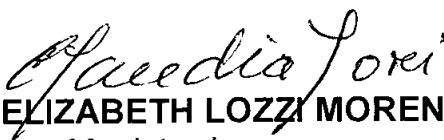
SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia y cumplidos los trámite secretariales del caso, por Secretaría, **INGRESE** el expediente al Despacho del Magistrado Sustanciador para emitir pronunciamiento sobre los recursos de apelación que presentaron las partes, o que llegaren a presentar, contra la providencia del 9 de febrero de 2017.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en Sala en sesión de la fecha.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FEMPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

679

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 250002341000201700083-00
Demandante: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado: CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS
MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS E
INTERESES COLECTIVOS – MEDIDA CAUTELAR
Asunto: Da alcance a la providencia del 9 de febrero de 2017 y
ordena embargo de bienes inmuebles

La Sala procede a dar alcance a la providencia del 9 de febrero de 2017 mediante la cual se dispuso resolver la solicitud de medida cautelar de urgencia que formuló el señor Procurador General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 26 de enero de 2017, el señor Procurador General de la Nación interpuso demanda en ejercicio del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos contra la Concesionaria Rotal del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, con el fin que de proteger los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público y el Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. En escrito aparte, el actor popular solicitó la aplicación de medidas cautelares de urgencia, con el fin de evitar un perjuicio irremediable y salvaguardar los derechos colectivos que considera afectados (Fls. 1 a 69 del Expediente).

2. Esta Sala de Decisión, mediante providencia del 9 de febrero de 2017 dispuso resolver la medida cautelar de urgencia solicitada por el señor Procurador General de la Nación, en el siguiente sentido (Fls. 263 a 360 del Cdo. de Medida Cautelar):

680

"RESUELVE**PRIMERO.- DECRÉTANSE las siguientes MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA:**

1.1.- DECLÁRASE la SUSPENSIÓN provisional de los efectos del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, junto con sus modificaciones, adiciones y otrosí, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., hasta tanto se dicte sentencia de acción popular o se resuelva por el Tribunal de Arbitramento la petición de nulidad del contrato.

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

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

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

El Tribunal solicitará periódicamente los informes que estime del caso.

1.3.- ORDÉNASE el embargo de las cuentas bancarias y los dividendos obtenidos por las sociedades **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, registrada en la Cámara de Comercio con matrícula No. 01951882 y NIT 900330667-2; **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** registrada en la Cámara de Comercio con matrícula No. 00489542 y NIT 800155291-4; **ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.** con matrícula mercantil No. 02309333 y NIT 900606148-8; **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.** con matrícula No. 01761324 y NIT 900192242-3; y **CSS CONSTRUCTORES**

681

S.A. con matrícula No. 01158516 y NIT 832006599-5, para lo cual, la Secretaría de la Sección deberá librar los oficios correspondientes.

La anterior determinación, sin perjuicio de la prohibición de embargo de los dineros para la ejecución de otros contratos estatales y de las establecidas por el artículo 594 del Código General del Proceso¹.

1.4. **ORDÉNASE** el embargo de las cuentas bancarias de los señores **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** identificado con la C.C. No. 73.151.343 de Cartagena D.T.C.; **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, identificado con cédula de extranjería No. E370013 y cédula de identidad RG No. 21323942-5; **LUIZ ANTONIO MAMERI** identificado con cédula de

¹ EL artículo 594 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 594. BIENES INEMBARGABLES. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.
2. Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios.
3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.
Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.
4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.
5. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.
6. Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados.
7. Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios.
8. Los uniformes y equipos de los militares.
9. Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos.
10. Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano.
11. El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor.
12. El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez.
13. Los derechos personalísimos e intransferibles.
14. Los derechos de uso y habitación.
15. Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título.
16. Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales.

PARÁGRAFO. Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.

En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene”.

682

identidad RG No. 03382231-3; y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** identificado con cédula de identidad RG No. 12617267-5; para lo cual la Secretaría de la Sección libraré los oficios y exhortos del caso.

Para efectos de garantizar el trámite de los exhortos y cartas rogatorias ordenados en esta providencia, la Procuraduría General de la Nación, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio de Relaciones Exteriores deberán prestar toda la colaboración necesaria.

1.5. Los embargos ordenados en esta providencia se realizarán hasta por el monto de **CIENTO NOVENTA Y UN MIL CIENTO DIECIOCHO MILLONES QUINIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS PESOS** (\$191.118'508.500.00) y deberán ser consignados a órdenes de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca², en la Cuenta de Depósitos Judiciales No. 250001025001 del Banco Agrario de Colombia.

SEGUNDO.- El embargo de los bienes inmuebles solicitado por el Procurador General de la Nación quedará sujeto a la individualización que haga el actor popular de estos bienes de propiedad de las personas embargadas en esta providencia.

Para ello, el Procurador General de la Nación deberá suministrar la información correspondiente.

TERCERO.- Por Secretaría de la Sección, **LÍBRENSE** los oficios y exhortos del caso.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 229, inciso 2, de la ley 1437 de 2011, la presente decisión de medidas cautelares no constituye prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión.

QUINTO.- Comuníquese esta decisión a las entidades accionadas para el cumplimiento de la medida" (Destaca la Sala).

3. En cumplimiento de las órdenes impartidas por esta Sala de Decisión en los ordinales Primero, numerales 1.3 y 1.4, y Segundo de la providencia del 9 de febrero de 2017, la Procuraduría General de la Nación allegó al proceso el "Informe Parcial de Comisión", suscrito por el Director Nacional de Investigaciones Especiales del Ente de Control.

En dicho informe y conforme a las visitas realizadas por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación a varias entidades del Estado, se determinó la existencia de una serie de bienes inmuebles de propiedad de algunas de las personas jurídicas que fueron objeto de la medida de embargo adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2017. Según

² Dirección Ejecutiva Seccional Bogotá y Cundinamarca – Tribunal Administrativo de Cundinamarca, N.I.T. 800165862-2

683

informó la Procuraduría General de la Nación, el documento aportado tiene el carácter de reservado.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tal como se explicó en la providencia del 9 de febrero de 2017, en la solicitud de medida cautelar de urgencia el señor Procurador General de la Nación le solicitó a este Tribunal que considerara la posibilidad de adoptar medidas de embargo de bienes muebles e inmuebles y de las rentas de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., las sociedades accionistas que la conforman y sus miembros, para responder patrimonialmente por los daños, perjuicios, indemnizaciones, demandas y, en general, para la recuperación de los USD \$11.1 millones de dólares y otros daños que se llegaren a ocasionar. Entre estos últimos consideró el Tribunal que, además, se debían incluir los representados por las eventuales demandas contra el Estado por parte de los proponentes no favorecidos, los sobrecostos en los que incurriría el Gobierno Nacional al recibir la obra con motivo de la suspensión del contrato, los costos derivados de la eventual apertura de una nueva licitación y los perjuicios derivados del daño reputacional ocasionado a la institucionalidad encargada de la adjudicación de las obras públicas.

En dicha providencia la Sala concluyó que se contaba con elementos suficientes para el decreto de varias medidas cautelares para la protección, entre otros derechos colectivos, del derecho a la Defensa del Patrimonio Público; y se determinó que si bien las medidas cautelares de embargo no están previstas en forma expresa por el artículo 25 de la ley 472 de 1998, dicha norma faculta al juez para “decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado” (Destacado por la Sala). En dicha oportunidad, la Sala de Decisión consideró que la medida de embargo de bienes muebles e inmuebles era idónea a los fines del medio de control, en particular para garantizar la protección del derecho e intereses colectivo a la Defensa del Patrimonio Público.

La regulación general sobre el embargo de bienes se encuentra prevista en el artículo 599 del Código General del Proceso:

“ARTÍCULO 599. EMBARGO Y SECUESTRO. Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado.

Cuando se ejecute por obligaciones de una persona fallecida, antes de liquidarse la sucesión, sólo podrán embargarse y secuestrarse bienes del causante.

El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad.

En el momento de practicar el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia.

En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación. Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.

La caución a que se refiere el artículo anterior, no procede cuando el ejecutante sea una entidad financiera o vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia o una entidad de derecho público.

Cuando se trate de caución expedida por compañía de seguros, su efectividad podrá reclamarse también por el asegurado o beneficiario directamente ante la aseguradora, de acuerdo con las normas del Código de Comercio.

PARÁGRAFO. El ejecutado podrá solicitar que de la relación de bienes de su propiedad e ingresos, el juez ordene el embargo y secuestro de los que señale con el fin de evitar que se embarguen otros, salvo cuando el embargo se funde en garantía real. El juez, previo traslado al ejecutante por dos (2) días, accederá a la solicitud siempre que sean suficientes, con sujeción a los criterios establecidos en los dos incisos anteriores” (Destacado por la Sala).

685

El embargo es, entonces, una medida cautelar de carácter económico orientada a sacar del comercio los bienes y activos de la persona que es materia del embargo; dicha medida se encuentra sujeta a dos condiciones, a saber: (i) la determinación e individualización de la persona que será embargada y (ii) la limitación del embargo a lo estrictamente necesario conforme a la ley.

A su turno, el artículo 593 del Código General del Proceso establece el procedimiento para efectuar los embargos:

“ARTÍCULO 593. EMBARGOS. Para efectuar embargos se procederá así:

1. El de bienes sujetos a registro se comunicará a la autoridad competente de llevar el registro con los datos necesarios para la inscripción: si aquellos pertenecieren al afectado con la medida, lo inscribirá y expedirá a costa del solicitante un certificado sobre su situación jurídica en un período equivalente a diez (10) años, si fuere posible. Una vez inscrito el embargo, el certificado sobre la situación jurídica del bien se remitirá por el registrador directamente al juez.

Si algún bien no pertenece al afectado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez; si lo registra, este de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo. Cuando el bien esté siendo perseguido para hacer efectiva la garantía real, deberá aplicarse lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 468.

2. El de los derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupa un predio de propiedad de otra, se perfeccionará previniendo a aquella y al obligado al respectivo pago, que se entiendan con el secuestre para todo lo relacionado con las mejoras y sus productos o beneficios.

Para el embargo de mejoras plantadas por una persona en terrenos baldíos, se notificará a esta para que se abstenga de enajenarlas o gravarlas.

3. El de bienes muebles no sujetos a registro y el de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos, excepto en los casos contemplados en los numerales siguientes.

4. El de un crédito u otro derecho semejante se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que para hacer el pago deberá constituir certificado de depósito a órdenes del juzgado. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho.

Al recibir el deudor la notificación deberá informar acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquella, so pena de responder por el correspondiente pago, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.

686

La notificación al deudor interrumpe el término para la prescripción del crédito, y si aquel no lo paga oportunamente, el juez designará secuestre quien podrá adelantar proceso judicial para tal efecto. Si fuere hallado el título del crédito, se entregará al secuestre; en caso contrario, se le expedirán las copias que solicite para que inicie el proceso.

El embargo del crédito de percepción sucesiva comprende los vencimientos posteriores a la fecha en que se decretó y los anteriores que no hubieren sido cancelados.

5. El de derechos o créditos que la persona contra quien se decreta el embargo persiga o tenga en otro proceso se comunicará al juez que conozca de él para los fines consiguientes, y se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo de la comunicación en el respectivo despacho judicial.

6. El de acciones en sociedades anónimas o en comandita por acciones, bonos, certificados nominativos de depósito, unidades de fondos mutuos, títulos similares, efectos públicos nominativos y en general títulos valores a la orden, se comunicará al gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad o empresa emisora o al representante administrativo de la entidad pública o a la entidad administradora, según sea el caso, para que tome nota de él, de lo cual deberá dar cuenta al juzgado dentro de los tres (3) días siguientes, so pena de incurrir en multa de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales. El embargo se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio y a partir de esta no podrá aceptarse ni autorizarse transferencia ni gravamen alguno.

El de acciones, títulos, bonos y efectos públicos, títulos valores y efectos negociables a la orden y al portador, se perfeccionará con la entrega del respectivo título al secuestre.

Los embargos previstos en este numeral se extienden a los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan, con los cuales deberá constituirse certificado de depósito a órdenes del juzgado, so pena de hacerse responsable de dichos valores.

El secuestre podrá adelantar el cobro judicial, exigir rendición de cuentas y promover cualesquiera otras medidas autorizadas por la ley con dicho fin.

