

RECURSO DE APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS A LA SEGURIDAD PÚBLICA, PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES TÉCNICAMENTE, DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO, GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO Y UTILIZACIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO - Con ocasión del mal estado de la vía Los Curos - Málaga, Santander / RED PRIMARIA VIAL - Su administración se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, cuando aquellas no se encuentren concesionadas

[S]í es posible observar en el sub examine, (...) una trasgresión clara al derecho colectivo referente al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; ello, por cuanto al tenor del material probatorio allegado (...) se puede observar que el frágil e inestable estado de la vía, en definitiva, merma o dificulta a los transeúntes en el ejercicio adecuado y pleno de su derecho colectivo.(...) ésta Sala de Decisión procederá a modificar la parte resolutive de la sentencia (...) además de amparar los derechos y garantías colectivas (...) ordenará el amparo del derecho concerniente al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, (...) La Sala dispondrá que (...) se ordene tanto al INVÍAS como al Fondo de Adaptación que efectúen las actividades correspondientes para dar cumplimiento a los contratos objeto de la presente acción popular (...) [para] la terminación de las obras contratadas y, a su vez, que comiencen las obras faltantes y demás que sean necesarias. En vista que las obras en mención no se pueden terminar en forma inmediata, como mecanismo transitorio (...) el INVÍAS (...) deberá adoptar las medidas pertinentes para efectos de garantizar el cruce de peatones en el kilómetro 94 +940, ubicado en jurisdicción del municipio de Santa Bárbara – Santander. La Sala también concretará la orden dictada en el numeral 6 de la sentencia (...) en el sentido de ordenarle al INVÍAS que, (...) continúe tomando las decisiones necesarias y realizando las gestiones pertinentes al interior del contrato de obra (...) para efectos de la construcción, edificación y entrega de los tres (3) puentes denominados La Judía, Hisguara y Sitio Crítico (SC) 43 - Pangote; una vez sea resuelta de fondo la controversia contractual sometida al Tribunal de Arbitramento en Cámara de Comercio de Bogotá. (...) la Sala encuentra necesario que, (...) se conforme un comité para la verificación del cumplimiento de las órdenes emitidas por el Tribunal. (...) En todo lo demás, (...) se dejará incólume el contenido de la parte resolutive de la sentencia apelada (...).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 63 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 82 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 366/ LEY 9 DE 1989 - ARTÍCULO 5 / LEY 472 DE 1998 / LEY 715 DE 2001 - ARTÍCULO 76.4.1 / LEY 1437 DE 2011 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 674 / DECRETO 1504 DE 1998 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 1504 DE 1998 - ARTÍCULO 3 / DECRETO 2618 DE 2013 - ARTÍCULO 2

NOTA DE RELATORÍA: Con salvamento del voto del Consejero Oswaldo Giraldo López.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00847-01(AP)

Actor: DANIL ROMÁN VELANDIA ROJAS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS), FONDO DE ADAPTACIÓN DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER

Coadyuvante: EDGAR LEONARDO VALENCIA ROJAS

Tema: Competencias y responsabilidades del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS en la administración y gerencia de la red vial nacional primaria – La amenaza, riesgo y/o vulneración persistente y palpable de derechos e intereses colectivos obliga y legitima al juez popular para su efectiva protección y amparo.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por el señor Danil Román Velandia Rojas¹, por el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS² y por el señor Edgar Leonardo Velandia Rojas³, en contra de la sentencia de 28 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander⁴.

SOLICITUD

El señor Danil Román Velandia Rojas, obrando en su calidad de ciudadano y en ejercicio de la acción popular establecida en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 472 de 1995 y 1437 de 2016, presentó demanda⁷ en contra del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, del Fondo de Adaptación adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento de Santander, con miras a obtener la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos viales nacionales respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de los municipios que hacen parte de la provincia de García Rovira del departamento de Santander, con ocasión del mal estado de la vía “Los Curos – Málaga”⁸.

LOS HECHOS

Los hechos que fundamentaron la demanda de acción popular fueron los siguientes⁹:

¹ En su calidad de actor popular.

² En su condición de entidad demandada.

³ En su calidad de coadyuvante de la parte actora.

⁴ Visible a folios 1018 a 1037 del cuaderno anexo No. 3 del expediente popular.

⁵ “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

⁶ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁷ Folios 1 a 22 del cuaderno N° 1 del expediente de la referencia.

⁸ La cual funge como una de las principales arterias viales de la provincia de García Rovira, integrada por trece (13) municipios.

⁹ Folios 1 a 4 del cuaderno N° 1 de la demanda popular.

II. 1. El actor popular manifestó que la vía “Los Curos – Málaga”, del orden nacional, es una de las principales vías de la provincia de García Rovira, la cual se encuentra conformada por trece (13) municipios.

II. 2. Relató que dicha vía, es la ruta principal para poder acceder a los municipios de Santa Bárbara, Guaca, San Andrés, Molagavita, Málaga, Concepción, Cerrito, Capitanejo, San José de Miranda, Carcasí, San Miguel, Macaravita y Enciso (del Departamento de Santander). Y, adicionalmente, refirió que es la única vía de acceso cuando no hay paso por San Gil hacia la ciudad de Bogotá.

II.3. Indicó que la vía en cuestión, se encuentra en pésimas condiciones, pues de los ciento veintitrés (123) kilómetros de extensión, sólo el 25% está actualmente pavimentada; de los cuales sólo el 15% se encuentra en un buen estado, y el resto, es vía destapada (tierra, arena, recebo, etc.).

II. 4. Advirtió que esta situación supone un riesgo para la vida de quienes por allí transitan; además, puso de presente que, en virtud del fenómeno de “La Niña” (ocurrido en los años 2010 a 2011), se identificaron más de cincuenta (50) puntos críticos de la mentada vía, y que, pese a su intervención, ha sido mayor la demora en los trabajos y obras que la efectividad para su culminación.

II. 5. Destacó, en su escrito de demanda, que:

“[...] el INVÍAS, tiene por función velar por el goce del espacio público, las óptimas y buenas condiciones de la malla vial a su cargo; y el Fondo de Adaptación le corresponde mitigar los efectos negativos con ocasión a los fenómenos naturales en esta zona vial [...]” 10.

II. 6. Puso de presente que tanto el Fondo de Adaptación como el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, son conscientes de la problemática de la vía “Los Curos – Málaga” y han celebrado diversos contratos a fin de dar solución a sus puntos críticos, planeándose inclusive la construcción de tres (3) puentes o viaductos vehiculares como solución definitiva; los cuales, al momento de la presentación de la demanda, ya contaban con retraso en su ejecución.

II. 7. Esgrimió que al no darse una solución efectiva a ésta problemática, los habitantes de la provincia de García Rovira se han visto obligados a soportar viajes extensos y demorados, a lo largo de los ciento veintitrés (123) kilómetros de extensión de la vía, sin contar los daños que sufren frecuentemente los vehículos públicos y particulares y los sobrecostos en fletes y gasolina.

II. 8. Acusó, entre otros aspectos, que:

“[...] lo anterior, demuestra la serie de irregularidades sobre la vía, el descuido y la inoportuna intervención por parte del INVÍAS y el FA (Fondo de Adaptación), lo cual permite establecer un daño moral a la población, pues, para venir a la ciudad de Bucaramanga o Viceversa a la Ciudad de Málaga, tiene una duración promedio de ocho (8) horas. Y sin embargo en un trayecto similar como lo es Bucaramanga – San Gil de 144 Kilómetros pavimentados, se demora en promedio dos (2) horas y media (30) [...]” 11.

II. 9. Aseveró, en su demanda popular, que:

“[...] Yo, como cualquier otro ciudadano colombiano, pagamos impuestos de vehículo para transitar, transportarme por buenas y óptimas vías, sin que mi

¹⁰ Folios 1 a 2 del cuaderno N° 1 del expediente popular de la referencia.

¹¹ Folio 2 del cuaderno N° 1 del expediente popular de la referencia.

vehículo se vea afectado por las pésimas e inatendidas condiciones de la vía los Curos – Málaga [...]” 12.

II. 10. Afirmó que existe una transgresión clara y contundente contra el desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, y que queda plenamente demostrado, que la presente acción constitucional cumple con los requisitos de procedibilidad para efectos de evitar y/o conjurar daños irremediables, irreparables, prevenir el daño contingente y la amenaza, en virtud de las acciones y omisiones de los demandados en la presente causa constitucional.

PRETENSIONES

La parte actora formuló las siguientes pretensiones:

“[...] 1.- Que se declare a los demandados Invías y el Fondo de Adaptación, representada por su apoderado general, Director, gerente o por quien haga sus veces, han cometido (sic) por acción y omisión respectivamente la violación de los derechos constitucionales colectivos al goce de un ambiente sano con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos viales nacionales respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de los municipios de la provincia de García Rovira, capital Málaga – Santander, y del espacio público.

2.- Que de acuerdo con la pretensión anterior, se ordene a los demandados INVÍAS y al Fondo de Adaptación, realizar todas las acciones administrativas y ejecutar, para garantizar la pavimentación de la vía Curos – Málaga (124 kilómetros) y el cumplimiento de los puntos críticos por parte de los contratistas en razón ejecutar (sic) las acciones tendientes a evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos que están siendo amenazados en razón de la omisión en sus funciones.

3.- Que los demandados INVÍAS y el Fondo de Adaptación, acate inmediatamente la orden que su despacho le imparta y, según lo dispone el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

4.- Que se me reconozca en caso de ser condenados a: sírvase tasar y ordenar a los demandados pagar la recompensa que trata el artículo 45 de la Ley 472 de 1998, en concordancia del artículo 1005 del Código Civil por remisión expresa de la Ley 9 de 1989, así como el Decreto 2303 de 1989, la Sentencia C – 215 de 1999 de la Corte Constitucional y en virtud del principio “Lex posterior generalis non derogat legi special priori”, al no estar derogado y no ser incompatible por el artículo 2 de la Ley 1425 de 2010.

5.- Que se condene a los demandados INVÍAS y el Fondo de Adaptación sean en costas [...]”.¹³

ACTUACIÓN PROCESAL

IV. 1. La demanda fue presentada el 30 de julio de 2015, ante el Tribunal Administrativo de Santander, tal y como consta a folio 23 del cuaderno No. 1 del expediente popular.

¹² Folio 2 del cuaderno N° 1 del expediente popular.

¹³ Folio 4 del cuaderno N° 1 del expediente de la referencia.

IV. 2. El mentado Tribunal, mediante auto del 11 de agosto de 2015¹⁴, admitió la demanda y, en consecuencia, ordenó notificar a las entidades demandadas y al Ministerio Público, para lo pertinente.

IV. 3. Las notificaciones arriba referidas, se llevaron a cabo en debida forma, tal y como se observa a folios 25, 35 y 38 del cuaderno No. 1 del expediente de la referencia.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

V. 1. El apoderado judicial del Departamento de Santander, mediante escrito aportado el 19 de agosto de 2015 ante el Tribunal¹⁵, aceptó los hechos de la demanda y afirmó que cualquier responsabilidad sobre el mantenimiento de la vía “Los Curos – Málaga” debía recaer, en definitiva, sobre el INVÍAS, por ser ésta una vía del orden nacional.

En ese orden de ideas, indicó no ser competente para atender la problemática que aquí se suscita. Así pues, se opuso a las pretensiones que contra él se presentaron y, con base en el fundamento arriba referido, formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

V. 2. El apoderado judicial del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, mediante escrito allegado el 4 de septiembre de 2015¹⁶, expuso que la política en relación con la infraestructura vial es competencia de la Nación – Ministerio de Transporte, por lo que, en su sentir, no es posible mediante acción popular pretender reivindicar derechos que en abstracto pueda tener una colectividad.

Anotó que el actor popular, señor Velandia Rojas, desconoce las grandes inversiones que el INVÍAS junto con el Fondo de Adaptación Vial, ha realizado en la vía Los Curos – Málaga. Adujo, también, que el demandante desconocía las limitaciones presupuestales para “acometer de un solo tajo la pavimentación de la vía objeto de examen”, en virtud de las múltiples fallas geológicas que existen en la zona.

Manifestó atenerse a lo probado en el presente proceso y, además, informó que:

“[...] Conforme al informe del Administrador de Mantenimiento Vial Consorcio SG Vial Santander y correspondiente al trimestre Abril - Junio de 2015 y que se aportará como prueba sobre la vía pavimentada, el 74.99% está en buen estado; el 12.92% en regular estado pero transitable y el 12.9% en estado de reparación. Respecto del tramo en afirmado el 30.92% se presenta en buen estado, el 43.62% en regular estado pero transitable y el 25.46% en estado de reparación (fls.76-93). Del mismo modo el total del trayecto de la vía Curos – Málaga es de 123.602 Kms. [...]”¹⁷.

Adicionalmente, esgrimió: (i) que el Gobierno Nacional consideró que dicho trayecto es importante, y de allí que haga un mantenimiento vial constante, a través del contrato No. 2066 de 2014¹⁸; (ii) que ESGAMO SAS, entidad con la que celebró el contrato No. 967 de 2013, lo incumplió y por ello se adelanta el correspondiente proceso sancionatorio; (iii) que es el Fondo de Adaptación el que tiene a cargo la atención de los puntos críticos de la mentada vía, y (iv) que se pretende construir tres puentes por parte del contratista SACYR, en virtud del

¹⁴ *Ibíd.*, folio 24.

¹⁵ *Ibíd.*, folios 26 a 28.

¹⁶ *Ibíd.*, folios 66 a 75.

¹⁷ *Ibíd.*, folio 69 y ss.

¹⁸ *Ibíd.*, folios 77 a 81.

contrato No. 285 de 2013; dos de ellos están en etapa de diseño y el otro en ejecución en un 15%. Por ende, considera que no se ha incurrido en ninguna omisión que vulnere derechos e intereses colectivos, a la postre.

Planteó la excepción genérica atinente a “la protección de derechos colectivos y el decreto de obras públicas”, en la que reiteró la falta de competencia del juez popular para ordenar la ejecución de obras públicas y, de otra parte, la concerniente a la del “principio de planeación aplicado a la contratación estatal”, el cual se alteraría con la eventual intervención de los jueces, si llegasen a ordenar al ejecutivo el incurrir en gastos desbordados.

V. 3. El apoderado judicial del Fondo de Adaptación, por medio de escrito presentado el 8 de septiembre de 2015¹⁹, afirmó que no le constaban los hechos referidos por el INVÍAS. Reconoció que el fenómeno de “La Niña”, de los años 2010 a 2011, afectó a la vía Los Curos – Málaga, pero consideró que su intervención en tal corredor vial ha sido efectiva en la atención de los puntos críticos.

Precisó que, para la entidad, la atención de la carretera Los Curos – Málaga es, sin duda, una prioridad; de allí que suscribiese con el INVÍAS el Convenio Interadministrativo Marco No. 14 de 2012²⁰ para aunar los esfuerzos a fin de realizar proyectos en los sitios críticos de la red nacional no concesionada que afectó el fenómeno de La Niña de 2011.

En lo relacionado con el estado de la vía Los Curos – Málaga, manifestó que:

“[...] (i) se identificaron 18 puntos críticos entre el PR 0 y el PR 97, (ii) se afectaron 9 puentes que deben ser sustituidos por su socavación, desestabilización, agrietamiento en muros y vigas, (iii) se ha invertido desde marzo de 2012 hasta mayo de 2014 un total de \$210.000.000, en la ejecución de 12 contratos de consultoría, obra y consultoría, (iv) la construcción de tres viaductos avanza en el cronograma establecido y serán entregados en noviembre de 2016 y no se ha presentado solicitudes de ampliación del contrato, (v) sólo uno de esos puentes hace parte de la ruta crítica [...]”.²¹

Recordó que, normativamente, el Fondo de Adaptación atiende una tercera fase de la emergencia del fenómeno de “La Niña”, la cual tiene relación con la prevención y reconstrucción, por lo que afirma no ser responsable de las causas y circunstancias que dieron origen a las malas condiciones de la mentada vía, y de allí que no deba asumir su pavimentación. Así, se opuso a las pretensiones argumentando no ser responsable del manejo dado a la vía antes de presentarse el fenómeno de La Niña de 2011, y de allí que no se le pueda imputar el hecho de que la vía no esté completamente pavimentada.

Argumentó que, sus actividades, no tienen relación alguna con los hechos según los cuales el actor popular fundamenta la presunta transgresión de derechos e intereses colectivos y, agregó que el señor Velandia Rojas, no puede obtener los incentivos pretendidos puesto que éstos fueron derogados por la Ley 1425 del 29 de diciembre de 2010²².

Planteó, la excepción de inepta demanda por el no agotamiento del requisito de procedibilidad, que se establece en el artículo 144 – 3 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), consistente en la necesidad de una petición previa para atender la

¹⁹ *Ibíd.*, folios 95 a 105.

²⁰ *Ibíd.*, folios 124 a 127.

²¹ *Ibíd.*, folios 95 a 96.

²² “Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo”.

problemática de los derechos colectivos, pues afirma que el actor popular elevó petición de información sin solicitar conjuntamente la adopción de alguna medida frente a la vía Los Curos – Málaga, por lo que, en su sentir, se debe rechazar la demanda impetrada.

También, planteó la carencia de objeto de la acción popular ante su improcedencia para reclamar derechos de carácter particular, respaldándose en que no existe prueba de la violación de derechos colectivos, y que, por el contrario, lo que busca el actor es un beneficio y/o incentivo económico ya derogado por las normas nacionales.

Por último, esbozó la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto asegura que no puede responder por la demora en la pavimentación de la vía, y en ese orden de ideas, pidió al juez que se rechace la acción por no agotarse el requisito de procedibilidad, y, en todo caso, negar las pretensiones formuladas en contra del Fondo de Adaptación.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Mediante providencia de 18 de noviembre de 2015²³, el Tribunal Administrativo de Santander declaró fallida la audiencia especial de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998, por cuanto no asistió a ella el apoderado judicial del Departamento de Santander, y de otra parte, los demás demandados consideraron haber realizado las gestiones presupuestales y contractuales para atender las problemáticas de la vía Los Curos – Málaga.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de primer grado de 28 de junio de 2017²⁴, el Tribunal Administrativo de Santander, en atención al material probatorio obrante en el proceso así como de los peritazgos efectuados, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Santander y, de otra parte, procedió a amparar los siguientes derechos colectivos:

i) Derecho a la seguridad pública y a la prevención de desastres previsibles técnicamente. Al efecto, el Tribunal manifestó que: “[...] (i) existen unos hechos que demuestran que el tránsito por la vía entre Los Curos – Málaga es riesgoso por: a) carecer de pavimento, especialmente en las zonas cuyo suelo es arcilloso, b) existir taludes que por las mismas condiciones ambientales y geológicas pueden derrumbarse o generar deslizamientos, c) tener el suelo de la vía unas propiedades que permiten su movimiento o deslizamiento, y d) hay muchos aspectos pendientes en la vía por mejorar, (ii) todo lo cual configura un daño contingente frente a los derechos a la seguridad pública y prevención de desastres previsibles técnicamente, ya que las características en la vía generan riesgo de accidentalidad para quienes transitan por ella. Se acredita entonces, el primero de los supuestos necesarios para proferir una sentencia que proteja derechos colectivos [...]”²⁵. (Destaca la Sala)

Sobre el particular, agregó que “[...] las peritaciones oficiales recaudadas en este proceso, así como los cuantiosos recursos que el INVÍAS y el Fondo de Adaptación han invertido en los últimos años para el mejoramiento de la precitada vía, evidencian los graves problemas que se materializan en este corredor vial en el que las mismas autoridades han identificado cerca de sesenta puntos críticos, luego de la ola invernal de 2011. No duda esta Sala que existe un riesgo para

²³ *Ibíd.*, folio 310 a 311.

²⁴ Folios 1018 a 1037 del cuaderno N° 3 de la causa popular.

²⁵ Folio 1028 del cuaderno N° 3 de la causa popular.

quienes transitan por la vía Los Curos – Málaga debido a la falta de pavimento (en especial en los tramos en que el suelo es arcilloso, por volverse liso con la lluvia) [...]”²⁶.

ii) Derecho a la defensa del patrimonio público. Sobre este derecho colectivo, el Tribunal advirtió que: “[...] La Sala advierte que pese a que se han invertido importantes recursos para el mantenimiento y el mejoramiento del trayecto vial, no se ha decidido su pavimentación lo cual es necesario por presencia de terrenos arcillosos y porque se hace una cuantiosa inversión en la construcción de tres puentes que quedarían rodeados de vías de difícil tránsito, lo que no permitiría su completo aprovechamiento [...]”²⁷.

Añadió, también, que: “[...] De las pruebas analizadas, la Sala califica la conducta del INVÍAS y la del Fondo de Adaptación frente a la gestión de los riesgos para el tránsito por la vía Los Curos – Málaga así: de manera general, es positiva por los diferentes contratos celebrados y las obras ejecutadas en este trayecto vial. Comprende la Sala que las características del terreno que rodean la vía, exige una constante atención de remociones de masa, con notable influencia de la continua sismicidad que se vive en el sector cercano a la vía Los Curos – Málaga. Sin embargo, el INVÍAS quien tiene a cargo la gestión del tramo vial en mención, no ha decidido emprender la completa pavimentación de la misma, algo que es necesario cuando menos por dos razones: (i) porque en los tramos viales cuyos suelos son arcillosos el pavimento impide el fácil deslizamiento de los automotores que por allí transitan, (ii) de nada serviría construir grandes obras de ingeniería como los puentes vehiculares de Hisguara, La Judía y Sitio Crítico 43 si alrededor de los mismos hay unas vías destapadas, con facilidad a interrumpir el normal tráfico de los vehículos. En un escenario como el actual, la Sala encuentra una amenaza al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, pues no se planifica un pleno aprovechamiento de los cuantiosos recursos invertidos en la construcción de los mencionados puentes [...]”²⁸. (Negrillas por fuera de texto original)

En adición, y frente al Fondo de Adaptación, expresó que: “[...] la Sala no encuentra fundamentos para hacerle imputación jurídica respecto de amenaza de alguno de los derechos colectivos que aquí se enrostran, pues muestra un manejo a los imprevistos presentados en la solución de los puntos críticos, de acuerdo con su competencia funcional, por lo que sólo se le exhortará para que continúe tomando las decisiones necesarias para la construcción de los puentes Hisguara, La Judía y Sitio Crítico 43, debiendo concentrar esta información en un expediente, que deberá ser puesto al conocimiento del Tribunal ante un eventual trámite incidental de desacato [...]”²⁹. (Negrillas y subrayas de la Sala de Decisión)

Con base en dichas consideraciones, el Tribunal resolvió y emitió las siguientes órdenes, a saber³⁰:

“[...] PRIMERO: Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Santander.