7. El del interés de un socio en sociedad colectiva y de gestores de la en comandita, o de cuotas en una de responsabilidad limitada, o en cualquier otro tipo de sociedad, se comunicará a la autoridad encargada de la matrícula y registro de sociedades, la que no podrá registrar ninguna transferencia o gravamen de dicho interés, ni reforma de la sociedad que implique la exclusión del mencionado socio o la disminución de sus derechos en ella.

A este embargo se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del numeral anterior y se comunicará al representante de la sociedad en la forma establecida en el inciso primero del numeral 4, a efecto de que cumpla lo dispuesto en tal inciso.

8. Si el deudor o la persona contra quien se decreta el embargo fuere socio comanditario, se comunicará al socio o socios gestores o al liquidador, según fuere el caso. El embargo se considerará perfeccionado desde la fecha de recibo del oficio.

9. El de salarios devengados o por devengar se comunicará al pagador o empleador en la forma indicada en el inciso primero del numeral 4 para que de las sumas respectivas retenga la proporción determinada por la ley y

constituya certificado de depósito, previniéndole que de lo contrario responderá por dichos valores.

Si no se hicieren las consignaciones el juez designará secuestre que deberá adelantar el cobro judicial, si fuere necesario.

10. El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podrá exceder del valor del crédito y las costas más un cincuenta por ciento (50%). Aquellos deberán constituir certificado del depósito y ponerlo a disposición del juez dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo.

11. El de derechos proindiviso en bienes muebles se comunicará a los otros coparticipes, advirtiéndoles que en todo lo relacionado con aquellos deben entenderse con el secuestre.

PARÁGRAFO 1o. En todos los casos en que se utilicen mensajes de datos los emisores dejarán constancia de su envío y los destinatarios, sean oficinas públicas o particulares, tendrán el deber de revisarlos diariamente y tramitarlos de manera inmediata.

PARÁGRAFO 2o. La inobservancia de la orden impartida por el juez, en todos los caso previstos en este artículo, hará incurrir al destinatario del oficio respectivo en multas sucesivas de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos mensuales" (Destacado por la Sala).

En la providencia del 9 de febrero de 2017 la Sala consideró que la medida de embargo, en el caso concreto, cumple con el criterio de instrumentalidad si se tiene cuenta este tipo de medidas económicas están orientadas a garantizar la existencia de activos económicos para el pago de las posibles indemnizaciones que podrían causarse en la sentencia y en favor de la entidad pública no culpable en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

Así mismo, la Sala consideró que la medida cumple con los criterios de idoneidad y variabilidad, si se tiene en cuenta que es un mecanismo apto para proteger el derecho colectivo al Patrimonio Público porque se garantiza el pago de obligaciones futuras; y, además, porque la medida de embargo puede ser modificada por la Sala de oficio o a solicitud de parte.

Con el propósito de decretar el embargo solicitado por el señor Procurador General de la Nación, la Sala realizó dos análisis, a saber: (i) la identificación de

688

los sujetos que serán embargados y (ii) la determinación del monto del embargo a decretar.

En relación con el primer elemento, la providencia del 9 de febrero de 2017 consideró lo siguiente:

"Los sujetos del embargo"

En relación con el primer punto, la Sala recuerda que como consecuencia de la adjudicación de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A.; Odebrecht Invetimentos Em Infraestructura Ltda.; Estudios y Proyectos del Sol S.A.- EPISOL S.A. y CSS Constructores S.A. se comprometieron a constituir una sociedad para el desarrollo del proyecto. En cumplimiento de lo anterior, las sociedades mencionadas constituyeron la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. con los porcentajes de participación que se relacionan a continuación:

SOCIO	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL SOCIAL
Constructora Norberto Odebrecht S.A.	25%
Odebrecht Invetimentos Em Infraestructura Ltda. (hoy Odebrecht Latinvest Colombia S.A.)	37%
Estudios y Proyectos del Sol S.A.- EPISOL S.A.	33%
CSS Constructores S.A	5%

Es importante resaltar que, en la actualidad, la composición accionaria ha cambiado según lo informó la Agencia Nacional de Infraestructura; lo anterior en debido a que, producto de una cesión accionaria, la sociedad Odebrecht Invetimentos Em Infraestructura Ltda., transfirió la totalidad de su participación (37%) a la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S.

Pues bien, el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010 fue suscrito por entre el Instituto Nacional de concesiones, INCO, y los representantes legales de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.; esto es: por los señores David Eduardo Villalba Escobar en calidad de Subgerente de Estructuración y Adjudicación del Instituto Nacional de Concesiones; Gabriel Ignacio García Morales en calidad de Gerente General (e) del Instituto Nacional de Concesiones; Amilton Hideaki Sendai en calidad de representante legal principal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y Manuel Ricardo Cabral Ximenes en calidad de representante legal suplente de la Concesionaria adjudicataria.

689

El Parágrafo No. 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 prevé la conformación de sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal; así mismo, establece que en tales casos la responsabilidad de los socios frente a las **actuaciones, hechos y omisiones** de la sociedad es solidaria:

“Artículo 7º.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. **Consortio:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. **En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.**

[...]

Parágrafo 3. En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios” (Destaca la Sala).

Lo anterior significa que aun cuando la Concesionaria demandada tiene la naturaleza propia de una sociedad por acciones simplificada –S.A.S.–, para los efectos de determinar la responsabilidad del contrato estatal de concesión, **se le aplican las normas típicas de los consorcios.**

De otro lado, la Sala encuentra que según el artículo 52 de la ley 80 de 1993 los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes:

“Artículo 52º.- De la Responsabilidad de los Contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. **Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley”** (Destacado por la Sala).

El Consejo de Estado, por su parte, en sentencia de 1 de agosto de 2016 expediente 2000-01778 (29204), con ponencia del Consejero Danilo Rojas Betancourt consideró:

“68. Por su parte, el artículo 52 *ibidem*, que regula la responsabilidad de los contratistas, establece que éstos responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley y que los consorcios y uniones temporales lo harán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de la misma ley.

69. De acuerdo con lo anterior, se observa que si bien el régimen de responsabilidad de las sociedades está determinado en las normas civiles y comerciales correspondientes, lo cierto es que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, establece que a los contratos estatales regidos por este estatuto se les aplicarán dichas normas en lo que resulte pertinente, *“salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*.

70. En consecuencia, aunque de acuerdo con la regulación legal del régimen de sociedades, contenido en el código de comercio, la responsabilidad de las sociedades anónimas no se extiende a sus socios

sino hasta el monto de sus respectivos aportes³, cuando se trate de las sociedades conformadas para la adjudicación, celebración y ejecución de contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993 –que, entre otras cosas, de acuerdo con lo establecido por el artículo 41 son *intuitu personae*-, la responsabilidad de sus socios será la misma que se puede exigir a los miembros de un consorcio, en los términos dispuestos por el artículo 7º del referido estatuto, **es decir, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato**⁴.” (Destacado por la Sala).

Finalmente, el artículo 199 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” establece que en los procesos de acciones populares en los que se demuestre existencia de daño patrimonial para el Estado, proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial:

“Artículo 119. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial”.

En conclusión, la Sala considera que para efectos evaluar la responsabilidad de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. de cara a los perjuicios que le correspondería pagar se le debe dar el tratamiento de consorcio y, en consecuencia, la responsabilidad de sus accionistas será la señalada en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993; esto es, la de responsabilidad solidaria por todas las **actuaciones, hechos y omisiones** de sus integrantes que se presenten **en desarrollo de la propuesta y del contrato**, lo cual deriva en el efecto de que las medidas que se dictan en esta providencia se adoptarán contra todos los integrantes de la Concesionaria en forma solidaria.

Conforme a lo expuesto, la Sala ordenará el embargo de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y de las sociedades que la conforman: Constructora Norberto Odebrecht S.A.; Odebrecht Latinvest Colombia S.A.; Estudios y Proyectos del Sol S.A., Episol, y CSS Constructores S.A.

Finalmente, se ordenará el embargo de las personas que, conforme a las pruebas que obran en el proceso, en especial los Anexos Reservados Nos. 1 y 2, incurrieron en conductas contrarias a la ley para efectos de lograr la adjudicación irregular de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009; esto es, los señores Gabriel Ignacio García Morales; Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares”.

³ Artículo 373, C. de Co.

⁴ “(...) las personas que suscriban el documento de intención consistente en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique, quedan comprometidas solidariamente por las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato hasta cuando se cumpla íntegramente el objeto de aquella y éste. Por tanto, si durante el desarrollo de la propuesta o del contrato adjudicado uno o varios socios de la sociedad constituida transfieren su parte de interés, cuotas o acciones en ella a un tercero, dicho socio o socios no quedan por ese hecho liberados de la responsabilidad solidaria, por cuanto ella tiene su fuente en la ley, y no es en relación con las obligaciones que emanan del contrato de sociedad sino de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, a las cuales quedan ligados los socios desde el momento en que suscriben el documento de intención” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 17 de mayo de 2001, rad. n.º 1346. C.P. César Hoyos Salazar.

691

En relación con el segundo elemento, esto es, la limitación del embargo a decretar, la providencia del 9 de febrero de 2017 consideró:

“Limitación del embargo decretado

El artículo 599 del Código General del Proceso establece que “El juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquél crédito [...]”.

[...]

Para efectos de determinar el monto del embargo a decretar en esta providencia, la Sala tendrá en cuenta el valor de los sobornos que fueron pagados por los directivos de Odebrecht a los funcionarios del Estado que, conforme se encuentra probado en el proceso (Anexos reservado No. 2), ascendió a la suma de once millones cien mil dólares (US\$11.100.000,00); que en pesos colombianos equivale a treinta y un mil seiscientos setenta y nueve millones doscientos ochenta y nueve mil pesos M/cte. (\$31.962'339.000,00).

Finalmente, para efectos de determinar el monto a embargar en relación con la prevención del daño y amenaza al Patrimonio Público por el riesgo que representa para el Estado la exposición a eventuales demandas de los oferentes no favorecidos por causa de la adjudicación irregular del contrato, la Sala adoptará la tesis según la cual el margen de utilidad esperada por los oferentes de una Licitación Pública corresponde al cinco (5%) sobre el valor de la propuesta.

Así lo consideró el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 12 de mayo de 2016 en la cual consideró:

“Comoquiera que no existen pruebas para establecer con certeza el porcentaje que sobre ese valor habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala, con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales precedentes en los que esta Subsección⁵ ha afrontado la misma situación, acudirá a las reglas de la experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización que se debe, siguiendo los mismos lineamientos trazados por esta Corporación en oportunidades anteriores.

En ese orden, la Sala considera que sobre el valor de la propuesta se debe calcular, el cinco por ciento (5%) por concepto de la utilidad esperada por ser el porcentaje que

⁵ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, proferida el 12 de noviembre de 2014, dentro del expediente No. 29.855, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera:

“Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad.

“Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 188733 (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales”.

692

normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado⁶ (Destaca la Sala).

El anterior criterio jurisprudencial reitera pronunciamientos anteriores del Consejo de Estado, entre ellos, la sentencia del 12 de noviembre de 2014, Exp. No. 298555, Consejero Ponente, doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Así pues, se tiene que el 5% del valor de la propuesta económica más alta presentada por los oferentes no favorecidos en la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, según las propuestas económicas que remitió la Agencia Nacional de Infraestructura, corresponde a la suma de noventa y cinco mil cuatrocientos cincuenta millones de pesos (\$95.450.000.000,00).

En consecuencia, el embargo que ordena esta Sala de Decisión será por el valor resultante de la sumatoria de los dineros que se pagaron a funcionarios del Estado por concepto de sobornos para efectos de lograr la adjudicación irregular de la Licitación Pública tantas veces mencionada (**X1**) y los que corresponden al rubro determinado para efectos de prever el riesgo que representa para el Estado la exposición a eventuales demandas de los oferentes no favorecidos por causa de la adjudicación irregular del contrato (**X2**); más un 50% en los términos de los artículos 593 y 599 del Código General del Proceso (**V2**).

Conforme lo anterior, la Sala aplicará las siguientes fórmulas:

Valor Total a Embargar (VTE) = V1 + V2

V1 = X1 + X2

V2 = V1/2

[...]

En conclusión, los embargos ordenados en esta providencia se harán hasta por la suma de **ciento noventa y un mil ciento dieciocho millones quinientos ocho mil quinientos pesos** (\$191.118'508.500,00)".