SEGUNDO: Amparar los derechos colectivos a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la defensa del patrimonio

²⁶ Folio 1023 del cuaderno N° 3.

²⁷ *Ibidem*, folio 1023.

²⁸ *Ibidem*, folio 1035.

²⁹ *Ibidem*, folio 1035 Vto.

³⁰ Folios 1036 a 1037 del cuaderno N° 3 del expediente popular.

público que se encuentran amenazados en la vía Los Curos – Málaga (Santander).

TERCERO: Ordenar al INVÍAS que, dentro de los tres (03) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, formule un proyecto para la gestión del riesgo que actualmente muestra la vía denominada Los Curos – Málaga, se determine el cronograma de ejecución y fecha de culminación de su pavimentación total. En la formulación del proyecto el INVÍAS deberá incluir, de acuerdo con su marco funcional de competencias, la solución a los puntos críticos actualmente existentes y los diferentes protocolos para evitar que las diversas contingencias se materialicen con la afectación a derechos fundamentales de quienes por allí transitan.

CUARTO: Ordenar al INVÍAS que dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia construya un paso peatonal seguro en el puente vehicular existente en el kilómetro 94+940, ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Bárbara.

QUINTO: Exhortar al INVÍAS para que si aún no lo ha hecho, persiga el cobro de las acreencias surgidas a su favor en las Resoluciones 03461 del 25 de mayo de 2016 y 05611 del 19 de agosto de 2016, referidas en la parte considerativa de esta sentencia, debiendo estructurar un expediente que muestre dichas gestiones y resultados así como el destino dado a los dineros recuperados, el cual deberá presentar a este proceso, en el evento del trámite incidental de desacato.

SEXTO: Exhortar al Fondo de Adaptación para que continúe tomando las decisiones necesarias para la construcción de los puentes Hisguara, La Judía y Sitio Crítico 43.

SÉPTIMO: Denegar el incentivo económico perseguido por el actor popular y las demás pretensiones.

OCTAVO: Condenar en costas al INVÍAS.

NOVENO: Reconocer a la abogada Gilma Flórez de Criado portadora de la T.P. 45.642 como apoderada del Departamento de Santander en los términos del documento poder que obra al folio 854 del Cuaderno 02 del expediente.

DÉCIMO: Una vez en firme este proveído, archívese este expediente previo las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI. Notifíquese y Cúmplase. Aprobado en acta No. 71 de 2017 [...].”

La anterior decisión fue debidamente notificada a las partes del presente proceso, tal y como consta a folios 1038 a 1043 del expediente principal.

TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

VIII.1. Mediante providencia de 27 de noviembre de 2017³¹, el despacho sustanciador del proceso de la referencia admitió los recursos de apelación elevados por el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, por el señor Danil Román Velandia Rojas³² y por el señor Edgar Leonardo Velandia Rojas³³, en contra de la sentencia de primera instancia de 28 de junio de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander.

³¹ Folios 1280 a 1282 del cuaderno N° 3 del expediente popular.

³² En su calidad de actor popular.

³³ En su condición de coadyuvante de la parte actora.

VIII.2. En el trámite de la segunda instancia, el actor popular, de forma posterior a la radicación de su escrito de apelación ante esta Corporación y, en todo caso antes de alegar de conclusión, allegó como pruebas sobrevinientes algunos peritazgos de parte adicionales realizados sobre la vía Los Curos – Málaga, efectuados por las Alcaldías de los municipios de Málaga, Molagavita, San Andrés, Guaca y Santa Bárbara de la Provincia de García Rovira³⁴.

VIII.3. En memorial allegado el 4 de julio de 2018 ante esta Corporación³⁵, el actor popular hizo una adición a sus alegatos de conclusión, por fuera de término legal y sin firmar, y aportó un hecho sobreviniente, haciendo hincapié en que se concedan la totalidad de las pretensiones, en los siguientes términos:

“[...] 1. En fecha 13 de abril de 2018, el Procurador delegado radicó frente al presente proceso, un memorial constituyendo la prelación del mismo, debido a la gravedad del asunto, 2. Quiero comunicarle que INVIAS entregó dos (2) puentes más, en jurisdicción del Municipio de San Andrés (Santander), sin pasos peatonales, es decir, un símil frente al caso del Municipio de Santa Bárbara, así mismo, solicitando la sentencia se adicione en el sentido de ordenar a INVIAS que instale los pasos peatonales sobre los puentes en mención de carácter urgente, 3. Finalmente, teniendo en cuenta la fijación de la lista de traslado al Ministerio Público, dentro del proceso en mención, los diez (10) días hábiles se vencieron el día 04 de julio de 2018, pero, el proceso pasó a Despacho ese día. Colofón, solicito respetuosamente al Honorable Despacho, se SIRVA adicionar dentro del fallo de segunda instancia, la orden al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, de INSTALAR los pasos peatonales, en los puentes vehiculares en jurisdicción de San Andrés – Santander, al igual que los que están en jurisdicción del Municipio de Santa Bárbara – Santander, dentro de la vía denominada Los Curos – Málaga. Lo anterior para su conocimiento y fines pertinentes [...]”³⁶.

VIII.4. En lo que respecta a este último documento allegado, resulta imposible para la Sala hacer un pronunciamiento de fondo, si se tiene en cuenta que dicho memorial de adición a alegatos fue allegado a ésta Corporación por fuera de término legal, no fue controvertido ni contradicho y, como si no bastara, no fue suscrito ni firmado por el actor popular, señor Velandia Rojas.

VIII.5. Posteriormente, y en atención a que las pruebas con las que el a-quo adoptó su decisión de primer grado correspondían a los años 2014, 2015 y 2016, respectivamente y, debido a su antigüedad, no aportaban la certeza suficiente a este Juez Popular en relación con el estado actual de la vía nacional primaria “Los Curos – Málaga”, mediante auto calendado el 19 de diciembre de 2018³⁷, se hizo menester e indispensable decretar la práctica de pruebas de oficio³⁸; ello, con la finalidad de establecer con certeza el estado actual de la precitada vía para poder determinar a plenitud la violación de los derechos e intereses colectivos alegados como conculcados en la presente causa constitucional que aquí se estudia. En dicho proveído, entre otros aspectos, el despacho sustanciador resolvió y ordenó lo siguiente:

³⁴ Visibles a folios 1176 a 1179, 1190 a 1193, 1195 a 1197, 1199 a 1201, 1203 a 1205, 1210 a 1212, 1214 a 1217, 1219 a 1221, 1223 a 1226, 1238 a 1240, 1247 a 1249, 1256 a 1258, 1277 a 1279, 1286 a 1288, 1295 a 1297 Vto., 1336 a 1339, 1347 a 1351, 1367 a 1379, 1401 a 1403, 1418 a 1420 y 1434 a 1436 del expediente de acción popular de la referencia.

³⁵ Folios 1498 a 1499 del cuaderno anexo No. 4 del expediente popular.

³⁶ Folio 1498 Vto. del cuaderno anexo No. 4 del expediente.

³⁷ Folios 1573 a 1578 del cuaderno anexo No. 4 de la causa popular.

³⁸ De acuerdo con los artículos 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y 170 del Código General del Proceso (Ley 1564 del 2012).

“[...] RESUELVE:

PRIMERO: TÉNGASE como pruebas los dictámenes periciales sobrevinientes, allegados por el actor popular, y realizados por las Alcaldías de los municipios de Málaga, Molagavita, San Andrés, Guaca y Santa Bárbara de la provincia de García Rovira (Santander), visibles a folios 1176 a 1179, 1190 a 1193, 1195 a 1197, 1199 a 1201, 1203 a 1205, 1210 a 1212, 1214 a 1217, 1219 a 1221, 1223 a 1226, 1238 a 1240, 1247 a 1249, 1256 a 1258, 1277 a 1279, 1286 a 1288, 1295 a 1297 Vto., 1336 a 1339, 1347 a 1351, 1367 a 1379, 1401 a 1403, 1418 a 1420 y 1434 a 1436 del cuaderno principal del expediente popular de la referencia.

SEGUNDO: Por la Secretaria General, se SOLICITARÁ al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS), que remita, en un término de diez (10) días y con destino al proceso de la referencia, informe detallado de avance actual de construcción de la vía «Los Curos - Málaga» (ubicada en el departamento de Santander), que refleje el cronograma de ejecución y fecha de culminación total de su pavimentación.

TERCERO: Por la Secretaria General, se SOLICITARÁ al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS), que informe, de manera clara y detallada, en un término de diez (10) días y con destino al proceso de la referencia, el estado actual, ejecución, así como el alcance de los siguientes contratos y convenios de administración vial, a saber: contrato No. 2066 de 2014 (suscrito entre el INVIAS y el Consorcio SG VIAL Santander); contrato No. 1765 de 2014 (suscrito entre el INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOCCEBA CTA); contrato No. 1765 de 2014 (suscrito entre el INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOCCEBA CTA); Convenio No. 1070 de 2014 (suscrito por INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos a1 Progreso de Guaca COOUNIPROGRESO) y el Convenio Interadministrativo Marco No. 014 del 31 de mayo de 2012 (suscrito entre el Fondo de Adaptación y el Instituto Nacional de Vías INVIAS), visibles a folios 77 a 81, 82 a 84, 85 a 87, 91 a 93 y 124 a 127 del cuaderno anexo No.1 del expediente de la referencia.

CUARTO: Por la Secretaria General, se SOLICITARÁ al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS), que allegue los demás documentos, contratos suscritos y/o soportes pertinentes que, permitan a la Corporación establecer el estado real y actual que presenta la vía nacional primaria «Los Curos - Málaga» (ubicada en el departamento de Santander).

QUINTO: Por la Secretaría General, se SOLICITARÁ al FONDO DE ADAPTACIÓN que informe, en un término de diez (10) días y con destino al proceso de la referencia, el estado actual en el cual se encuentra la vía «Los Curos - Málaga» (ubicada en el departamento de Santander), en lo que corresponda a sus competencias.

SEXTO: Por la Secretaria General, se SOLICITARÁ al FONDO DE ADAPTACIÓN, que informe, de manera clara y detallada, en un término de diez (10) días y con destino al proceso de la referencia, el estado actual de ejecución y fecha de culminación de las obras correspondientes a los siguientes contratos y convenios: contrato de consultoría No. 106 de 2012 (firmado por el Fondo de Adaptación y el Consorcio D.I.S. S.A., E.D.L. S.A.S); contrato de interventoría No. 107 de 2012 (suscrito entre el Fondo de Adaptación y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD); contratos de obra Nos. 075, 086, 239 y 276 de 2013 (para efectos de realización de obras para sitios críticos en la vía «Los Curos - Málaga»); contrato No. 285 de 2013 (suscrito entre el Fondo de Adaptación y la sociedad SACYR CONSTRUCCION SUCURSAL COLOMBIA) y contratos de interventoría Nos. 184, 222, 186 y 274 (celebrados en el año 2014, para efectos de interventoría y construcción de obras para atender tres (3) sitios críticos localizados en el corredor vial Málaga), visibles a folios 128 a 132, 133 a 137, 138

a 165, 166 a 168, 169 a 212 del cuaderno anexo No. 1 del expediente de la referencia.