En conclusión, la Sala reitera que los sujetos de la orden de embargo son la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y las sociedades que la conforman: Constructora Norberto Odebrecht S.A.; Odebrecht Latinvest Colombia S.A.; Estudios y Proyectos del Sol S.A., Episol, y CSS Constructores S.A. Así mismo, se dispuso el embargo de las personas naturales que incurrieron en conductas contrarias a la ley para efectos de lograr la adjudicación irregular de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009; esto es, los señores Gabriel Ignacio García Morales; Luiz Antonio Bueno Junior, Luiz Antonio Mameri y Luiz Eduardo Da Rocha Soares.

Por su parte, en la providencia del 9 de febrero de 2017 se determinó que el **monto máximo a embargar sería la suma de ciento noventa y un mil**

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2016, C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico

ciento dieciocho millones quinientos ocho mil quinientos pesos (\$191.118'508.500.oo).

Establecido lo anterior, la Sala recuerda que, en los términos del artículo 25 de la Ley 472 de 1998, "[...] **en cualquier estado del proceso** podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, **debidamente motivadas**, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado" (Destacado por la Sala). Así mismo, el ordinal Segundo de la parte resolutive de la providencia del 9 de febrero de 2017 dispuso que el embargo de los bienes inmuebles solicitado por el señor Procurador General de la Nación quedaría sujeto a la individualización que hiciera el actor popular de este tipo de bienes de propiedad de las personas embargadas en dicho auto y lo requirió para que suministrara la información correspondiente.

En cumplimiento de la orden anterior, la Procuraduría General de la Nación allegó al proceso el "Informe Parcial de Comisión".

En dicho informe se indica que según las visitas realizadas por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación a varias entidades del Estado, se identificaron varios bienes inmuebles de propiedad de algunas de las personas jurídicas que fueron objeto de la medida de embargo adoptada mediante providencia del 9 de febrero de 2017.

En consecuencia, y para efectos de dar alcance a las órdenes impartidas en la providencia del 9 de febrero de 2017, la Sala ordenará el embargo de los siguientes bienes inmuebles de propiedad de la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. y de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Propietario	Tipo de identificación	Número de identificación	Dirección del inmueble	Número de matrícula inmobiliaria	Referencia catastral	Departamento	Municipio
Estudios y Proyectos			KR 13 26 45 Of 503	50C-			BOGOTÁ

694

del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	(Dirección Catastral)	430665	AAA0087P EBR	BOGOTÁ D.C.	D.C.
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	KR 13 26 45 Of 540 (Dirección Catastral)	50C- 430664	AAA0087P EAF	BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	#. LOTE 4	230-175785	000600110 039000	META	VILLAVICENCIO
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	LOTE No. 1 LA REFORMA	230-155258	000600100 059000	META	VILLAVICENCIO
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	LOTE No. 1 LA REFORMA PARTE	230-155259	000600100 146000	META	VILLAVICENCIO
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	Lote No. 2 PAYANDE PARTE	230-155261	00-06- 0010-0129- 000	META	VILLAVICENCIO
Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.	NIT	9003306672	Lote número 2 - Mini área de comercial de Puerto Libre	162-35099	X	CUNDINAMARCA	PUERTO SALGAR

En caso de que los embargos decretados en esta providencia superen el monto establecido en el auto del 9 de febrero de 2017, la parte afectada deberá manifestarlo inmediatamente para efectos de adoptar las medidas de levantamiento correspondientes. En todo caso, con la solicitud se deberán aportar las pruebas que se pretenda hacer valer.

Así mismo, en caso que los bienes objeto de esta medida sean inembargables en los términos del artículo 594 del Código General del Proceso, de la Constitución Política y demás leyes especiales, la parte afectada deberá informarlo inmediatamente a la Sala para efectos de evaluar la solicitud y de adoptar las medidas de levantamiento pertinentes.

695

Decisión

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "A"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ORDÉNASE el embargo de los bienes inmuebles que se relacionan a continuación:

Propietario	Tipo de identificación	Número de identificación	Dirección del inmueble	Número de matrícula inmobiliaria	Referencia catastral	Departamento	Municipio
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	KR 13 26 45 Of 503 (Dirección Catastral)	50C- 430665	AAA0087P EBR	BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	KR 13 26 45 Of 540 (Dirección Catastral)	50C- 430664	AAA0087P EAF	BOGOTÁ D.C.	BOGOTÁ D.C.
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	#. LOTE 4	230-175785	000600110 039000	META	VILLAVICENCIO
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	LOTE No. 1 LA REFORM A	230-155258	000600100 059000	META	VILLAVICENCIO
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	LOTE No. 1 LA REFORM A PARTE	230-155259	000600100 146000	META	VILLAVICENCIO
Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.	NIT	9001922423	Lote No. 2 PAYANDE PARTE	230-155261	00-06- 0010-0129- 000	META	VILLAVICENCIO
Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.	NIT	9003306672	Lote número 2 – Mini área de comercial de Puerto Libre	162-35099	X	CUNDINAMARCA	PUERTO SALGAR

En caso que los embargos decretados en esta providencia superen el monto establecido en el auto del 9 de febrero de 2017⁷, la parte afectada deberá manifestarlo inmediatamente para efectos de adoptar las medidas de levantamiento correspondiente. En todo caso, con la solicitud se deberán aportar las pruebas que se pretenda hacer valer para ello.

Así mismo, en caso de que los bienes objeto de esta medida sean inembargables en los términos del artículo 594 del Código General del Proceso, de la Constitución Política y demás leyes especiales, la parte afectada deberá informarlo inmediatamente a la Sala para efectos de evaluar la solicitud y de adoptar las medidas de levantamiento correspondientes.

SEGUNDO.- Por Secretaría de la Sección, **LÍBRENSE** los oficios del caso.

TERCERO.- Comuníquese esta decisión a las entidades accionadas para el cumplimiento de la medida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en Sala de la fecha,



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

⁷ Ciento noventa y un mil ciento dieciocho millones quinientos ocho mil quinientos pesos (\$191.118'508.500.00).

651

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 250002341000201700083-00
Demandante: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado: CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS
MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS E
INTERESES COLECTIVOS
Asunto: Requiere Copia de Resolución de Terminación de contrato.

Por Secretaría, líbrese oficio a la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de que allegue con destino a este proceso, y en el término de un día, copia de la resolución a través de la cual, como medida cautelar, se ordena la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, entre la Concesionaria Ruta del Sol II y el INCO (hoy ANI).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

Ref: Exp. 250002341000201700083-00

Demandante: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Demandado: CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Asunto: Resuelve recurso de reposición.

El Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., y Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. contra el auto del 27 de enero de 2017, a través del cual se admitió la demanda. (Fls. 14 y 34).

1. Antecedentes

Por auto del 27 de enero de 2017, el Despacho admitió la demanda que en ejercicio del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos presentó el señor Fernando Carrillo Flórez en su calidad de Procurador General de la Nación contra la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. En esa providencia se dispuso la vinculación de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A.; Odebrecht Inversiones Em Infraestructura Ltda.; Estudios y Proyectos del Sol S.A. – EPISOL S.A.; CSS Constructores S.A. y a la Nación - Ministerio de Transporte, en los términos del artículo 18, inciso final, de la Ley 472 de 1998 y se ordenó, así mismo, la vinculación de otras entidades en los términos del artículo 21, inciso final, de la Ley 472 de 1998 (Fls. 403 a 408 del Cdo. No. 1).

La decisión anterior se notificó por estado del 30 de enero de 2017 y por correo electrónico a las recurrentes el 31 de enero de esa misma anualidad (Fls. 410 a 424 del Cdno. No. 1).

Mediante escritos radicados los días 2, 3 y 7 de febrero de 2017, los apoderados judiciales de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., interpusieron, de forma oportuna, recurso de reposición contra la providencia del 27 de enero de 2017 (Fls. 442 a 444; 449 a 460; 467 a 480 y 604 a 615 del Cuaderno Principal No. 1).

2. Los recursos de reposición

En síntesis, los argumentos expuestos por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., y Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. contra la providencia del 27 de enero de 2017 son los siguientes.

2.1. Argumentos de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Sección el 2 de febrero de 2017, la Concesionaria interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda argumentando lo siguiente.

Conforme lo dispone el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos debe solicitarse a la autoridad correspondiente que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado. Se puede prescindir de dicho requisito siempre y cuando haya un peligro inminente de perjuicio irremediable contra los derechos o intereses colectivos, lo cual debe sustentarse en la demanda. La anterior postura ha sido ratificada por el Consejo de Estado.

Este Tribunal, al admitir la demanda, consideró que en el caso concreto no era exigible el cumplimiento del requisito de procedibilidad porque hay un inminente peligro de ocurrencia de un perjuicio irremediable contra los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, a la Defensa del Patrimonio Público y de Acceso a los Servicios Públicos y a su prestación eficiente y oportuna.

Ni el Tribunal ni el demandante precisaron el perjuicio irremediable ni demostraron la condición de "irreparable". Tampoco que los medios ordinarios carezcan de idoneidad para las reparaciones y prestaciones correspondientes.

Este no es un caso excepcional en el que pueda permitirse la omisión del requisito de procedibilidad debido a que en el expediente no obra prueba alguna que de cuenta de la existencia de un peligro inminente de ocurrir un perjuicio irremediable contra los derechos e intereses colectivos.

Si bien son conocidos los actos de corrupción aceptados y confesos por los representantes de Odebrecht y del para entonces Gerente (e) del Instituto Nacional de Concesiones, no hay prueba que demuestre que los actos hayan incidido en el proceso de adjudicación, celebración y ejecución del contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, de tal manera que se afecte su validez y conduzca a su nulidad.

Dichos actos de corrupción pudieron haber ocurrido sin incidencia efectiva en la adjudicación o ejecución del contrato, esto es, el funcionario público pudo haber aceptado la coima a sabiendas de que el proponente cumplía a cabalidad con los requisitos de ley.

Si en gracia de discusión se aceptara la conducta ilegal, el demandante debería acreditar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Para ello, solicita tener en cuenta que los medios ordinarios, esto es, las acciones penal y contractual son suficientes para lograr la protección de los derechos.

Por lo expuesto, solicita que se revoque el auto recurrido y, en su lugar, se inadmita la demanda por no haber agotado el requisito de procedibilidad.

En suma, el Despacho considera que el argumento del recurso de reposición está orientado a que se revoque el auto admisorio de la demanda y se inadmita por incumplimiento del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Argumentos de la Constructora Norberto Odebrecht S.A.

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Sección Primera el 3 de febrero de 2017, reiterado el 7 de febrero de esta anualidad, la Constructora Norberto Odebrecht S.A. interpuso recurso de reposición que fundamentó en las siguientes razones.

(i) Considera que a la luz de las pretensiones de la demanda, el Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos no es procedente porque los hechos que fundamentan la solicitud se encuentran consumados; y, por lo tanto, las pretensiones que se invocan en la misma no cumplen la finalidad de evitar un daño contingente ni hacer cesar una amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos colectivos y ninguna de las medidas que se solicita en la demanda restituyen las cosas a su estado anterior.

Por lo tanto, no se cumple con los fines de este tipo de demandas ni las mismas tienen carácter preventivo, al tenor de las pretensiones invocadas.

(ii) Que la demanda sea instaurada por el Procurador General de la Nación no lo exime de sustentar razonadamente los motivos por los cuales existe un inminente peligro de ocurrencia de un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, lo que considera no ocurre en el caso concreto.

En tal sentido, dado que en la misma demanda el actor popular describe como efecto de la violación de los intereses y derechos colectivos la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los Otrosíes Nos. 3 y 6, son hechos consumados de los cuales no se puede inferir la existencia del referido perjuicio.

En suma, el Despacho advierte que los argumentos del recurso de reposición están orientados a que se revoque el auto admisorio de la demanda y se inadmita por incumplimiento del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 y porque, en criterio del recurrente, las pretensiones de la demanda no pueden ser objeto de pronunciamiento a través del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos.

2.3. Argumentos de la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.

Mediante escrito del 3 de febrero de 2017, la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. argumentó lo siguiente.

(i) La sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. fue vinculada al proceso en los términos del artículo 18, inciso final, de la Ley 472 de 1998. Dicha disposición exige como condición para la vinculación de terceros que en el curso del proceso se establezca una posible responsabilidad en cabeza de ellos. Señala que el auto admisorio de la demanda no incluye sustento o

argumento que establezca una posible responsabilidad en cabeza de EPISOL S.A.S. por las presuntas vulneraciones de los derechos colectivos señalados por el actor popular.

El Despacho considera que la finalidad de este argumento es la desvinculación de EPISOL S.A.S. por cuanto, en su criterio, no se encuentra probado el nexo de responsabilidad de dicha entidad respecto del daño o amenaza a los derechos colectivos.