SEPTIMO: Por la Secretaria General, se SOLICITARÁ al FONDO DE ADAPTACIÓN, que informe, de manera clara y detallada, en un término de diez (10) días y con destino al proceso de la referencia, el estado y las condiciones actuales de la construcción y/o edificación de los puentes denominados «Hisgaura», «La Judía» y «Sitio Crítico SC. 43», ubicados en el departamento de Santander, así como la fecha precisa de su culminación.

OCTAVO: Por la Secretaria General, se SOLICITARÁ al FONDO DE ADAPTACIÓN que allegue, de igual forma, en un término de diez (10) días y con destino al presente proceso, un informe y estudio detallado de la prueba de capacidad de carga estática que se efectuó a partir del día lunes 10 de diciembre del 2018 y durante los cinco (5) días siguientes a esa fecha, sobre el puente denominado «Hisgaura» (ubicado en el departamento de Santander); consistente en la ubicación gradual, en diferentes puntos de la estructura, de dieciséis (16) camiones de carga, cada uno de ellos con veintiocho (28) toneladas de peso, para efectos de confirmar su resistencia. La anterior información, así mismo, deberá ser allegada al Despacho junto con la documentación adicional que sustente y/o respalde el estudio señalado y efectuado en precedencia

NOVENO: Por la Secretaria General, se SOLICITARÁ al FONDO DE ADAPTACIÓN que allegue, en un término de diez (10) días y con destino al proceso de la referencia, los demás documentos, contratos y/o soportes que estimen pertinentes, y que, permitan a este juez popular determinar, el estado actual que presenta la vía nacional primaria «Los Curos - Málaga» (ubicada en el departamento de Santander).

DÉCIMO: Por la Secretaria General, se SOLICITARÁ al DEPARTAMENTO DE SANTANDER y a LAS ALCALDÍAS MUNICIPALES DE MÁLAGA, GUACA, SAN ANDRES, SANTA BÁRBARA y MOLAGAVITA (DE LA PROVINCIA DE GARCÍA ROVIRA SANTANDER), que alleguen, en un término de diez (10) días y con destino al proceso de la referencia, un informe, soportado con la documentación pertinente, sobre el estado actual en el que se encuentra la mentada vía nacional primaria.

DÉCIMO PRIMERO: Por la Secretaria General, se LIBRARÁN las comunicaciones y oficios respectivos a las partes del proceso.

DÉCIMO SEGUNDO: Una vez allegadas las pruebas solicitadas en esta providencia, por Secretaria General, córrase traslado de estas y de los documentos señalados en el ordinal primero de este auto a las partes y al Ministerio Público, por el término de tres (3) días, para efectos del ejercicio del derecho de contradicción y defensa, de conformidad con los artículos 110 y 170 del Código General del Proceso (Ley 1564 del 2012), aplicable por virtud del artículo 44 de la Ley 472 de 199815 y el artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

DÉCIMO TERCERO: En firme este proveído, regrese inmediatamente el continuar con el trámite procesal expediente al Despacho para continuar con el trámite procesal correspondiente. Notifíquese y Cúmplase [...].

VIII.6. El proveído señalado en precedencia, fue debidamente notificado vía electrónica a las partes del proceso, y como en derecho corresponde, tal y como se observa a folios 1579 a 1592 del cuaderno anexo No. 4 del expediente popular de la referencia.

VIII.7. Efectuadas las respectivas notificaciones, del auto mencionado líneas arriba, se observa que el actor popular, señor Danil Román Velandia Rojas, allegó sendos memoriales vía electrónica a esta Corporación Judicial los días 25 y 26 de febrero y 7, 11, 27 y 30 de marzo de 2019³⁹, dando respuesta al traslado efectuado, y aseverando, entre otros aspectos y con destino al presente proceso, que:

“[...] Por medio del presente escrito me permito aportar las evidencias de la malla pavimentada vial Los Curos – Málaga, en la jurisdicción del municipio de Piedecuesta; esto es, desde el Kilómetro 112 hasta el kilómetro 124, en donde se evidencia en las fotografías adjuntas el pésimo estado de la vía pavimentada, llena de huecos, asfalto levantado, quebrado, punto crítico reducido a dos (2) metros de amplitud de la malla vial.

(...)

Se sirva ingresar el proceso al despacho, para que se dicte sentencia de segunda instancia, en atención a la gravedad de la vía Los Curos – Málaga, además, las trabas injustificadas por el Tribunal de arbitramento, en atención a la mora de los sitios críticos La Judía y Alto de las Viejas y con ocasión al grave estado del Puente Hisgaura (...) se ha dado a conocer que la estructura presenta fisuras estructurales, dejándolo en grave e inminente riesgo.

(...)

En síntesis, lugares en la vía que la hacen intransitable, insegura, riesgosa, tenebrosa y con esos actos PRESUNTOS de politiquería que le están trabando a la vía y las obras, contribuyen a los actos dolosos, violatorios de los derechos colectivos, que están trasgrediendo en este punto derechos fundamentales como la libre locomoción, la dignidad humana, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el acceso a una pronta justicia, hablando precisamente del INVIAS, FONDO DE ADAPTACIÓN, GOBERNADOR DE SANTANDER, ENTRE OTROS.

(...)

El INVIAS y el FONDO DE ADPTACIÓN tienen a su cargo pagar al actor la indemnización de todas las costas de la acción, y deben ser pagadas en lo que valgan en el tiempo y la diligencia empleada en ella, esto es, el nacimiento de la acción popular fue en el año 2015 y nos encontramos en el año 2019, mes de marzo.

(...)

FRENTE AL INVIAS: No manifestó al Despacho ni tampoco aportó el cronograma de ejecución y fecha de culminación total de su pavimentación. Incluso la única obra que actualmente tiene, ya presenta mora, debido a que le deben entregar en enero de 2019, pavimentado doce (12) Km sin que hayan avanzado con el primer metro a cargo. Es decir, se pueden perder 40 mil millones de pesos. Tampoco ha cumplido con la construcción de los puentes peatonales que dispuso la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Santander, dentro del mismo proceso.

(...)

³⁹ Folios 1786 a 1787, 1810 a 1815, 1821, 1839 y 1843 a 1844 del cuaderno anexo No. 5 del expediente constitucional.

FRENTE AL FONDO DE ADAPTACIÓN: Esta es la obra pública de fracaso más alta y más preocupante de todas las instituciones dentro de la presente acción. A su cargo, tres (3) puentes, en las siguientes condiciones, dos (2) con cero por ciento (0%) de ejecución – La Judía y Sitio Crítico 43, con un tribunal de arbitramento en cámara de comercio en Bogotá, más demorado que el sistema judicial en la discusión de los dos puentes en cita, y que ya conocía la justicia (Tribunal Administrativo de Santander) en esta acción desde el año 2015. Una obra como el Hisgaura con 100 mil millones de pesos, que debía ser utilizada desde el 1 de septiembre de 2018 sin habilitar y con toda la posibilidad de ir a otro tribunal de arbitramento, otra mora más. Es decir una total mora administrativa y judicial de tribunal de arbitramento.

Seis (6) obras atendidas por el Fondo de Adaptación que concuerdan con los informes municipales, que están dañadas, deterioradas, en períodos de garantía sin solución de llamamiento por parte del Fondo de Adaptación Treinta y tres (33) puntos no atendidos y devueltos a INVÍAS, como consta dentro del proceso.

FRENTE A LOS MUNICIPIOS DE MÁLAGA, MOLAGAVITA, SAN ANDRÉS, GUACA Y SANTA BÁRBARA: Estoy de acuerdo con cada uno de ellos, se demuestra la necesidad de una vía 100% pavimentada a la mayor brevedad posible, la necesidad de construcción de puentes vehiculares y peatonales, la recuperación de la malla vial que ya se encuentra dañada en lo poco pavimentado, los riesgos de desbordamiento y alud del terreno y la oportunidad de crecimiento económico, turístico de catorce (14) municipios de Santander y del País. Como lo dije, García Rovira pertenece a Colombia, no a Venezuela, no a África, tampoco a Chile o Perú.

(...)

Así las cosas, le suplico conceder la totalidad de la demanda, ordenar la pavimentación total de la vía en un término no superior a cuatro (4) años, que se cumplan los contratos que están en curso, que se habiliten los puentes vehiculares peatonales, que el Tribunal de arbitramento dé solución al tema de Sacyr, que el Fondo de Adaptación llame en garantía las obras que se han dañado y que cumpla con el 100% de los puntos críticos, incluso los devueltos al Fondo de Adaptación

[...].”

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

IX. 1. El apoderado judicial del INVÍAS, mediante escrito allegado al Tribunal el 5 de julio de 2017, interpuso recurso de apelación⁴⁰ en contra de la decisión de primera instancia, aduciendo los siguientes argumentos:

Manifestó que la gran inversión que esa entidad ha realizado para el mejoramiento y mantenimiento de la vía en cuestión, ha estado enmarcada dentro del plan estratégico institucional que busca la prevención y reducción de los posibles impactos y riesgos sobre la infraestructura vial Los Curos – Málaga. También adujo que la totalidad de los recursos asignados para las obras, han sido ejecutados de manera oportuna.

⁴⁰ *Ibíd.*, folios 1044 a 1056.

En lo que a la situación actual de la vía hace referencia, esgrimió que la misma se encuentra en buen estado de transitabilidad, presentando seguridad y fiabilidad los siete (7) días de la semana; ofreciendo una disminución en los tiempos de viaje hasta del 40% con respecto al año 2015 y, anotó que, el programa del INVÍAS ha proyectado para el 2019 la meta de pavimentar el 43% del corredor vial.

Advirtió que ordenar al INVÍAS que dentro de los tres (03) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia formule un proyecto para la gestión del riesgo en la vía Los Curos – Málaga, y que se determine un cronograma de ejecución y fecha de culminación de su pavimentación total, implica una minimización del riesgo y la realización de una serie de estudios cuya ejecución es imposible realizarla en tan limitado tiempo.

Argumentó que, a su juicio, los elementos que estructuran el fallo popular favorable a las pretensiones del actor no se dan en el sub examine, dado que no puede predicarse una acción u omisión de esa entidad, en la medida en que los recursos asignados por el Gobierno Nacional a tan importante obra vial han sido oportunamente invertidos; y tal circunstancia es reconocida por el a-quo, en el fallo calendaro el 28 de junio de 2017 y que es objeto de apelación.

Consideró que la realización de una obra pública que correlativamente implique la inversión de dineros públicos, debe hacerse con pleno acatamiento al principio de planeación y a los requisitos legales señalados; actividad que no puede ser desarrollada en el término perentorio de un (1) mes, contados a partir de la ejecutoria del fallo, por cuanto ello implicaría la desatención a la ley de contratación estatal.

Esgrimió, también, que el desarrollo garantista de un proceso de licitación pública en el INVÍAS, de acuerdo al cronograma, implica unos tres (3) meses y el de selección abreviada, por su parte, abarca cuarenta y cinco (45) días aproximadamente.

En lo que a la condena en costas hace referencia, alegó no estar de acuerdo en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), en concordancia con el numeral 6° del artículo 392 del CPC (hoy numeral 5° del artículo 365 del CGP), en razón a que esa entidad, a su juicio, no desplegó actuación temeraria alguna o de mala fe.

Con base en lo anterior, solicitó al órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se sirva revocar la sentencia apelada y, en su lugar, proceda a negar la totalidad de las pretensiones de la demanda popular.

IX. 2. El señor Danil Román Velandia Rojas, en su condición de actor popular, por medio de escrito allegado el 5 de julio de 2017, interpuso recurso de alzada⁴¹, oponiéndose a que el Tribunal no haya fijado una fecha cierta de entrega de la totalidad de la vía pavimentada pues, en su sentir, el fallo apelado no se ajusta a la situación fáctica del presente proceso y desconoce asimismo el concepto del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y lo manifestado durante todo el proceso por él y por el coadyuvante.

Acusó, en su escrito de apelación, que:

“[...] obra prueba en el expediente de la pruebas periciales, que hacen entrever la inmediata NECESIDAD, de pavimentar toda la vía los Curos – Málaga, en un periodo no superior a tres (3) años. Es muy grave que el A-quo permita al INVÍAS

⁴¹ *Ibíd.*, folios 1063 a 1074.

que planeé a su libre interés, con la planeación presupuestal para el cumplimiento de la orden impuesta. Por ejemplo, la pavimentación total de la denominada vía (Curos – Málaga) se lleve a cabo en un periodo de 20 años o más, cuando; dentro de los considerandos por el Alto Tribunal, es claro que debido a las megas obras (pendientes – puentes) que se llevan a cabo con presupuesto del fondo de adaptación queden en un limbo de hechos, es decir, la demora de la pavimentación total de la deprecada vía, va a impedir al adecuado uso de tan majestuosas obras que desarrolla el hombre y, por consiguiente, se configure un acto contradictorio en contra del principio de planeación [...]”⁴².

Consideró que se debió ordenar al INVÍAS, a realizar las gestiones de ley para que se terminen de ejecutar los contratos ya adjudicados, o en su defecto, conseguir que los dineros entregados sean devueltos y que los mismos sean ejecutados para las vías objeto de debate y/o controversia.

Argumentó que no es prudente “exhortar” al Fondo de Adaptación, cuando en definitiva, no se tomaron las medidas correctivas para evitar que las tres (3) mega obras no fueran abandonadas; esto es, que fueran obligados a culminar las obras dentro de los términos pactados en los contratos, en virtud de la aplicación del principio de planeación.

Puso de presente que, además de ampararse los derechos colectivos a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la defensa del patrimonio público, el Tribunal debió proteger y/o tutelar los concernientes al goce de un ambiente sano con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público y, finalmente, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos viales nacionales respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de los Municipios de la Provincia de García Rovira.

Enfatizó en el error en el cual incurrió el Tribunal, en lo referente a negar el pago del incentivo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, trayendo como fundamento el contenido de la sentencia de constitucionalidad C – 215 de 1999, argumentando que una norma superior y especial es incompatible con otra posterior y general; prevaleciendo siempre la norma anterior y especial, teniendo prioridad por el criterio de especialidad, por lo que aseguró se debe reconocer el pago de éste incentivo en su favor.

IX. 3. El señor Edgar Leonardo Velandia Rojas, en su calidad de coadyuvante dentro de la presente causa, mediante escrito aportado el 5 de julio de 2017, interpuso recurso de apelación⁴³ en el que, en líneas generales, se limitó a reiterar los mismos argumentos expuestos por el actor popular, señor Danil Román Velandia Rojas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

X. 1. El ciudadano Danil Román Velandia Rojas presentó sus alegatos haciendo hincapié en que la totalidad de las pretensiones elevadas debían ser concedidas en atención a la importancia de la vía, al estado en la cual se encuentra, a las consecuencias jurídicas poblaciones debido a las pésimas condiciones que la misma ostenta, así como al peligro latente que afecta el comercio, la vida y problematiza el acceso al sistema de salud⁴⁴.

⁴² *Ibíd.*, folios 1063 a 1064.

⁴³ *Ibíd.*, folios 1059 a 1062.

⁴⁴ *Ibíd.*, folios 1398 a 1412, 1414 a 1450 y 1465 a 1481.

Recalcó en sus alegaciones finales, que:

“[...] es evidente, notable e imperativo la necesidad de protección de la vía Los Curos – Málaga, que se encuentre en óptimas condiciones, y también es cierto, ha sido probado en el presente proceso, el abandono por parte del Estado, la mora de las obras, la mora de la ejecución de las obras, la mora en la pavimentación de la vía Los Curos – Málaga, durante décadas, y ya casi un siglo, por parte del Estado, hoy en cabeza del INVÍAS y del Fondo de Adaptación éste último en atender todos los puntos críticos [...]”⁴⁵.

Allegó como prueba, junto con su escrito de alegatos, dos nuevas adiciones de peritazgos de la vía nacional Los Curos – Málaga, suscritos por los alcaldes de los municipios de Santa Bárbara y Málaga (Santander), respectivamente, que denotan el estado actual de la vía en comento⁴⁶.

Por los motivos expuestos, solicitó a esta Corporación modificar la parte resolutive del fallo popular de primera instancia proferido por el Tribunal, para, en su lugar, acceder a la totalidad de las pretensiones por él instauradas.

X. 2. El señor Edgar Leonardo Velandia Rojas, en su condición de coadyuvante dentro de la presente causa constitucional, reiteró en líneas generales los argumentos expuestos en su escrito de alzada, que concuerdan a plenitud con los esgrimidos y/o invocados por el actor popular⁴⁷.

X. 3. El apoderado especial del Fondo de Adaptación describió traslado para alegar de conclusión⁴⁸, en los siguientes términos:

“[...] Para estos efectos, de la manera más respetuosa y comedida me permito reiterar la totalidad de los argumentos fácticos y jurídicos que fueron planteados al contestar la demanda y al alegar de conclusión en primera instancia, a los que ruego se remita el despacho, en tanto éstos y las pruebas recaudadas durante el decurso procesal de ésta acción popular sirvieron de sustento a la acertada decisión que, en cuanto respecta al Fondo de Adaptación, adoptó el Honorable Tribunal Administrativo de Santander con la sentencia de fecha veintiocho (28) de Junio de 2017, la cual solicito se confirme en su integridad [...]”⁴⁹.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, mediante escrito aportado el 4 de julio de 2018⁵⁰ ante esta Corporación, conceptuó en el sentido de que la decisión de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, debía ser confirmada en su totalidad.

Para llegar a tal raciocinio, realizó un cotejo de las pruebas documentales y periciales aportadas a la presente causa y las que se recaudaron al interior del proceso, y consideró que:

“[...] Respecto a la presunta vulneración de los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos

⁴⁵ *Ibíd.*, folio 1399.

⁴⁶ *Ibíd.*, folios 1401 a 1403.

⁴⁷ *Ibíd.*, folios 1451 a 1458.

⁴⁸ *Ibíd.*, folios 1482 a 1485.

⁴⁹ *Ibíd.*, folio 1485.

⁵⁰ Folios 1489 a 1496 del cuaderno N° 4 del expediente popular.

urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, encuentra este despacho que debido a la ejecución parcial y demorada de la vía Los Curos – Málaga, tales derechos se vieron afectados en cabeza de la comunidad que habita dicho sector, pues tal como se advirtió en los informes y oficios de los Municipios de Málaga, Guaca, San Andrés, Santa Bárbara y Molagavita que reposan dentro del expediente, los mismos reportan mal estado de la vía, falta de mantenimiento, tramos de vía sin pavimentar, sin puentes ni pasos peatonales, obras inconclusas, atrasos, casas afectadas por movimientos de masas, riesgo de desbordamiento de banca, caída de rocas, derrumbes, erosión, entre otras cosas, afectando el desplazamiento de los pobladores de dichos municipios, el de los productos de primera necesidad, traslado de enfermos, pérdida de cosechas, afectación del comercio, amenazando la vida y bienestar de los pobladores, su desplazamiento, el acceso al sistema de salud, por lo que dada su incidencia en la calidad de vida de los ciudadanos, por lo que tal y como lo decidió el Tribunal en el fallo de primera instancia es necesario ordenar la protección de los derechos colectivos incoados, se observa que existe vulneración por parte de las entidades demandadas tanto del derecho a la salubridad, del acceso peatonal, prevención de desastres, sin embargo, aunque a juicio de este despacho, no es procedente que a través de esta acción se le ordene a las entidades demandadas adicionar o modificar los diseños contemplados en los contratos ya suscritos y que se encuentran en ejecución, si procede la protección de los derechos colectivos que se adviertan violados de acuerdo con la ley [...]”⁵¹.

De igual forma, puso de presente que:

“[...] De acuerdo con lo anterior, y toda vez que en la actualidad, se encuentra en ejecución el contrato vial 2066 de 2014, contrato 1765 de 2014, convenio 1070 de 2014 y sus contratos adicionales, se debe ordenar tanto al INVÍAS, como al Fondo de Adaptación que efectúen las actividades correspondientes para dar cumplimiento a los contratos objeto de la presente; y en caso de ya haber iniciado las acciones pertinentes, se dé el impulso respectivo a tales actuaciones para lograr el cabal cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los contratistas así como la terminación de las obras contratadas, y a su vez, que comiencen, las obras faltantes y demás necesarias. Teniendo en cuenta que las obras en mención no se pueden terminar en forma inmediata; como mecanismo transitorio, mientras se precisan y establece la planeación de las mismas, es el INVÍAS quien en la actualidad se encuentra a cargo de la vía objeto de la Litis, deberá garantizar el cruce de peatones en el kilómetro 94 + 940 [...]”⁵².

En lo que al incentivo económico deprecado por el accionante se refiere, adujo que, tal y como lo estimó el a-quo, dicho reconocimiento no procede toda vez que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 fue derogado en forma tácita por el artículo 2º de la Ley 1425 del 29 de diciembre de 201053. Por consiguiente, debe negarse la solicitud instaurada.

Por último, conceptuó que:

“[...] Esta Procuraduría Delegada, de conformidad con los razonamientos expuestos en este concepto, en defensa del interés general, del orden jurídico, del patrimonio público, y de los derechos y las garantías fundamentales, le solicita respetuosamente el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, que

⁵¹ *Ibíd.*, folios 1495 Vto. a 1496.

⁵² *Ibíd.*, folio 1496.

⁵³ “Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo”.

CONFIRME el fallo de instancia conforme a lo expuesto en acápites anteriores [...]”⁵⁴.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

XII. 1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998⁵⁵, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)⁵⁶, el Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de los recursos de apelación⁵⁷ en contra de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las acciones populares.