(ii) Señala que las pretensiones tercera y cuarta de la demanda que presentó el señor Procurador General de la Nación hacen referencia a la obligación de solidaridad establecida por el artículo 7, parágrafo 3, de la Ley 80 de 1993.

La norma en cita no es aplicable a EPISOL S.A.S. como accionista de la Concesionaria; no puede generarle los efectos pretendidos por el actor popular y mucho menos, constituye fundamento para la vinculación al proceso. Lo anterior, porque la sociedad Concesionaria no tiene objeto único y sus accionistas no responden de manera solidaria en los términos de la disposición referida.

Considera que al caso concreto le es aplicable el artículo 18 de la Ley 1682 de 2013 y que de ninguna manera la solidaridad establecida por el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 puede obligar a los accionistas de una sociedad, sea o no de objeto único, a responder por los presuntos delitos que hubieren cometido otros accionistas o funcionarios vinculados a otros accionistas como pretende el actor popular.

Finalmente, la recurrente explica por qué, en su criterio, conforme a las reglas del proceso licitatorio, la sociedad Concesionaria no tiene objeto único y los accionistas no responden de manera solidaria; la estructura

plural que resultó adjudicataria participó en la Licitación bajo la figura de Promesa de Sociedad Futura y no como Sociedad de Objeto Único y que dado el carácter de Sociedad por Acciones Simplificada y que el proyecto se ejecuta bajo la modalidad de Asociación Público Privada, los accionistas no son responsables.

(iii) En el caso concreto, el actor popular no dio cumplimiento al requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 y tampoco explica y acredita sumariamente, que su incumplimiento está orientado a evitar un perjuicio irremediable.

El actor pasa por alto que la Agencia Nacional de Infraestructura ya adoptó medidas que materializan la protección de los derechos colectivos presuntamente amenazados y cuya protección pretende a través de la demanda, las cuales se dieron a conocer mediante comunicado de prensa del 18 de enero de 2017 y que se refiere a la solicitud de nulidad absoluta del Contrato de Concesión que se presentó ante el Tribunal de Arbitramento. Bajo este parámetro, el actor popular debía cumplir con el requisito de procedibilidad establecido por los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011.

(iv) Considera que el Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos presentado por el actor popular para la protección de los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, al Patrimonio Público y de Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna no es procedente en este caso concreto porque las autoridades competentes ya han tomado las medidas necesarias tendientes a hacer cesar la vulneración y restituir las cosas a su estado anterior.

Señala que, en este sentido, la Fiscalía General de la Nación viene adelantando las investigaciones penales del caso; así mismo, la Agencia

Nacional de Infraestructura ya tomó las medidas legales conducentes y pertinentes para hacer cesar el agravio sobre los derechos colectivos.

Si bien la acción popular es autónoma y dicha medida no resulta improcedente de existir otros mecanismos de defensa judicial, cuando ya se ha ejercido la acción contractual la acción popular pierde procedencia. Así lo ha aceptado la Defensoría del Pueblo.

En este sentido, considera que dado que la Agencia Nacional de Infraestructura ya demandó la nulidad absoluta del contrato ante el Tribunal de Arbitramento y que, además, la Fiscalía General de la Nación está adelantando las investigaciones penales del caso, se debe declarar la improcedencia de la acción popular.

(v) El apoderado de EPISOL S.A.S. solicita que se modifique el numeral segundo del auto admisorio de la demanda, por cuanto en el mismo se estableció que se debe notificar a EPISOL de conformidad con el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 y no como lo establece la Ley 472 de 1998, norma que remite al Código General del Proceso.

Señala que el artículo 21 de la Ley 472 de 1998 remite a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil y, en ese sentido, la notificación debía realizarse conforme lo dispone el artículo 291 del Código General del Proceso y no en los términos del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011.

Por último, el recurrente solicita al Despacho que, en caso de considerar que el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 sí es aplicable al caso concreto, se aplique dicha norma en su integridad y, en consecuencia, los 10 días para contestar la demanda se computen después del vencimiento del término común de 25 días después de surtida la última notificación.

En suma, el Despacho considera que los argumentos del recurso de reposición están orientados a que se revoque el auto admisorio de la demanda y se desvincule a la sociedad EPISOL S.A.S., para lo cual expuso una serie de argumentos sobre la ausencia de responsabilidad de EPISOL S.A.S.

Así mismo, solicita que se inadmita la demanda por incumplimiento del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 y porque, en criterio del recurrente, el Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos es improcedente en el caso concreto.

Finalmente, solicita al Despacho que se modifique el numeral segundo de la providencia recurrida en tanto se ordenó notificar la demanda conforme al artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, cuando la norma aplicable es el 291 del Código General del Proceso.

3. Argumentos de la parte contraria

La Secretaría de la Sección corrió traslado a las partes de los recursos de reposición presentados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.

Vencido el término de traslado de los recursos de reposición que realizó la Secretaría, las partes guardaron silencio.

4. Consideraciones del Despacho

El Despacho confirmará la providencia del 27 de enero de 2017, por las razones que se explican a continuación.

En esta oportunidad corresponde al Despacho pronunciarse sobre los recursos de reposición interpuestos por los apoderados de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., y Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. contra el auto que admitió la demanda.

Los argumentos expuestos por las partes que constituyen fundamento de los recursos de reposición se pueden resumir en la siguiente forma.

(i) Revocar el auto admisorio de la demanda porque el actor popular no acreditó el cumplimiento del requisito de procedibilidad establecido por los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011.

(ii) Revocar el auto admisorio de la demanda porque el Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos es improcedente para la protección de los derechos colectivos enunciados por el actor popular y porque, según señala la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., hay una indebida vinculación por ausencia de nexo causal y ausencia de responsabilidad solidaria del recurrente.

(iii) Modificar el numeral segundo del auto admisorio de la demanda porque la notificación de dicha providencia no se surtió conforme al artículo 291 de Código General del Proceso.

El Despacho abordará el estudio de los argumentos que sustentan los recursos de reposición, conforme al orden enunciado.

4.1. El requisito de procedibilidad establecido por los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011

Tal como se explicó en la providencia del 27 de enero de 2017, el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 estableció el requisito de procedibilidad en el

trámite del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos en el siguiente sentido:

"[...] Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado.

Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez". (Destacado por el Despacho).

Dicho requisito debe ser acreditado al momento de presentar este medio de control y constituye una exigencia previa, según lo establece el artículo 161 *ejusdem*, así:

"[...] La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

[...]

4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código [...]. (Negrillas y subrayas del Despacho)

El artículo 144 de la norma *ejusdem*, en su inciso final, estableció que se podría prescindir del requisito de procedibilidad *"Excepcionalmente [...] cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda"* (Negrillas y subrayas del Despacho).

Pues bien, el actor popular fue expreso al señalar que en este caso no es exigible el requisito de procedibilidad por la existencia de un perjuicio irremediable, cuestión que sustentó en el acápite "8. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN POPULAR" de la demanda, argumentando el inminente peligro de ocurrencia de un perjuicio irremediable contra los derechos colectivos objeto del Medio de Control por causa de los confesos hechos de corrupción administrativa y las

consecuencias de ello frente a la ejecución de una obra pública de la magnitud que representa para la sociedad la vía Ruta del Sol Sector II.

En esa oportunidad, como ahora, este Despacho consideró que en este caso no es exigible el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 porque a través de la demanda se pretende evitar perjuicios irremediables.

En síntesis, el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa se encuentra amenazado y vulnerado por el desconocimiento del orden jurídico contractual que se hizo con miras a la satisfacción de intereses particulares. A su turno, el derecho colectivo a la Defensa del Patrimonio Público se encuentra amenazado y vulnerado por causa del indebido uso de los dineros que el Estado aportó para la ejecución del Proyecto Ruta del Sol Sector II, y por las posibles demandas que se puedan generar con ocasión de los actos de corrupción que están siendo investigados por las autoridades pertinentes. Es la oportunidad para resaltar que al momento de admisión de la demanda, la Concesionaria accionada y sus socios se estaban lucrando institucionalmente por la comisión de los hechos de corrupción mencionados en esta acción popular.

Finalmente, el derecho colectivo de Acceso al Servicio Público y a que su prestación sea eficiente y oportuna se encuentra amenazado por cuanto las situaciones que pone de presente el actor popular en la demanda dejan al contrato y a la obra de infraestructura vial en una situación de incertidumbre que se confirma por las decisiones tomadas recientemente por las superintendencias de Sociedades¹, Puertos y Transporte² e Industria y Comercio³.

¹ La Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades mediante las resoluciones Nos. 300-000473, 300-000474, 300-000475 y 300-000476 de febrero de 2017 sometió a control, en los términos del artículo 85 de la Ley 222 de 1995, a las sociedades Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S., identificada con NIT 900.606.148-8, Constructora Norberto

Así mismo, se explicó que la relevancia de este trámite constitucional y la excepción a la exigencia del requisito de procedibilidad se justificaban en la importancia de evitar o minimizar impactos negativos con respecto a una obra pública de importancia nacional como lo es la Ruta del Sol Sector II, por los hechos de corrupción que acaecieron en el trámite de adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010.

En conclusión, el Despacho considera que en este caso no es exigible el requisito de procedibilidad en atención a los perjuicios irremediables que podrían acaecer sobre los derechos e intereses colectivos objeto del Medio de Control pues con base en los documentos reservados que fueron aportados por el actor popular, entre ellos el informe que reveló el Departamento de Justicia de los Estados Unidos el 21 de diciembre de 2016 en el caso U.S. vs Braskem S.A. –Odebrecht S.A., No. 16-CR-643, así como los demás que sustentaron la solicitud, por ejemplo, la investigación que adelanta la Fiscalía General de la Nación, que condujo a la captura del señor Gabriel Ignacio García Morales, es claro que en este caso no era necesaria la exigencia del aludido requisitos de procedibilidad.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Odebrecht de Colombia S.A.S con NIT 800.191.876-5, Navelena S.A.S con NIT 900.763.710-1 y a la sucursal de la sociedad extranjera Constructora Norberto Odebrecht S.A con NIT 800.155.291-4.

² Mediante Resolución No. 2809 de 2017 de la Superintendencia de Puertos y Transporte se ordena "el sometimiento y control de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S."

³ Mediante decisión del 16 de febrero de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio "decretó como medida cautelar, la suspensión o cesación de los efectos de las conductas presuntamente contrarias a la libre competencia económica desplegadas por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO) -Hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)- y su ex funcionario y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. a través de algunas de las empresas que lo conforman, que generaron la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 en relación con la Ruta del Sol – Tramo 2." y como consecuencia de ello, "[...] ordenó a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) dar por terminado de manera inmediata el Contrato de Concesión de la Ruta del Sol – Tramo 2 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, suscrito con la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S."

985

4.2. Argumentos sobre improcedencia del Medio de Control de Cumplimiento en el caso concreto e indebida vinculación de EPISOL S.A.S. por ausencia de responsabilidad

Según señalaron la Constructora Norberto Odebrecht S.A. y la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., el Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos no es procedente en este caso porque las pretensiones de la demanda no buscan evitar un daño contingente ni hacer cesar una amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos colectivos; y porque la Agencia Nacional de Infraestructura y la Fiscalía General de la Nación ya adoptaron medidas de protección para efectos de garantizar el amparo de los derechos colectivos presuntamente vulnerados o amenazados.

Por su parte, la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. señala que dicha entidad no debió ser vinculada al proceso en los términos del artículo 18, inciso final, de la Ley 472 de 1998 porque no hay pruebas que permitan determinar un nexo causal de responsabilidad de la demandada frente a la presunta amenaza y vulneración de los derechos colectivos y porque no es aplicable al caso concreto la responsabilidad solidaria.

El Despacho interpreta que los reproches de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. son argumentos propios de las excepciones que la jurisprudencia y la doctrina ha denominado inepta demanda por indebida escogencia de la acción y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Frente a estos argumentos, es preciso resaltar que el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda tiene como objeto principal el de controvertir y atacar el contenido de las decisiones judiciales, cuando éstas

hayan incurrido en algún tipo de error fáctico o jurídico directamente relacionado con los requisitos de admisión de la demanda.

Y en cuanto hace al recurso de reposición, en general, cabe señalar que su propósito es el de exponer los desaciertos de hecho o de derecho en que incurre la decisión atacada para que el mismo funcionario que la dictó reevalúe sus argumentos y como consecuencia de un mejor juicio ratifique, revoque o modifique lo inicialmente resuelto.