XII. 2. Las acciones populares y su procedencia

La acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución Política y desarrollada por la leyes 472 de 5 de agosto de 1998 y 1437 de 18 de enero de 2011, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten amenazados o vulnerados o exista peligro, agravio o un daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúan en desarrollo de funciones públicas.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones⁵⁸ acerca de la naturaleza de la acción popular, y ha establecido que este mecanismo se caracteriza por:

“[...] (i) ser una acción constitucional especial, lo que significa a) que es el mecanismo dispuesto por el constituyente para la protección de un grupo específico de derechos constitucionales, los derechos colectivos, b) que el legislador ordinario no puede suprimir esta vía judicial y c) que le aplican, particularmente, los principios constitucionales; (ii) por ser pública, en tanto dota a todas las personas, sin necesidad de obrar por intermedio de un apoderado judicial, de un instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión de respetar, proteger y garantizar los derechos colectivos frente a las actuaciones de autoridades o de cualquier particular; (iii) por ser de naturaleza preventiva, motivo

⁵⁴ *Ibíd.*, folio 1496 Vto.

⁵⁵ “**Artículo 37º.- Recurso de Apelación.** El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente. (...)”.

⁵⁶ “**Artículo 150.- Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.** Modificado por el art. 615, Ley 1564 de 2012. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. (...)”.

⁵⁷ Visibles a folios 1044 a 1056, 1063 a 1074 y 1059 a 1062 del cuaderno N° 3 de la causa popular.

⁵⁸ Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-466 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-443 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-254 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

por el cual, basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca una vulneración para que ésta proceda, pues su objetivo es ‘precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño’; (iv) por ser también de carácter restitutorio, en razón a que tiene como finalidad el restablecimiento del uso y goce de los derechos e intereses colectivos [...]”⁵⁹.

En relación con el carácter preventivo de las acciones populares, tanto la Corte Constitucional⁶⁰ como el Consejo de Estado⁶¹, han establecido que la prosperidad de la acción popular no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de que se vulnere un derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción y adopte las medidas necesarias para evitar que la vulneración se presente.

Según lo ha señalado el Consejo de Estado en forma reiterada⁶², los supuestos sustanciales para la procedencia de las acciones populares son: (i) la existencia de una acción u omisión por parte de autoridades públicas o de los particulares, en relación con el cumplimiento de sus deberes legales⁶³, (ii) la existencia de un daño contingente, peligro, amenaza, o vulneración de derechos o intereses colectivos; y (iii) la relación de causalidad entre la acción u omisión, y la afectación de los derechos e intereses mencionados⁶⁴.

XII. 3. Planteamiento del problema

XII.3.1. El señor Danil Román Velandia Rojas, en su condición de actor popular, atribuye al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, al Fondo de Adaptación y al Departamento de Santander, la vulneración de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, el goce del espacio público y con la utilización y defensa de los bienes de uso público y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes⁶⁵.

XII.3.2. Según la parte actora, la vulneración de los derechos colectivos mencionados tiene su origen: (i) en que la vía Los Curos – Málaga, del orden nacional, es una de las principales arterias viales de la provincia de García Rovira (integrada por 13 municipios) y se encuentra en pésimas condiciones, pues de sus 123 kilómetros de extensión, sólo el 25% está pavimentada, de los cuales sólo el 15% está en buen estado, y el resto, se encuentra destapada, presentando puntos críticos que suponen un riesgo para la vida de quienes por allí transitan, en especial, luego del fenómeno de La Niña ocurrido en los años 2010 a 2011; y (ii)

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁰ Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: N°2002-2693-01.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C., 5 de marzo de 2015. Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP). Actor: Defensoría del Pueblo - Regional Boyacá. Demandado: Fiscalía General de La Nación - Dirección Seccional de Fiscalías De Tunja – CTI.

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de junio de 2011, Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Radicación número: (AP) 25000-23-27-000-2005-00654-01. En aquella ocasión la Sección Primera estableció que la amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos, se examina a la luz de la conducta diligente o negligente de las autoridades públicas o de los particulares, en cuanto al cumplimiento de sus deberes legales tendientes a protegerlos o a abstenerse de lesionarlos.

⁶⁴ Sobre el particular ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de junio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP).

⁶⁵ Folio 4 del cuaderno N° 1 del expediente de la acción popular.

en que tanto el INVÍAS como el Fondo de Adaptación, pese a que conocen la problemática que aquí se suscita, celebraron diversos contratos a fin de dar solución a sus puntos críticos (planeando inclusive la construcción de tres puentes o viaductos vehiculares como solución definitiva); sin embargo, los mismos cuentan con retraso en su ejecución. Como consecuencia de ello, los habitantes de la provincia de García Rovira se han visto obligados a soportar extensos viajes, sin mencionar las problemáticas que ello ha generado en el marco del comercio y del acceso a los servicios de salud que requiere la población.

XII.3.3. El actor popular asegura que la vulneración de los derechos colectivos le es atribuible al INVÍAS: (i) por no entregar la pavimentación total y finalizada de la vía, (ii) por no realizar la obra del paso peatonal dentro de la zona de los puentes en el municipio de Santa Bárbara (Santander) y (iii) por no garantizar el cumplimiento de los contratos de obra ya adjudicados así como la recuperación e inversión de recursos. Igualmente indica que le es atribuible al Fondo de Adaptación, por “(...) no entregar terminados los tres (3) puentes conocidos como el Hisgaura, La Judía y el Punto Crítico o Sitio Crítico 43, además de atender, ejecutar y entregar también los 21 puntos críticos que le devolvió al INVÍAS (...)”.

XII.3.4. El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia de 28 de junio de 2017, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Santander y, de otra parte, amparó los derechos colectivos a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la defensa del patrimonio público, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“[...] (i) existen unos hechos que demuestran que el tránsito por la vía entre Los Curos – Málaga es riesgoso por: a) carecer de pavimento, especialmente en las zonas cuyo suelo es arcilloso, b) existir taludes que por las mismas condiciones ambientales y geológicas pueden derrumbarse o generar deslizamientos, c) tener el suelo de la vía unas propiedades que permiten su movimiento o deslizamiento, y d) hay muchos aspectos pendientes en la vía por mejorar, (ii) todo lo cual configura un daño contingente frente a los derechos a la seguridad pública y previsión de desastres previsibles técnicamente, ya que las características en la vía generan riesgo de accidentalidad para quienes transitan por ella. Se acredita entonces, el primero de los supuestos necesarios para proferir una sentencia que proteja derechos colectivos.⁶⁶

[...]

La Sala advierte que pese a que se han invertido importantes recursos para el mantenimiento y el mejoramiento del trayecto vial, no se ha decidido su pavimentación lo cual es necesario por presencia de terrenos arcillosos y porque se hace una cuantiosa inversión en la construcción de tres puentes que quedarían rodeados de vías de difícil tránsito, lo que no permitiría su completo aprovechamiento.⁶⁷

[...]

De las pruebas analizadas, la Sala califica la conducta del INVÍAS y la del Fondo de Adaptación frente a la gestión de los riesgos para el tránsito por la vía Los Curos – Málaga así: de manera general, es positiva por los diferentes contratos celebrados y las obras ejecutadas en este trayecto vial. Comprende la Sala que las características del terreno que rodean la vía, exige una constante atención de remociones de masa, con notable influencia de la continua sismicidad que se vive en el sector cercano a la vía Los Curos – Málaga. Sin embargo, el INVÍAS quien

⁶⁶ Folio 1028 del cuaderno N° 3 de la causa popular.

⁶⁷ Folio 1023 del cuaderno N° 3.

tiene a cargo la gestión del tramo vial en mención, no ha decidido emprender la completa pavimentación de la misma, algo que es necesario cuando menos por dos razones: (i) porque en los tramos viales cuyos suelos son arcillosos el pavimento impide el fácil deslizamiento de los automotores que por allí transitan, (ii) de nada serviría construir grandes obras de ingeniería como los puentes vehiculares de Hisguara, La Judía y Sitio Crítico 43 si alrededor de los mismos hay unas vías destapadas, con facilidad a interrumpir el normal tráfico de los vehículos. En un escenario como el actual, la Sala encuentra una amenaza al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, pues no se planifica un pleno aprovechamiento de los cuantiosos recursos invertidos en la construcción de los mencionados puentes.⁶⁸

[...]

Frente al Fondo de Adaptación, la Sala no encuentra fundamentos para hacerle imputación jurídica respecto de amenaza de alguno de los derechos colectivos que aquí se enrostran, pues muestra un manejo a los imprevistos presentados en la solución de los puntos críticos, de acuerdo con su competencia funcional, por lo que sólo se le exhortará para que continúe tomando las decisiones necesarias para la construcción de los puentes Hisguara, La Judía y Sitio Crítico 43, debiendo concentrar esta información en un expediente, que deberá ser puesto al conocimiento del Tribunal ante un eventual trámite incidental de desacato [...]"⁶⁹.

XII.3.5. Con base en lo anterior, el Tribunal Administrativo de Santander impartió las siguientes órdenes, a saber:

"[...] TERCERO: Ordenar al INVÍAS que, dentro de los tres (03) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, formule un proyecto para la gestión del riesgo que actualmente muestra la vía denominada Los Curos – Málaga, se determine el cronograma de ejecución y fecha de culminación de su pavimentación total. En la formulación del proyecto el INVÍAS deberá incluir, de acuerdo con su marco funcional de competencias, la solución a los puntos críticos actualmente existentes y los diferentes protocolos para evitar que las diversas contingencias se materialicen con la afectación a derechos fundamentales de quienes por allí transitan.

CUARTO: Ordenar al INVÍAS que dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia construya un paso peatonal seguro en el puente vehicular existente en el kilómetro 94+940, ubicado en jurisdicción del Municipio de Santa Bárbara.

QUINTO: Exhortar al INVÍAS para que si aún no lo ha hecho, persiga el cobro de las acreencias surgidas a su favor en las Resoluciones 03461 del 25 de mayo de 2016 y 05611 del 19 de agosto de 2016, referidas en la parte considerativa de esta sentencia, debiendo estructurar un expediente que muestre dichas gestiones y resultados así como el destino dado a los dineros recuperados, el cual deberá presentar a este proceso, en el evento del trámite incidental de desacato.

SEXTO: Exhortar al Fondo de Adaptación para que continúe tomando las decisiones necesarias para la construcción de los puentes Hisguara, La Judía y Sitio Crítico 43.

SÉPTIMO: Denegar el incentivo económico perseguido por el actor popular y las demás pretensiones.

⁶⁸ *Ibidem*, folio 1035.

⁶⁹ *Ibidem*, folio 1035 Vto.

OCTAVO: Condenar en costas al INVÍAS [...]”⁷⁰.

XII.3.6. Inconformes con la anterior decisión de primera instancia, el actor popular, el INVÍAS y el coadyuvante interpusieron recurso de apelación.

XII.3.6.1. El actor popular manifestó no estar de acuerdo con la decisión de primera instancia por cuanto: (i) el Tribunal no fijó una fecha cierta de entrega de la totalidad de la vía pavimentada pues, en su sentir, el fallo apelado no se ajusta a la situación fáctica del presente proceso, (ii) se exhorta al Fondo de Adaptación, cuando en definitiva, no se tomaron las medidas correctivas para evitar que las tres (3) mega obras no fueran abandonadas; esto es, que debían ser obligados a culminar las obras dentro de los términos pactados en los contratos, en virtud de la aplicación del principio de planeación y (iii) en lo referente a negar el pago del incentivo económico en su favor, establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, trayendo como fundamento el contenido de la sentencia de constitucionalidad C – 215 de 1999.

XII.3.6.2. El INVÍAS, por su parte, en su escrito de impugnación expresó que: (i) la inversión que esa entidad ha realizado para el mejoramiento y mantenimiento de la vía en cuestión, ha estado enmarcada dentro del plan estratégico constitucional que busca la prevención y reducción de los posibles impactos y riesgos sobre la infraestructura vial Los Curos – Málaga; (ii) en cuanto al estado de la vía, sostuvo que la misma se encuentra en buen estado de transitabilidad, presentando seguridad y fiabilidad los siete días de la semana, ofreciendo una disminución en los tiempos de viaje hasta del 40% con respecto al año 2015 y que el programa del INVÍAS ha proyectado para el 2019, tener la meta de pavimentar el 43% del corredor vial; (iii) el ordenar al INVÍAS que dentro de los tres (03) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia formule un proyecto para la gestión del riesgo en la vía Los Curos – Málaga, se determine un cronograma de ejecución y fecha de culminación de su pavimentación total, implica minimizar el riesgo y la realización de una serie de estudios cuya ejecución es imposible en tan limitado tiempo; y, por último, (iv) alegó no estar de acuerdo con la condena en costas, por cuanto esa entidad no desplegó actuación temeraria alguna y/o de mala fe.

XII.3.6.3. El coadyuvante, por su parte, se limitó a reiterar los mismos argumentos expuestos por el actor popular, señor Danil Román Velandia Rojas.

XII.3.7. Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si: ¿hubo vulneración de los derechos colectivos invocados como transgredidos, con ocasión de que el INVÍAS no ha dado un cabal cumplimiento a las funciones que por ley le corresponde, en lo atinente a la gestión del riesgo que actualmente muestra la vía denominada Los Curos – Málaga y a la entrega de la pavimentación total de la misma, si se tiene en cuenta que la normativa que reglamenta lo concerniente a la red vial nacional primaria impone, a cargo de dicho ente, los deberes y obligaciones de construcción, reconstrucción, mantenimiento, rehabilitación, conservación y atención de emergencias?

XII.3.8. De ahí que, a efectos de entrar a resolver el caso concreto, la Sala considera necesario abordar los siguientes temas: (i) revisará el núcleo esencial y el alcance de los derechos e intereses colectivos alegados como vulnerados; (ii) examinará la normatividad que reglamenta las competencias administrativas de la red vial nacional primaria del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS; y (iii) finalmente, abordará la solución del caso concreto.

XII.4. Núcleo esencial y alcance de los derechos e intereses colectivos alegados como vulnerados y que, fueron amparados, por el Tribunal.

⁷⁰ *Ibidem*, folios 1036 a 1037.

XII.4.1. Respecto del concepto de derecho colectivo, el Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

“[...] El derecho colectivo, ha dicho la Sala, no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada. Por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones en la acción popular está ligada con la existencia real de los siguientes elementos, que para el momento de fallar deben estar establecidos: La acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y la amenaza o la violación a derechos e intereses colectivos [...]”⁷¹.

En la misma línea conceptual, la Sala se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[...] Esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha explicado el concepto y alcance de los derechos colectivos y ha señalado que: “Los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley” [...]”⁷².

XII.4.2.1. La seguridad y salubridad públicas

La Constitución Política de 1991, en su artículo 366, consagró el mejoramiento de la calidad de vida, como una de las finalidades sociales del Estado, para lo cual fija como un objetivo prioritario para las entidades del estado la solución de las necesidades insatisfechas en materia de salud.

La importancia del derecho colectivo a la seguridad y salubridad pública ha sido abordada por esta Sección, entre otras, en la sentencia de 15 de mayo de 2014, la cual señaló:

“[...] La importancia del cuidado de las salud de las personas y de una adecuada gestión de su entorno, son aspectos esenciales para la efectividad del derecho a la vida y de otros postulados cardinales del Estado social de derecho como la dignidad humana o la libertad, ello se evidencia en lo previsto por el artículo 366 de la Carta, que además de señalar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida como fines sociales del Estado, define como objetivo fundamental de su actividad la solución de necesidades básicas insatisfechas en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Su carácter primordial se plasma también en el artículo 49 Constitucional, que encomienda al Estado la responsabilidad de asegurar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al tiempo que impone a todos el deber de “procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad”. Reflejo de esta última previsión es lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 95 de la Ley Fundamental, que erige en deber ciudadano, expresión del principio de solidaridad, responder con acciones humanitarias “ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. Finalmente, debe también resaltarse el hecho que el artículo 78 de la Constitución haga reconocimiento expreso de la

⁷¹ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D. C., 10 de febrero de 2005. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP). Referencia: Acción Popular.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera ponente (E): María Claudia Rojas Lasso. Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 44001-23-31-000-2005-00328-01(AC). Actor: Bartolo Poveda González. Demandado: Municipio de Maicao y Otros.

responsabilidad que deben afrontar los productores de bienes y servicios que, entre otras, atenten contra la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios; la cual, por virtud de lo previsto en la parte final del artículo 88, podrá ser objetiva.

La trascendencia social de los conceptos de seguridad y salubridad pública y del derecho colectivo que fundamentan ha llevado a esta Sala de Decisión a sostener que:

“(…) constituyen las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria.”⁷³

Por ende, dada la amplitud de su radio de acción, como ha sido subrayado por esta Corporación, el derecho colectivo a la salubridad pública “se puede garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública”⁷⁴. En consecuencia, es claro para la Sala que su vulneración también puede desprenderse tanto de una actitud activa (actuaciones, reglamentos, contratos, etc.), como pasiva (omisión administrativa) de parte de las autoridades responsables de su guarda y realización efectiva [...]”⁷⁵.

XII.4.2.2. El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente

Acercas del contenido y alcances de este derecho, la Sección Primera del Consejo de Estado⁷⁶, en un fallo de acción popular consideró lo siguiente:

“[...] Proclamado por el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio”⁷⁷.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de octubre de 2009, Rad. No. 19001-23-31-000-2005-00067-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de noviembre de 2013, Rad. No. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP). C.P.: Enrique Gil Botero.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014) Radicación Número: 25000 23 24 000 2010 00609 01 (AP) Actor: Herman Gustavo Garrido Prada Y Otros Demandado: Instituto Nacional De Vigilancia De Medicamentos Y Alimentos – Invima, Red Bull Colombia SAS Y Ministerio De Salud.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 26 de marzo del dos mil quince (2015). Rad. Núm.: 15001-23-31-000-2011-00031-01. Actor: José Amado López Malaver. Demandado: Ministerio de Vivienda y Desarrollo Rural, Ministerio de Medio Ambiente, CORPOBOYACÁ y Otros.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D. C., 26 de marzo del dos mil quince (2015). Rad. Núm.: 15001-23-31-000-2011-00031-01. Actor: José Amado López Malaver. Demandado: Ministerio de Vivienda y Desarrollo Rural, Ministerio de Medio Ambiente, CORPOBOYACÁ y Otros.

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública. De ahí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de “evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”⁷⁸, ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también –cada vez más– de origen antropocéntrico (v.gr., contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones).

Pese al talante preventivo de este derecho colectivo, nada obsta para que su amparo pueda presentarse también ante situaciones que ya no solo constituyen riesgos sino vulneraciones concretas de los derechos e intereses reconocidos por la Constitución y la ley a la comunidad y a las personas que la conforman, y que, por ende, ameritan la intervención del Juez Constitucional. En últimas, tanto la prevención como la protección, corrección y restitución de estos derechos frente a situaciones que los afectan constituyen objetivos propios de las acciones populares; a las que, como se mencionó líneas arriba, es inherente una dimensión preventiva, protectora, reparadora y restitutoria de los derechos que amparan.⁷⁹

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a la seguridad pública ha sido definido como “parte del concepto de orden público (...) concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...) Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas”⁸⁰. Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva (y también reactiva) que instaura como estándar de sus actuaciones. No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros. Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales [...].”

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁷⁹ Tal como se deriva de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 472 de 1998.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente AP 1834; y Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. M.P. María Elizabeth García González. Rad. Núm. 2005-01449-01(AP).

XII.4.2.3. El derecho colectivo a la defensa del patrimonio público⁸¹

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 31 de mayo de 2002 (C. P: Ligia López Díaz)⁸², se pronunció sobre el concepto de patrimonio público de la siguiente forma:

“[...] Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular. La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales. Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto. [...]”. [Resalta la Sala].

De igual forma, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia de 8 de junio de 2011 (C.P.: Enrique Gil Botero)⁸³, agregó que ese “conjunto de bienes, derechos y obligaciones del Estado”, deben estar adecuadamente destinados a la finalidad que se les ha señalado, constitucional y legalmente, con criterios de eficacia y rectitud.

Así pues, la defensa del patrimonio público estudia dos elementos: i) la existencia de un bien o conjunto de bienes de propiedad del Estado; y ii) el análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente, pone en peligro el interés colectivo⁸⁴.

Sumado a lo anterior, y en cuanto al concepto de patrimonio público, esta Sección con ocasión de una sentencia de acción popular señaló lo siguiente:

“[...] Por patrimonio público se entiende la totalidad de bienes, derechos y obligaciones correspondientes o propiedad del Estado, que le sirven para el cabal cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con lo dispuesto para ello en la legislación positiva [...]”⁸⁵.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias de 8 de junio de 2017, Rad. N° 88001-23-33-000-2014-00040-01(AP), y de 14 de abril de 2016, Rad. N° 25000-23-41-000-2013-02622-01(AP). C. P: Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2002. Rad. N° 25000 23 24 000 1999 9001 01 (AP 300).C. P: Ligia López Díaz. Bogotá. En sentido similar, Cfr: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de noviembre de 2009. Rad. N.° 50001-23-31-000-2005-00213-01(AP). Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C.

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. N.° 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP). C. P: Enrique Gil Botero.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C. doce (12) de noviembre de dos mil nueve (2009). Radicación número: 50001-23-31-000-2005-00213-01(AP)

Además, en destacable sentencia popular de la Sección Tercera de esta Alta Corte, fechada el 5 de julio del 2018⁸⁶, se esgrimió en cuanto al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público que:

“[...] El concepto de derecho colectivo a la defensa del patrimonio público ha sido abarcado por esta Corporación desde la finalidad que persigue y los bienes que protege. Así, se ha indicado que este derecho busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y la administración de los recursos públicos, sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En ese sentido, la Corporación ha señalado que, si se afecta el patrimonio público en razón de que la administración o el particular que administra recursos públicos los maneja indebidamente, ya sea porque lo haga en forma negligente o ineficiente o porque los destine a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, es posible buscar su protección por vía de la acción popular. Respecto del objeto sobre el cual recae el derecho colectivo en cuestión, esto es, el patrimonio público, la Corporación ha señalado que ese concepto comprende, a los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables, a aquellos que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 Constitución Política) y también a la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva. En consecuencia, debe concluirse que, si los bienes que componen el patrimonio público se ven afectados negativamente por su manejo indebido, el derecho colectivo a su defensa se entiende conculcado y, por ello, su protección puede proceder por medio de la acción popular [...]”. (Negrillas y subrayas de la Sala)

Por último, en proveído del 2 de diciembre de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado también adujo⁸⁷:

“[...] En aras de la moralización de los procesos de contratación, es competente el juez de la acción popular para pronunciarse de la nulidad de un contrato estatal. De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación, en defensa de su transparencia, conforme con lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209. Desde esta óptica, considera la Sala que:

el juicio a cargo del juez popular, de cara a la eficaz protección de los derechos colectivos, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;

el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;

en ese mismo orden, la nulidad absoluta de los contratos no es un asunto exclusivo del control de legalidad, sino que ella debe imponerse con mayor razón

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia de 5 de julio de 2018. Radicación número: 2010 – 00478 – 01(AP).