En este sentido, el Despacho considera que el auto que admitió la demanda fue proferido bajo el amparo de la normativa procesal correspondiente y en garantía del derecho de defensa de la contraparte frente a los reclamos del actor popular en la demanda, pues este es el medio idóneo para que los accionados puedan controvertir las aseveraciones del actor popular en el marco del proceso al cual da lugar el referido auto admisorio.

En efecto, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. invocan como fundamento de su recurso de reposición lo que, se reitera, son medios exceptivos que la jurisprudencia y la doctrina han denominado "*inepta demanda*" por indebida escogencia del medio de control y "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", respecto de los reclamos que el actor popular efectúa en su demanda.

Estos mecanismos de defensa han sido establecidos en los artículos 100 del Código General del Proceso y 181 de la Ley 1437 de 2011, aplicables a este tipo de acciones por remisión expresa del artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

El artículo 100 del Código General del Proceso establece en su numeral quinto lo siguiente:

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

[...]

5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones” (Destacado por el Despacho).

Por su parte, la jurisprudencia ha establecido que la legitimación en la causa por pasiva obedece a la imputación o relación procesal existente entre el demandado y los hechos señalados en la demanda o entre éste y su participación real en tales hechos y conductas, distinguiendo de esta manera entre la legitimación de hecho y material por pasiva, así⁴:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 472 de 1998 la demanda debe dirigirse contra la autoridad o el particular cuya conducta activa u omisiva amenaza o causa agravio a los derechos colectivos, por lo tanto en la demanda debe indicarse con claridad quiénes son esas personas o autoridades.

*Ahora bien, la indicación en la demanda de los presuntos responsables de la amenaza o vulneración que se aduce, no implica per se la existencia de responsabilidad pues ello es objeto de prueba que se analiza en la sentencia; de manera que la legitimación por pasiva no **depende de la demostración de responsabilidad, sino que se entiende a partir de la imputación o relación que existe entre el demandado y los hechos o conductas referidos en una demanda o entre aquél y su participación real en la causa de tales hechos y conductas.** Sobre el punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado:*

*“La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material. La **legitimación de hecho** es la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir **es una interrelación jurídica que nace de la imputación de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado;** quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva desde la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio la **legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda,** independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Por tanto todo legitimado de hecho no necesariamente estará legitimado materialmente, pues sólo lo están quienes participaron realmente*

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de 11 de octubre de 2006, Exp. 2003-01273 (AP), Consejera Ponente Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. En la legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no relación real de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas la legitimación material en la causa o por activa o por pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.⁵

En una oportunidad esta Sala manifestó:

"En lo atinente a la legitimación en la causa por pasiva de las apelantes, en realidad sí la tienen en la medida en que son sujetos relacionados, de una u otra forma, con la actividad propia del servicio domiciliario de que trata el proceso, pero ello no significa que en el presente caso les quepa responsabilidad alguna...⁶

Y en otra ocasión se dijo:

"En síntesis, se tiene que la ausencia de imputación de responsabilidad en la omisión o acción que vulnera o afecta un derecho o interés colectivo, supone automáticamente la imposibilidad jurídica de acceder a las pretensiones de la demanda popular, por ausencia de legitimación pasiva."⁷

La imputación entonces es la atribución de unos hechos o deberes a una persona o autoridad que se estima responsable de la ocurrencia de aquellos o del incumplimiento de éstos; se trata de un presupuesto de responsabilidad, uno de sus elementos, más no la responsabilidad misma [...]" (Destacado por el Despacho).

Por su parte, la inepta demanda por indebida escogencia del medio de control es un medio exceptivo de defensa orientado a dar a los procesos el cauce adecuado, atendiendo a las específicas pretensiones de la demanda.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha considerado que la indebida escogencia de la acción, que bajo la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo debe denominarse indebida escogencia del medio de control, puede provocar el rechazo de la demanda o una decisión inhibitoria:

⁵ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2005, dictada en el expediente N°15.648. M.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 6 de diciembre de 2001, dictada en el expediente N°AP-2001-0002. M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2002, dictada en el expediente AP-2001-0128. M.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla.

“10.2 Cuando el actor escoge una vía inadecuada para demandar el restablecimiento de su situación o la indemnización de los perjuicios que le han sido irrogados, es procedente el rechazo de la demanda si ésta no se ha admitido, o la expedición de un fallo inhibitorio cuando el defecto sustantivo presente en el libelo introductorio no ha sido advertido por el juez en una etapa procesal anterior.

10.3 Se tiene entonces, que es la fuente del daño cuyo restablecimiento se pretende, la que determina la acción correcta que debe ejercerse para buscar la indemnización de perjuicios⁸ (Destacado por el Despacho).

Conforme lo disponen las normas y pronunciamiento jurisprudenciales citados, los argumentos de defensa denominados “inepta demanda” por indebida escogencia del medio de control y “falta de legitimación en la causa por pasiva” son mecanismos que se ejercen en virtud del derecho de contradicción y de defensa de la parte demandada y que deben ser expuestos no por vía de reposición del auto admisorio de la demanda sino en la contestación de la demanda como excepción, en los términos del artículo 23 de la Ley 472 de 1998.

En efecto, conforme a la ley en mención, la parte demandada tiene derecho a plantear toda suerte de reparos dirigidos a cuestionar los reclamos del actor popular; asuntos que deben ser abordados en la etapa correspondiente, esto es, en el caso del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, en la sentencia, según lo establece el artículo 23 de la Ley 472 de 1998.

“ARTICULO 23. EXCEPCIONES. En la contestación de la demanda sólo podrá (sic) proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia.

En consecuencia, las pruebas pertinentes se practicarán en el mismo plazo señalado para las pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación de la misma” (Destacado por el Despacho).

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente (E): DANILD ROJAS BETANCOURTH Bogotá D. C., tres (3) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 73001-23-31-000-1999-02511-01(26847)

990

En conclusión, los medios exceptivos deben ser propuestos con la contestación de la demanda y no como reposición del auto admisorio; por ello, el Despacho considera que esta no es la etapa procesal correspondiente para adelantar debates sobre tales asuntos. En este sentido, el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda es improcedente para analizar los argumentos de inepta demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que no se repondrá el auto recurrido.

4.3. El trámite de notificación del auto admisorio la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S.

El apoderado de la sociedad Estudios y proyectos del Sol S.A.S. solicita que se modifique el numeral segundo del auto admisorio de la demanda, por cuanto en el mismo se dispuso notificar a EPISOL S.A.S. de conformidad con el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 y no como lo establece la Ley 472 de 1998, que remite al Código General del Proceso.

Por último, el recurrente solicita al Despacho que en caso de que se considere que el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 es la norma aplicable se proceda en dicho sentido y, en consecuencia, los 10 días para contestar la demanda se computen después del vencimiento del término común de 25 días después de surtida la última notificación.

El Despacho anticipa que negará la solicitud presentada por la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S., por los siguientes motivos.

Tal como lo expuso el recurrente, el artículo 21 de la Ley 472 de 1998 es la norma especial para el trámite de notificación de las acciones populares:

“ARTICULO 21. NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. En el auto que admita la demanda el juez ordenará su notificación personal al

demandado. A los miembros de la comunidad se les podrá informar a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios.

Para este efecto, el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación.

Cuando se trate de entidades públicas (sic), el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones, todo de acuerdo con lo dispuesto por el **Código Contencioso Administrativo**.

Cuando el demandado sea un particular, la notificación personal del auto admisorio se practicará de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere; por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que allí se encuentre de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio y del aviso que enviará, por el mismo conducto, al notificado.

Si la demanda no hubiere sido promovida por el Ministerio Público se le comunicará a éste el auto admisorio de la demanda, con el fin de que intervenga como parte pública en defensa de los derechos e intereses colectivos, en aquellos procesos que lo considere conveniente.

Además, se le comunicará a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado" (Negrillas y subrayas de la Sala).

Las normas anteriores disponen que cuando se trate de la notificación de entidades públicas, la misma procederá conforme al Código Contencioso Administrativo (hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo); y que **cuando la notificación se deba realizar a un particular, la notificación se practicará de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.**

El artículo 291 del Código General del Proceso, por su parte, establece la forma en que debe realizarse la notificación personal:

"ARTÍCULO 291. PRÁCTICA DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Para la práctica de la notificación personal se procederá así:

1. Las entidades públicas se notificarán personalmente en la forma prevista en el artículo 612 de este código.

Las entidades públicas se notificarán de las sentencias que se profieran por fuera de audiencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011. De las que se profieran en audiencia se notificarán en estrados.

2. Las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica.

Esta disposición también se aplicará a las personas naturales que hayan suministrado al juez su dirección de correo electrónico.

Si se registran varias direcciones, la notificación podrá surtirse en cualquiera de ellas [...]” (Destacado por el Despacho).

La norma anterior establece que la notificación personal a las personas jurídicas de derecho privado se deberá realizar a la **dirección** de notificación física o **electrónica** que se registre en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal. Así mismo, la norma dispone que si se registran varias direcciones, la notificación podrá surtirse en cualquiera de ellas.

En el mismo sentido, el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 establece que la notificación personal a particulares inscritos en el registro mercantil se realizará en la **dirección electrónica** por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales.

Si bien, en el auto admisorio de la demanda se invocó una norma diferente para efectos de practicar la notificación personal del auto admisorio de la demanda, tanto el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 como el 291 del Código General del Proceso, establecen que la notificación personal del auto admisorio de la demanda para las personas jurídicas de derecho privado debe realizarse a la **dirección** física o a la **electrónica** que se haya registrado en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal.

Y así se hizo según puede apreciarse en el certificado visible a folios 207 a 218 del cuaderno de la medida cautelar ⁹ y en la notificación que realizó la Secretaría de la Sección Primera, visible a folios 421 y 423 del Cuaderno Principal.

En conclusión, el Tribunal realizó la notificación del auto admisorio en la forma prevista por la norma aplicable: artículo 291 del Código General del Proceso, que regula el trámite de notificación personal de personas privadas en el trámite de las acciones populares, para efectos de notificar a la sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S..

Tanto es así que el demandado de que se trata concurrió al proceso y dentro del término de ejecutoria interpuso el recurso que hoy resuelve el Despacho en el marco de lo que también debe considerarse como una manifestación de la **notificación por conducta concluyente**, circunstancia que agrega razones en el sentido de que la aludida persona jurídica de derecho privado ha podido ejercer debidamente su derecho de defensa.

Finalmente, una vez en firme esta providencia, se ordena a la Secretaría de la Sección que continúe, en lo pertinente, con el cumplimiento del auto admisorio de la demanda.

Decisión

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFÍRMASE el auto del 27 de enero de 2017, que admitió la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁹ Según la cual la dirección de notificación electrónica de la Sociedad Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. es notificaciones@episol.com.co.

SEGUNDO.- Una vez ejecutoriado este proveído, por Secretaría,
CONTINÚESE con el cumplimiento del auto admisorio de la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

AP LAS

995
x

Bogotá, 17 de febrero de 2017

56775 17-FEB-2017 14:05

S.S.L.T. ADT. C. MARCA

24 FLJ

Señores:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA –SECCIÓN PRIMERA

Referencia: Acción Popular
Radicación: 2017-00083-00
Demandante: Procuraduría General de la Nación
Ponente: Dr. Luis Manuel Lasso Lozano

En mi condición de apoderado judicial de la sociedad CSS Constructores S.A, presento **ESCRITO DE CONTESTACION A LA DEMANDA** instaurada por la Procuraduría General de la Nación contra la Concesionaria Ruta del Sol y la Agencia Nacional de Infraestructura. Nuestra contestación, se sustenta en los siguientes argumentos:

1) **A LAS PRETENSIONES:**

A LA PRIMERA: Nos oponemos a esta pretensión en lo que respecta CSS Constructores S.A por cuanto a esta sociedad no le son imputables los actos de corrupción mencionados por el actor popular, como se explicará más adelante. Respecto a la vulneración de los derechos colectivos por las reclamaciones administrativas y judiciales que se han presentado o que se llegaren a presentar por la Concesionaria Ruta del Sol, no se avizora ninguna violación, por cuanto las mismas fueron presentadas en ejercicio del derecho de acción y serán objeto de resolución por los órganos competentes con fundamento en los elementos de prueba con que cuentan.

A LA SEGUNDA: No nos oponemos a la adopción de medidas tendientes a la protección de los derechos e intereses colectivos de que da cuenta la demanda, en caso de que los mismos se encuentren debidamente acreditados, salvo la efectividad de las garantías y mecanismos de cobertura de riesgos e imposición de mecanismos excepcionales, pues en este caso no

se está discutiendo el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. También nos oponemos a que se adopten medidas que afecten el patrimonio de CSS Constructores S.A, sociedad que no tuvo participación en los hechos de corrupción mencionadas en la demanda, la cual por lo demás resulta afectada por estos hechos, ya que como consecuencia de las situaciones irregulares planteadas en su demanda no recuperará su inversión en el proyecto ruta del sol.

En todo caso debe tenerse en cuenta que mediante Resolución No. 5216 del 16 de febrero de 2017, el Superintendente de Industria y Comercio decretó unas medidas cautelares administrativas con el propósito de suspender o hacer cesar los efectos ilegales de las conductas presuntamente contrarias a la libre competencia económica desplegadas por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO)** -Hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**- a través de su condición de Director Encargado para la época, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, de la cual hacen parte empresas de **ODEBRECHT**, que generaron la suscripción del Contrato de Concesión de la Ruta del Sol – Tramo 2 en el año 2010. Dentro de las medidas que adoptó la Superintendencia están:

- *la suspensión o cesación de los efectos de las conductas presuntamente contrarias a la libre competencia económica desplegadas por el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO) -Hoy AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)- y su ex funcionario y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. a través de algunas de las empresas que lo conforman, que generaron la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 en relación con la Ruta del Sol – Tramo 2.*
- *La terminación inmediata del Contrato de Concesión de la Ruta del Sol – Tramo 2 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, suscrito con la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.*
- *La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) debe disponer la liquidación del Contrato de Concesión de la Ruta del Sol – Tramo 2 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, en el estado en que se encuentre.*
- *La AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI), debe estructurar y adelantar una nueva licitación pública que garantice la libre competencia económica mediante la participación transparente de los distintos agentes del mercado, para la suscripción de un nuevo contrato de concesión que, por lo menos, asegure la ejecución en su*

integridad del objeto contractual del Contrato de Concesión de la Ruta del Sol – Tramo 2 y evitar de esa forma que las obras queden inconclusas.

- *La Superindustria designó a LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, actual de Presidente de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI), como responsable del cumplimiento de las medidas cautelares y órdenes impartidas.*

Adicionalmente a través de la resolución 02809 de 10 de febrero de 2017, la Superintendencia de Puertos y Transporte ordenó el sometimiento y control de la Concesionaria Ruta del Sol, por un año prorrogable o cuando cese el peligro o termine el contrato de concesión.

A LA TERCERA: Nos oponemos a que se declare la responsabilidad solidaria de los integrantes de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, pues como se explicará más adelante, en este caso no opera la solidaridad prevista en el artículo 7 de la ley 80 de 1993, quienes deben responder patrimonialmente son los funcionarios de Odebrecht, los funcionarios públicos y los particulares que tuvieron participación en los actos de corrupción que se mencionan en la demanda, pero no CSS Constructores S.A, sociedad que si bien es accionista de la Sociedad concesionaria encargada de la ejecución del contrato en un 4,99%, se hizo parte de esa persona jurídica y actuó desde el momento mismo de su vinculación y hasta la fecha amparada en el principio de Buena Fe, la cual no puede desconocerse bajo el argumento de que los actos de corrupción favorecieron a todos los miembros de la sociedad concesionaria, pues se reitera la sociedad que represento actuó de buena fe y no debe perderse de vista que en el evento de declararse la nulidad del contrato por causa ilícita, en aplicación del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, se tendría el derecho a la remuneración de las obras ejecutadas y de las cuales se benefició la entidad pública .

A LA CUARTA: Nos oponemos a que se declare a CSS Constructores S.A como responsable de la violación de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pide y a que se le obligue a pagar indemnizaciones respecto de daños en los cuales no tuvo participación alguna en su producción, y también

998
7

nos oponemos a que se aplique la solidaridad prevista en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993.

A LA QUINTA: Consideramos que no es procedente, entre otras razones por ser violatorio al principio de autonomía de los jueces, que el tribunal ordene que se desestimen las pretensiones formuladas por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol dentro de los trámites arbitrales que se adelantan con ocasión del contrato de concesión 001 de 2010, pues estos deberán ser resueltos por el juez competente dentro del ámbito de su competencia, además que lo solicitado por el actor popular en este punto constituiría prejuzgamiento.

A LA SEXTA: No nos oponemos a lo solicitado en esta pretensión.

2) A LOS HECHOS:

Frente a los hechos de la demanda nos permitimos señalar que:

Al hecho 2.1: No nos consta, no hemos tenido acceso al expediente penal.

Al hecho 2.2: Es cierto.

Al hecho 2.3: Es cierto pero se debe aclarar que la eliminación de Vías del Sol Autopistas S.A y la Unión Temporal Concesión RD se originó en el hecho en que no cumplieron con los requisitos habilitantes.

Al hecho 2.4: Es cierto.

Al hecho 2.5: Es cierto.

Al hecho 2.6: Es cierto

Al hecho 2.7: Es cierto.

999

Al hecho 2.8: Es cierto.

Al hecho 2.9: Es cierto respecto de la relación de los otros si que se suscribieron, la afirmación de que están relacionados con hechos de corrupción es objeto de prueba.

Al hecho 2.10: Es cierto.

Al hecho 2.11: No nos consta, son informaciones que han sido divulgadas por terceros, adicionalmente no hemos tenido acceso al expediente penal.

Al hecho 2.12: No nos consta, CSS Constructores no ha sido vinculada a ninguna investigación penal o administrativa por los hechos criminales mencionados en la demanda.

Al hecho 2.13: No nos consta, son informaciones que han sido divulgadas por terceros, adicionalmente no hemos tenido acceso al expediente penal.

Al hecho 2.14: No nos consta, son informaciones que han sido divulgadas por terceros, adicionalmente no hemos tenido acceso al expediente penal.

Al hecho 2.15: Es cierto.

3. A LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EL ACTOR POPULAR.

a) **INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD Y FALTA DE LEGIMITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE CSS CONSTRUCTORES S.A:**

Es necesario señalar que en este caso no resulta procedente dirigir demanda en ejercicio de la acción popular contra CSS Constructores S.A con ocasión de los hechos que se narran por el actor, por cuanto es claro que respecto de esta sociedad no existe legitimación en la causa por pasiva como pasa a explicarse:

a) De la legitimación por pasiva en las acciones populares:

1000
6

“Artículo 9º.- Procedencia de las Acciones Populares. Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.”

“Artículo 14º.- Personas Contra Quienes se Dirige la Acción. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos”.

Respecto a la Legitimación en la causa por pasiva en las acciones populares, el Consejo de Estado ha señalado:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 472 de 1998 la demanda debe dirigirse contra la autoridad o el particular cuya conducta activa u omisiva amenaza o causa agravio a los derechos colectivos, por lo tanto en la demanda debe indicarse con claridad quiénes son esas personas o autoridades. Ahora bien, la indicación en la demanda de los presuntos responsables de la amenaza o vulneración que se aduce, no implica per se la existencia de responsabilidad pues ello es objeto de prueba que se analiza en la sentencia; de manera que la legitimación por pasiva no depende de la demostración de responsabilidad, sino que se entiende a partir de la imputación o relación que existe entre el demandado y los hechos o conductas referidos en una demanda o entre aquél y su participación real en la causa de tales hechos y conductas. Sobre el punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado: “La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material. La legitimación de hecho es la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una interrelación jurídica que nace de la imputación de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva desde la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Por tanto todo legitimado de hecho no necesariamente estará legitimado materialmente, pues sólo lo

están quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. En la legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no relación real de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas la legitimación material en la causa o por activa o por pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado.

Descendiendo al caso concreto se observa que el demandante sustenta sus pretensiones y el hilo de la argumentación en la responsabilidad solidaria que existe entre los miembros de la sociedad concesionaria

Como sustento de la solidaridad, el señor Procurador se sustenta en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, el cual establece:

Artículo 7º.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. **Consortio:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. **En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.**

2. **Unión Temporal:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1º.- Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

.... **Parágrafo 3o.** En los casos en que se conformen **sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en**

la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.”

Esta norma establece que la responsabilidad y sus efectos, de las sociedades de objeto único constituidas para presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, se regirán por las normas previstas en esa misma ley para los Consorcios, los cuales por expresa disposición legal responden solidariamente **de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato**, razón por la cual como igualmente lo establece el artículo 7 antes transcrito, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

Así las cosas, es necesario precisar el alcance y límites de la solidaridad establecida en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993. Para tal fin resulta ilustrativo lo señalado por la doctrina así:

“No creemos que cuando en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 se señala que los integrantes del consorcio responden solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta o por el cumplimiento total de la propuesta para el caso de la unión temporal, se refiera a cada una de las obligaciones relativas a la participación en el proceso de selección y las que, como se advirtió, tienen que ver con la acreditación de requisitos mínimos y con los factores de selección. La forma de acreditar unos y otros deben tener un tratamiento diferente. Para cumplir requisitos de participación en la licitación, no hay manera alguna de aplicar la solidaridad sino que se debe atender lo dispuesto en el pliego de condiciones respecto de la acreditación y evaluación de los requisitos habilitantes y de los factores de selección, respectivamente.

Por tanto, la solidaridad referida a la oferta atiende a las obligaciones que se establecen desde la presentación de la oferta pero que adquieren naturaleza contractual, cuando el convenio se perfeccione y, que en últimas atienden a la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado”¹

¹ Dávila Vinueza Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Tercera Edición. Legis.

10039

En relación con el tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto 1.172 del 3 de marzo de 1999, expresó:

"En cambio, en materia de contratación estatal los efectos de los hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta, vale decir el incumplimiento de la obligación, afectará a todos los miembros que presentaron la propuesta en forma conjunta (art.7o. ley 80), quienes responderán patrimonialmente en forma solidaria".

El querer del legislador, al consagrar en el párrafo 3o. del artículo 7o. de la ley 80 la responsabilidad para las sociedades que se constituyan con el objeto exclusivo de participar en un concurso o licitación, así como en celebrar y ejecutar el respectivo contrato -independientemente del tipo de sociedad que asuman- fue tutelar el interés público, dando así unas mayores garantías a las entidades estatales, de manera tal que la responsabilidad por el cumplimiento de la propuesta y del contrato recayera tanto sobre la sociedad como sobre los socios. La justificación de la responsabilidad solidaria entre aquella y éstos, según la exposición de motivos, reside en que la sociedad así constituida "...por tratarse de una persona jurídica con objeto y duración limitados, su patrimonio puede eventualmente resultar insuficiente para hacer efectivas las indemnizaciones, multas o sanciones a que hubiere lugar como consecuencia de incumplimiento de la propuesta o de la inejecución del contrato o de su ejecución tardía o defectuosa".²

Bajo la anterior perspectiva se concluye que contrario a lo establecido por el Tribunal, la responsabilidad solidaria solamente tiene aplicación en aquello que tenga que ver con el incumplimiento de la propuesta o la inejecución del contrato o su ejecución tardía o defectuosa. Siendo ello así, no se entiende porqué sin un mayor análisis el demandante pretende que existe responsabilidad solidaria de los accionistas de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol, cuando en este proceso no se discute el cumplimiento de las obligaciones contractuales (las cuales por lo demás a la fecha se encuentran cumplidas y respecto de las cuales no ha habido reparo alguno por parte de la entidad contratante, ni de la interventoría), sino la posible lesión de derechos e intereses colectivos a causa del actuar criminal en que incurrió una persona natural, representante de uno de los miembros de la sociedad Ruta del Sol con el concurso de funcionarios públicos con anterioridad a la presentación de la oferta y en los cuales ni CSS Constructores, ni ninguno de sus representantes tuvo participación. Es decir, pretende el demandante

² GACETA DEL CONGRESO No. 75. 23 de septiembre de 1992. pág.21.

en este caso, a los efectos de la vinculación de terceros, calidad que ostenta o debe ostentar CSS en este proceso, equiparar la responsabilidad contractual a la responsabilidad penal, para, partiendo de ese despropósito, establecer solidaridad de los miembros del contratista en la comisión de un delito.

Bajo esta perspectiva, que no puede perderse en ningún momento de vista, es claro que si bien el demandante cita el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, se equivocó al interpretar su alcance pues no tuvo en cuenta que efectivamente dicha norma establece que la responsabilidad solidaria de los integrantes de una sociedad de objeto único solamente recae por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

Además olvida lo previsto en el artículo 52 de la Ley 80 de 1993, que establece:

“Artículo 52.- De la Responsabilidad de los Contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley.”

Además de que está claro que al asunto que en este proceso se debate no le resulta aplicable la solidaridad prevista en el artículo 7 de la ley 80 de 1993, esta norma claramente indica que los contratistas responderán penalmente por sus acciones y omisiones en los términos de la Ley y en materia penal en la cual no existe la solidaridad, ya que de la comisión de un hecho punible responderá quien tenga la calidad de autor, esto es quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento (art 29 Código Penal), o quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, igualmente incurrirán en

responsabilidad penal quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica, o quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma.

De manera que la responsabilidad penal es de carácter individual y personal, por tanto la pena solamente se puede imponer a quien haya incurrido o haya tenido participación en la comisión del delito y en este caso, como bajo la vigencia de la ley penal los llamados a Responder son los funcionarios – personas naturales – de Odebrecht, que supuestamente ofrecieron el soborno a funcionarios públicos, no hay fundamento alguno para que se disponga que CSS Constructores S.A, o alguno de sus socios es solidariamente responsable por un hecho en el que no tuvo ninguna participación y del cual ni siquiera tenía conocimiento de su ocurrencia, pues del mismo tan solo vino a enterarse cuando fue divulgado a través de los medios de comunicación.

En este caso, aplicando el principio de causalidad adecuada, se establece que de presentarse una violación a los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, es claro que ni CSS Constructores, ni ninguno de sus socios, tienen bajo ninguna perspectiva la calidad de vulnerador de los mismos, ni tuvieron participación eficiente y determinante en la producción de los daños reclamados en la demanda y, se reitera, los mismos no son bajo ninguna circunstancia imputables a CSS Constructores S.A.

Así las cosas, demostrado como se encuentra que respecto al hecho generador de la violación de los derechos colectivos cuya protección se pretende mediante el ejercicio de este medio de control no opera la solidaridad prevista en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y que no hay ninguna conducta (por acción o por omisión) imputable a CSS Constructores S.A que constituya violación o amenaza a derechos o intereses colectivos. Es claro además, que a la luz de los artículos 8 y 14 de la Ley 472 de 1998, no existe fundamento alguno para que se tenga a CSS Constructores S.A como demandado o sujeto vulnerador de tales derechos e intereses, pues no

existe vínculo alguno, en la medida en que, se reitera, la solidaridad siempre tiene su fuente en la Ley o en el pacto expreso y, en este caso, de una parte no se está frente a los eventos en los cuales la Ley 80 de 1993 predica la solidaridad entre los integrantes de las sociedades de objeto único, pues se trata de una situación anterior a la presentación de la oferta (que incluso ocurrió antes de que CSS hiciera parte de la estructura que posteriormente se presentó a la licitación bajo la forma de Promesa de Sociedad Futura) y cuya fuente exclusiva, eficiente y determinante fue el actuar criminal de funcionarios de Odebrecht, que bajo la perspectiva del derecho penal genera una responsabilidad de carácter individual, respecto de la cual no se puede predicar la solidaridad.

Acerca de la no participación de CSS Constructores S.A en el actuar criminal consistente en el pago de sobornos para obtener la adjudicación de contratos, resulta ilustrativo lo señalado en el artículo “La declaración que enloda a expresidente de Corficolombiana con soborno” publicado en la versión web de la Revista Semana del 13 de febrero de 2017” en el cual se recogen las declaraciones dadas a las autoridades por Luis Antonio Bueno Junior, quien para el año 2009 era el representante de Odebrecht en Colombia, nota de prensa de la cual se extractan los siguientes apartes:

“Luis Antonio Bueno Junior quien se hacía llamar el parcerero del gobierno, llegó en el 2009 a impulsar la constructora brasileña en Colombia con el fin de abarcar concesiones petroleras, mineras, hidroeléctricas y la infraestructura de transporte, desde el mes de mayo de ese año, comenzó a reunirse con el entonces viceministro Gabriel García a quien le transmitió los intereses de la compañía en el país.

En la audiencia de imputación de cargos, la Fiscalía retomó las declaraciones de Bueno en donde asegura que el 27 de octubre de 2009 en una reunión con el viceministro García Morales, entonces encargado del INCO se comprometió a hacer una propuesta efectiva para que las obras fueran entregadas a la firma Odebrecht, para descalificar a los otros proponentes y para flexibilizar requisitos a favor de la constructora brasileña. En dicha reunión - dice Bueno - García hizo la exigencia de dinero de 6.5 millones dólares.

Según las declaraciones en manos de la Fiscalía, esta solicitud fue transmitida a Luis Antonio Mameri, quien autorizó el suministro de dinero, acto seguido, Bueno Junior dice haber contactado José Elías Melo, Presidente de Corficolombiana, la firma socia del Consorcio con Odebrecht, para informar acerca de dicho compromiso y este –asegura el denunciante- también autorizó para actuar en la forma referida por García Morales.

Bueno Junio acordó con el Presidente de Corficolombiana José Elías Melo que después dividirían los costos a lo largo del proyecto, lo cual tendría lugar únicamente entre Episol y Corficolombiana, sin dar participación a CSS Constructores, el Grupo de Carlos Solarte, quien no tenía conocimiento del acuerdo, según la declaración no se informaba a Solarte por cuanto la participación de ellos era irrelevante.³

Debido a que esta declaración de Luis Antonio Bueno debe obrar en los documentos reservados que el Tribunal tiene en su poder, solicitamos que las mismas sean tenidas en cuenta, pues en ella de manera tajante y expresa se hace claridad que CSS Constructores S.A no tuvo conocimiento alguno del acuerdo que se había llegado para el pago de sobornos, razón por la cual no existe fundamento alguno para hacer responsable a esta sociedad de la violación de los derechos e intereses colectivos a los que alude el actor, es más debe tenerse en cuenta y, para ello basta remitirse al historial del proceso de selección publicado en el Secop, que CSS Constructores S.A solamente fue vinculado en un 4.99% con posterioridad a la fecha en que se había publicado la versión final de los pliegos de condiciones y se había publicado la última adenda, pues incluso en la última ronda de preguntas y respuestas de la licitación SEA-LP-001-2009 se observa que las preguntas eran formuladas por Odebrecht y Corficolombiana, pues para ese momento CSS Constructores no había sido invitado a hacer parte de la estructura plural que presentaría la propuesta.

Forzoso es concluir entonces que CSS Constructores S.A actuó amparada en el principio de Buena Fe, por cuanto al momento de ser vinculada a la

³ <http://www.semana.com/nacion/articulo/luiz-bueno-junior-asegura-que-expresidente-de-corficolombiana-autorizo-sobornos/515473>

estructura plural que luego se constituyó en promesa de sociedad futura, desconocía de los sobornos que habían sido prometidos; con posterioridad no fue enterada de los mismos, sino hasta cuando la situación fue divulgada por los medios de comunicación, aunado al hecho de que por ser socio minoritario no se le permitió participar en la elaboración de la propuesta, ni tenía asiento en los órganos de administración de la sociedad concesionaria (cargos directivos y junta directiva) y solo se le invitaba a algunas reuniones de la asamblea y de la junta con voz pero sin voto. Es decir que durante su vinculación para la presentación de la oferta, como durante la ejecución del contrato CSS Constructores tenía pleno convencimiento de que la adjudicación del contrato se había obtenido por medios legales, porque no tenía ningún elemento objetivo que le hiciera concluir lo contrario, razón por la cual en este caso la buena fe con la que mi representada actuó justifica su actuar que se basaba en la apariencia de que la actuación adelantada para resultar adjudicatarios del contratos se ceñía y respetaba los principios que gobiernan la contratación estatal. Al respecto resulta ilustrativo el siguiente aparte doctrinal:

*“La buena fe como justificación de la apariencia... Podemos ver que la buena fe actúa en ciertos casos como un principio justificativo de la apariencia, **protegiendo a terceros que han adquirido un derecho o celebrando o ejecutando otra conducta, fundados en una situación jurídica que no se condecía con la realidad.** Al efecto, es posible observar que actualmente las transacciones muestran una gran simplicidad, lo cual, si bien implica una economía de tiempo y de actividad con lo cual se favorece el cambio de servicios y riquezas, **a su vez crea riesgos ocultos, clandestinos y aparentes, que serían peligrosos para los terceros y para la seguridad del tráfico.**”*

*En todas esas situaciones de apariencia, **la buena fe cumple la vital función de justificar a quién actuó basado en una mera apariencia dando eficacia a ciertos actos que en realidad – y no en apariencia- deberían ser ineficaces.** PEÑALILLO define la materia como “el principio en virtud del cual **quien actúa guiándose por las situaciones que contempla a su alrededor debe ser protegido si posteriormente se desprende que esas situaciones no existe o tienen características distintas a las ostensibles.**”*

*Cabe señalar que para que la buena fe pueda cumplir con su función justificativa de la apariencia, **debe basarse en ciertos antecedentes o hechos determinados que le den cierta entidad y carácter real a dicha apariencia.***

*Planiol y ripert, señalan que es tan injusto e inmoral, esto es, atentatorio contra la buena fe, aprovecharse de las circunstancias futuras e imprevisibles para la época de celebrarse el contrato, **como de aprovecharse de las circunstancias contemporáneas ignoradas por el otro contratante**⁴*

De manera que no existe una relación o vínculo causal que permita atribuir los hechos y conductas referidos en la demanda a CSS Constructores S.A, quien, se reitera, actuó amparada en el principio constitucional de buena fe, y, por el contrario, se encuentra acreditado que mi representada no tuvo participación en la causa de esos hechos y conductas, razón por la cual no existe legitimación en la causa por pasiva de CSS Constructores S.A, circunstancia que debe conducir a su desvinculación de este proceso.

De otra parte, aunque demostrado que no existe solidaridad, ni conductas imputables a CSS Constructores S.A y que bajo esta perspectiva la sociedad que representó no está a llamada a responder por la lesión de los derechos e intereses colectivos mencionados por el demandante, es necesario efectuar algunas precisiones respecto de los errores en que incurre la Procuraduría al sustentar su solicitud:

En efecto, se pretende que la sociedad Ruta del Sol S.A.S, las sociedades que las conforman y sus miembros respondan patrimonialmente por los daños, perjuicios, indemnizaciones, demandas y, en general para la recuperación de US\$11.1 millones de dólares y otros daños que se llegaren a ocasionar en el curso del proceso. Para tal fin el demandante sustenta su petición en que se presentó una violación del derecho colectivo al patrimonio público por cuanto el contrato No 001 de 14 de enero de 2010 se adjudicó en forma irregular contrariando los principios de transparencia, imparcialidad y selección objetiva que se debían aplicar al trámite de la licitación pública No

⁴ Boetsh Gillet Cristian. *La buena fe contractual. Editorial Jurídica de Chile 2011.*

SEA-LP-001-2009 y que los dineros utilizados para el pago de sobornos era imputado a los costos de obra, pero dichas afirmaciones se quedan en el campo especulativo en lo que se relaciona con CSS Constructores S.A, pues no existe prueba alguna de que en ese actuar criminal mi representada tuvo participación CSS Constructores S.A, ni es posible predicar la existencia de solidaridad como antes se indicó.

En consecuencia está demostrado que esta sociedad no tuvo participación alguna en el pago de sobornos, ni tenía conocimiento de los mismos y no hay un principio de prueba de que respecto de mi representada la pretensión formulada por el actor popular se encuentra fundada, al menos en apariencia, pues la realidad procesal de manera incontrovertible lo que demuestra es que CSS Constructores S.A no violó, amenazó, ni amenaza los derechos colectivos cuya protección se pretende a través del ejercicio de este medio de control, y quien por el contrario en todo momento actuó amparado en el principio de buena fe.

Así las cosas, aunque con el medio de control ejercitado por el demandante se pretende salvaguardar los derechos o evitar que se ocasionen mayores agravios o perjuicios a las prerrogativas que protege este tipo de acción, lo cierto es que al proceso solamente se pueden vincular como demandados y se pueden imputar las conductas violatorias y lesivas de los derechos e intereses colectivos mencionados en la demanda, a quienes efectivamente tienen la calidad de infractores o vulneradores de dichos derechos e intereses colectivos, pero bajo ninguna perspectiva se puede afectar a terceros que no tienen la calidad de sujetos activos del hecho lesivo o vulnerador de los derechos e intereses colectivos que se pretender proteger, y es claro que en este caso resultan afectados de manera injustificada y arbitraria los derechos de CSS Constructores S.A, sociedad que por lo demás es víctima de la situación generada por los actos de corrupción, porque aportó unos recursos como inversión, los cuales no podrá recuperar, además porque en caso de obligar a CSS a asumir el pago de indemnizaciones, se estaría favoreciendo a los sujetos activos de los actos de corrupción porque so pretexto de dar aplicación a una solidaridad

inexistente, se obligaría a un tercero que nada tuvo que ver en dichos actos a responder con su patrimonio, mientras que de seguro quienes si cometieron el delito se insolventaron previamente para eludir sus obligaciones.

En concreto, respecto del monto de los sobornos que fueron pagados por directivos de Odebrecht a funcionarios del Estado (\$31.962.339.000) CSS Constructores S.A no tiene que responder patrimonialmente por este hecho, por no ser sujeto activo del actuar criminal que dio lugar al pago de estas sumas, además se equivoca el demandante cuando en su argumentación indica que se busca devolver al patrimonio público el valor pagado por concepto de soborno, por la simple y obvia razón de que estos recursos no salieron del patrimonio del Estado, sino del patrimonio de un particular (independiente de lo reprochable que este actuar resulte). En conclusión, si bien está de por medio el interés público de que estos hechos de corrupción se dilucide y los sujetos activos de los mismos respondan, no por ello resulta lesionado el patrimonio público respecto a la no recuperación de los dineros pagados como soborno, pues no se puede recuperar algo que nunca fue de su propiedad, y está demostrado que estos recursos pertenecían a Odebrecht y, por lo demás, de considerarse que si se deben adoptar medidas para lograr la recuperación de este valor, las mismas no se pueden adoptar respecto de CSS Constructores S.A, sino frente a los demás miembros de la concesionaria de quienes se pueda demostrar que participaron en el pago de sobornos. Además no puede perderse de vista que la administración pública, por intermedio de uno de sus agentes participó en la producción de este daño y, por tanto, debe entrar a reparar los perjuicios que se hayan ocasionado, como también lo deben responder con su patrimonio los funcionarios y particulares que se beneficiaron con los actos de corrupción.

Como complemento a lo anterior, se encuentra que el demandante afirma que *"cuando un contratista ha pagado sobornos o prebendas económicas para obtener la adjudicación de un contrato con el Estado, amén de la vulneración de los principios de la contratación estatal, tales como la selección objetiva, la transparencia y la economía, así como la comisión de conductas delictuosas, tiene*

previsto y decidido que la suma de dinero que ha utilizado para cometer su indebida actuación la va a recuperar o descontar de los recursos asignados para la ejecución de la obra, suministro o prestación del servicio objeto del contrato, afectando la calidad y o la cantidad de la obra, suministro de servicios, con lo cual es lógico precisas que con esos actos de corrupción se afecta de manera grave el patrimonio público.”

A propósito de esta aseveración, consideramos necesario puntualizar que i) en este caso la administración y liderazgo tanto en la sociedad concesionaria (incluso desde la preparación de la oferta), como en el consorcio constructor la detenta Odebrecht, y que ii) solamente esa sociedad y Episol tenían derecho a nombrar los miembros de junta Directiva y los cargos directivos, es decir que frente a la forma como se asignaban y manejaban los recursos de obra CSS Constructores S.A no tenía ninguna injerencia pues no tenía participación en la adopción de esas decisiones, ya que éstas eran tomadas exclusivamente por los representantes de Odebrecht y de Episol, en algunos casos sin la presencia de representantes de CSS Constructores, quienes en todo caso no tenían derecho al voto.

De manera tajante y enfática señalamos que CSS Constructores no ha hecho parte de ningún pacto criminal, ni para presentar la oferta, ni para resultar adjudicatarios del contrato, y menos aún efectuó, ni participó ni tuvo conocimiento de la existencia de acuerdos o maniobras para incluir dentro de los costos de obra el pago de sobornos o pagos ilegales o ilícitos, es más no tenemos conocimiento (por no haber participado del mismo), de que ese actuar que se presume en la demanda realmente ocurrió o se materializó y, en consecuencia, será al Procurador General de la Nación como actor popular en este proceso a quien le corresponderá demostrar su ocurrencia, por tener él la carga de la prueba.

Nuevamente afirmamos que CSS Constructores S.A no tuvo participación en los actos de corrupción, y adicionalmente no existen a la fecha obligaciones contractuales incumplidas o en riesgo de incumplimiento, ni ha

habido inconvenientes de ejecución contractual, amenaza de multas o de procedimientos de apremio, que deban ser asumidas o de las cuales deba responder solidariamente CSS Constructores S,A como integrantes de la sociedad concesionaria, más aún cuando el contrato se encuentra suspendido y la Superintendencia de Industria y Comercio ya ordenó su terminación inmediata. Tampoco existen criterios objetivos para predicar que por hechos imputables a CSS Constructores se cause o se pueda causar un detrimento al patrimonio público derivado de la adjudicación y ejecución del contrato de concesión 001 de 2010.

Respecto a los beneficios económicos que recibió y podría recibir CSS Constructores S.A por la ejecución del contrato de concesión 001 de 2010, como se explicó en renglones anteriores la sociedad que represento actuó amparada bajo el principio constitucional de buena fe tanto en la presentación de la oferta, como en la ejecución contractual y no existe entonces fundamento para cuestionar su derecho a obtener los ingresos que le corresponde como integrante de la sociedad Concesionaria derivados de los pagos y giros que efectúa la entidad contratante para la remuneración de las obras ejecutadas. Nótese que incluso en el evento de declararse la nulidad del contrato por causa ilícita el contratista tendrá derecho a la remuneración de las obras ejecutadas, por la siguientes razones:

- a) A diferencia del derecho privado, en el cuales una vez declarada la nulidad de un contrato los efectos de esta medida se retrotraen hasta la fecha de su celebración, en la contratación estatal, al tenor de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en casos como el que se analiza la declaratoria de nulidad absoluta del contrato lo que conduce es a que se declare la terminación del contrato y que se proceda a su liquidación en el estado en que se encuentre.

- b) El artículo 48 de la Ley 80 de 1993 consagra que , *“La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria”* y a renglón seguido en la misma norma se establece que *“habrá lugar*

al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público”.

Frente al argumento expuesto por el demandante, según el cual la concesionaria y sus integrantes deben responder por los perjuicios derivados del daño reputacional causado a la administración pública y a sus funcionarios, basta con señalar que en este caso la afectación reputacional que pueden sufrir la administración pública tiene su origen en hechos en los cuales la administración tuvo participación activa a través de sus agentes. Entonces si la administración pública a través de uno de sus funcionarios participo en forma activa, eficiente y determinante en la producción de un hecho lesivo y violador de derechos e intereses colectivos, mal puede pretenderse ahora resarcir un daño reputacional o al buen nombre que ella misma generó.

Y frente a la pretensión relacionada con el riesgo que representa para el Estado la exposición a eventuales demandas por los oferentes no favorecidos por causa de la adjudicación irregular del contrato hay que señalar que al no tener CSS Constructores S.A participación en los hechos de corrupción que dieron origen a este proceso, mal puede se le puede declarar responsable del perjuicio derivado de reclamaciones que puedan presentar terceros por causa de la adjudicación irregular del contrato, pues las irregularidades que se dice se presentaron no son desde ningún punto de vista atribuibles a CSS Constructores S.A.

Ahora bien, adicional a lo anterior se observa que este perjuicio no es actual y tiene el carácter de hipotético o eventual y, por tanto, no sería objeto de reparación, por las siguientes razones;

i) Caducidad de la acción contractual respecto de los supuestos terceros que no resultaron adjudicatarios:

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, vigente para la fecha en que se produjo la adjudicación del contrato 001 de 2010, establecía:

“Artículo 87. (Modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998) De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.” (La subraya no es del texto).

Y en punto a la caducidad de la acción contractual, el artículo 136 ibídem, establecía:

“ARTÍCULO 136 Caducidad de las acciones.

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.”

Tal como lo interpretó la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, si dentro del término de 30 días que establecía el artículo 87 se firmaba el contrato sin que se hubiese ejercitado por el interesado la acción de nulidad y restablecimiento contra el acto precontractual, el afectado estaba legitimado para iniciar la acción contractual, evento en el cual debía aplicarse el término de dos años, el cual empezaba a correr a partir de la fecha de suscripción del contrato.

Aplicado lo anterior a este caso, como el contrato de concesión No 001 fue firmado el 14 de enero de 2010, es claro que la eventual acción que los interesados pudieron ejercitar para alegar que sus derechos habían sido afectados por haberse adjudicado de manera irregular el contrato a un tercero, caducó el día 16 de enero de 2012.

Entonces al haber caducado las acciones de carácter particular, previstas contra la adjudicación irregular, no hay posibilidad de que en este momento un tercero pueda hacer uso de ese medio de control y por tanto, el perjuicio que pretende estructurar el demanda sería hipotético o eventual.

- ii) Un eventual reclamante debe acreditar que era el proponente con mejor derecho:

Así lo ha definido la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“Se reitera la jurisprudencia según la cual cuando se demanda la nulidad de la decisión de adjudicación de la administración y el pago de perjuicios, el oferente demandante que se considere con derecho a resultar adjudicatario, deberá demostrar: i) el vicio de ilegalidad de la decisión y ii) que su propuesta es la mejor, lo que hace indispensable que el proponente desfavorecido, que se siente lesionado en su interés jurídico y demanda, sea celoso de la observancia de la carga procesal y probatoria que implica acreditar estos aspectos.

En conclusión, los demandantes no probaron las actuaciones ilegales en que pudo incurrir la administración, excepto en lo que tiene que ver con el criterio “antigüedad” que resultó ineficaz pero sin incidencia en el caso concreto en el orden de elegibilidad, y principalmente no demostraron el presupuesto exigido de que su oferta fuese la más favorable, requisito esencial e imperativo para reclamar la titularidad del derecho como adjudicatario en el proceso y la indemnización de

*perjuicios por su desconocimiento o menoscabo por parte de la administración*⁵

En este caso por las particularidades del mismo, no es posible que un tercero, respecto de quien se pueda hacer un análisis objetivo de su propuesta, pueda alegar que era el proponente con mejor derecho y bajo esta perspectiva, adicional a la caducidad de la acción, ni tendría derecho a reconocimiento económico alguno a su favor.

- iii) El juez de la acción Popular no puede decidir sobre indemnizaciones a favor de particulares:

Es claro que la acción popular no tiene como objeto el disponer del resarcimiento de perjuicios ocasionados a particulares y bajo esta perspectiva no es este el escenario procesal para discutir la indemnización de perjuicios derivada de la adjudicación ilegal que se predica en la demanda, más aún cuando el amparo del patrimonio público bajo este argumento implicaría, para establecer su certeza, efectuar un análisis de fondo del derecho económico particular que resultó o pudo resultar afectado, análisis que no corresponde al objeto de la acción popular.

Con fundamento en lo expuesto, solicitamos respetuosamente desvincular a CSS del proceso de la referencia, y en forma subsidiaria solicitamos que se desestimen las pretensiones de la demanda en cuanto se dirigen contra CSS Constructores S.A.

PRUEBAS.

⁵ Sentencia de 8 de febrero de 2012. Consejo de Estado – Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 1998-08034-01 (20688)

2019 24

No tenemos reparo alguno respecto de las pruebas documentales mencionadas en la demanda, y nos permitimos solicitar las siguientes:

Oficios

- 1) En el evento en que no reposen en el expediente, solicitamos que se oficie a la Fiscalía General de la Nación para que remita copia de la declaración rendida en este caso por el señor Luis Antonio Bueno Junior.
- 2) Se oficie a la Concesionaria Ruta del Sol y al Consol (cuyas direcciones reposan en el expediente) para que remitan copia de la totalidad de las actas de asamblea de socios y de junta directiva con el fin de que se pueda establecer la dinámica de como se adoptaban las decisiones.

Testimonios

- 1) Para establecer quienes participaron en los hechos de corrupción narrados en la demanda y descartar que CSS Constructores S.A tiene alguna responsabilidad en el mismo solicito se escuche en declaración al señor Gabriel Ignacio García Morales, identificado con la cédula de ciudadanía No 73.151.343 de Cartagena.

Atentamente



JUAN PABLO GONZALEZ ALARCON

C.C 80.425.434 de Usaquén

T.P.No 12.0018 del Consejo Superior de la Judicatura