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, sentencia del 2 de diciembre de 2013. Radicación número: 2005 – 02130 - 01(AP).

por la violación de los valores supremos a que está sujeta la actividad de la administración; bajo el entendido de que, si bien en el pasado solo la acción de nulidad se erigía para proteger derechos, principios y valores legales y constitucionales, desde la expedición de la carta política actual los derechos colectivos exigen una acción que no les reste eficacia, la que comprende, además, la nulidad absoluta proveniente de irregularidades que contravienen el derecho público garante de los intereses colectivos;

la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregonan en el ámbito de las acciones ordinarias; y

el régimen jurídico de la acción popular no se agota en la Ley 472 de 1998, sino que está integrado por las distintas normas constitucionales y legales, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.

Así, en criterio de la Sala, debe tenerse en cuenta que, además de las amplias facultades que le otorga la Ley 472 de 1998 al juez de la acción popular para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, el derecho común y el estatuto de contratación estatal imponen al juez que, en los asuntos de su competencia, se pronuncie sobre la nulidad absoluta de cara a los actos o contratos que contravienen el derecho público de la nación⁸⁸, pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de parte⁸⁹.

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

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos⁹⁰ o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.

Reitera, igualmente la Sala que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible –art. 2º-, con independencia del tiempo transcurrido, desde su consumación, pues, recuérdese

⁸⁸ Conforme con las disposiciones del Código Civil, el objeto ilícito constituye nulidad absoluta del contrato –art. 1741- y “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación” –art. 1519-. Por su parte, el Código de Comercio prescribe que es nulo absolutamente el negocio jurídico “cuando contraría una norma imperativa” -art. 899-. Y en estos mismos casos es nulo el contrato estatal, de conformidad con la Ley 80 de 1993: “[l]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común...” –art. 44-.

⁸⁹ Así lo prescribe el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936: “[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria” –se destaca-.

⁹⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, exp. AP (IJ-1204), consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional⁹¹.

Por ello, bien puede ordenarse ejecutar una actividad o no hacerlo, al igual que condenar al restablecimiento del daño causado a un derecho o interés colectivo y exigir volver las cosas al estado anterior -art. 34-, de acuerdo con la necesidad establecida en el proceso, pues la competencia del juez de la acción popular va más allá de lo pedido, si así lo requiere la protección del derecho constitucional vulnerado.

Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, tanto en el trámite, como respecto de las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses en juego.

Sobre los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, esta Corporación también ha precisado:

a) La Moralidad Administrativa:

(...) la moralidad administrativa es una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica⁹².

La moral administrativa, como principio constitucional está por encima de las diferencias ideológicas y está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y cuidado que permitan que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él. El funcionario público en el desempeño de sus funciones debe tener presente que su función está orientada por el interés general, el cumplimiento de la ley y el mejoramiento del servicio.

Si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten las diligencias necesarias para preservar los intereses colectivos, o transgreden la ley en forma burda, entre otras conductas se está ante una inmoralidad administrativa que puede ser evitada o conjurada a través de las acciones populares (...).

Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los Principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la "moralidad administrativa" con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública.

b) Derecho Colectivo a la protección del Patrimonio Público.

Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los

⁹¹ Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente AP-163. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

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

Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto⁹³. [...]” (Negrillas y subrayas de la Sala)

De conformidad con la citada providencia, es posible afirmar que, en definitiva, puede presentarse una vulneración al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, no solo en el escenario de un detrimento patrimonial sino, adicionalmente, frente a la ineficacia en el manejo y administración de los recursos respectivos.

XII.4.2.4. El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público

Ahora bien, la Sala considera que si bien el derecho colectivo antes referido fue reclamado como vulnerado en la demanda popular y, no fue amparado por el a quo en su proveído de primera instancia, resulta menester aquí, hacer algunas consideraciones breves y sucintas en lo que a ésta garantía colectiva hace referencia. Veamos:

Como primera medida, es de anotar que la Constitución Política, en su artículo 63, dispone que “los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

Por su parte, el artículo 82, ibídem, establece que “es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 1504 de agosto 4 de 1998, “Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”, sobre el espacio público y su destinación señala en su artículo primero que “es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”.

Sobre el particular la Corte Constitucional⁹⁴ ha dicho lo siguiente:

“[...] La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre

⁹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta; sentencia del 31 de mayo de 2002, citada.

⁹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-360 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

las cuales se estructura el concepto de Estado Social de Derecho. Es por ello que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentran a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos [...]” .

Con respecto al concepto de espacio público el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, prevé:

“Artículo 5º Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

“Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, [...], y en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.” (Negrillas fuera del texto original).

El artículo 674 del Código Civil sobre los bienes públicos y de uso público, señala:

“[...] Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio [...]”.

Y el Decreto 1504 de 1998, en los artículos 2º y 3º, con respecto al concepto de espacio público y lo que éste comprende, prevé:

“[...] Artículo 2º.- El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Artículo 3º.- El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:

Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público [...]”.

Acerca de la utilización del espacio público, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido⁹⁵:

“[...] En cuanto al espacio público, no es cierto que constituya un derecho constitucional fundamental, pues su ubicación dentro del cuerpo de la Carta Política, la relación que guarda con el interés general y el hecho de no ajustarse a ninguno de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para tenerlo por fundamental, claramente sugieren la idea de que se trata de un derecho constitucional colectivo y del ambiente, que se desprende de la obligación del Estado colombiano de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común [...] En principio, el uso del espacio público, en tanto

⁹⁵ Ver también la sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 19001-23-33-000-2014-00190-01(AP). Actor: Danilo Reinaldo Vivas Ramos y otros. Demandado: INVIAS.

derecho constitucional de carácter colectivo, solamente puede protegerse por vía de acciones populares [...]”⁹⁶.

Asimismo, la Corte Constitucional en la sentencia T-566 de 1992, al referirse a los bienes de dominio público,⁹⁷ precisó lo siguiente:

“[...] c. Bienes de dominio público.

Existe un tercer grupo de propiedad, normalmente estatal y excepcionalmente privada, que se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CP art. 1^o), relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público.

c.1. Bienes afectados al fomento de la riqueza nacional.

Esta clase de bienes de dominio público está formada por los bienes que están afectos al fomento de la riqueza nacional. Por ejemplo: el patrimonio cultural, arqueológico e histórico [...]”.

XII.5. Normatividad que reglamenta las competencias administrativas de la red vial nacional primaria del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS

XII.5.1. A efectos de recopilar el marco normativo que reglamenta la administración de la red vial nacional primaria, la Sala recuerda que esta Sección, en sentencia de 31 de agosto de 2016⁹⁸, analizó las atribuciones de INVÍAS previstas en el Decreto 2618 de 2013⁹⁹, cuyo artículo 1^o dispone que el objeto de esa entidad versa sobre: “[...] la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte [...]”.

XII.5.2. En ese orden de ideas, el artículo 2^o del mencionado Decreto contempla, entre otras, las siguientes funciones de INVÍAS:

“[...] 2.1 Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministro de Transporte.

2.2 Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura de su competencia [...]”. (Negrillas fuera del texto)

XII.5.3. Ahora bien, respecto a la definición de la red nacional primaria, el numeral 1.2 del “Manual de Diseño Geométrico de Carreteras de 2008”, adoptado como

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

⁹⁷ Ver también la sentencia del Consejo de Estado, Sección primera. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 17001-23-31-000-2014-00193-01(AP) Actor: Carlos Eduardo Giraldo Botero. Demandado: Municipio de Manizales y Dirección Nacional de Estupefacientes.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de agosto de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Proceso No. 52001-23-31-000-2012-00127-01.

⁹⁹ “Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías -INVÍAS- y se determinan las funciones de sus dependencias”.

norma técnica para los proyectos de la red vial nacional, mediante la Resolución 744 de 4 de marzo del 2009¹⁰⁰, establece lo siguiente:

“[...] 1.2. CLASIFICACIÓN DE LAS CARRETERAS

Para los efectos del presente Manual las carreteras se clasifican según su funcionalidad y el tipo de terreno.

1.2.1. Según su funcionalidad

Determinada según la necesidad operacional de la carretera o de los intereses de la nación en sus diferentes niveles: [...]

1.2.1.1. Primarias

Son aquellas troncales, transversales y accesos a capitales de Departamento que cumplen la función básica de integración de las principales zonas de producción y consumo del país y de éste con los demás países.

Este tipo de carreteras pueden ser de calzadas divididas según las exigencias particulares del proyecto.

Las carreteras consideradas como Primarias deben funcionar pavimentadas [...]” (Negrillas fuera del texto)

XII.5.4. De manera que la red vial primaria, comprende aquellas troncales, transversales y accesos a capitales de Departamento que cumplen la función básica de integración de las principales zonas de producción y consumo del país, y de éste con los demás países, debiendo siempre funcionar pavimentadas. Sumado a ello, es claro que la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, en primer orden, se encuentran a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, en el evento en que estas no hayan sido concesionadas.

XII.5.5. Aun así, anota la Sala, que además de las normativas anteriormente citadas el artículo 76.4.1 de la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001¹⁰¹ establece como obligación del ente territorial, lo siguiente:

“[...] 76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente [...]”. (Destaca la Sala)

XII.5.6. Con base en lo anterior, en lo referente a la dirección de la red primaria vial puede concluirse que, en principio, su administración se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, cuando aquellas vías no se encuentren concesionadas; no obstante lo anterior, en cada caso particular, debe verificarse que no se le haya transferido al ente territorial la competencia en su manejo directa o indirectamente.

XII.5.7. En ese orden de ideas, la Sala encuentra que, de conformidad con la normativa antes citada y al tenor del acervo probatorio aportado al expediente, resulta palmario que al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, le corresponde

¹⁰⁰ “Por la cual se actualiza el manual de diseño geométrico para carreteras”.

¹⁰¹ “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

adelantar las respectivas acciones de mantenimiento, construcción, reconstrucción, rehabilitación, mejoramiento, atención de emergencias y prevención de riesgos en la vía denominada Los Curos - Málaga, cuya omisión constituyó la causa de la vulneración de los derechos e intereses colectivos.

SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

En el caso sub examine, la Sala advierte que el Tribunal Administrativo de Santander, en el fallo proferido el 28 de junio de 2017, encontró probado que el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, incurrió en la vulneración y/o transgresión de los derechos e intereses colectivos a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la defensa del patrimonio público.

La Sala procederá a analizar si, en efecto, se produjo la vulneración de los derechos colectivos a los que anteriormente se hizo referencia, y además de ello, si también existió una transgresión a los derechos concernientes al goce de un ambiente sano junto con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público así como la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos viales nacionales respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de los Municipios de la Provincia de García Rovira, capital Málaga – Santander.

Para ello, y de cara a resolver los recursos de apelación instaurados por el actor popular, el coadyuvante y el INVÍAS, el acervo probatorio que fue allegado a esta Alta Corporación Judicial en virtud del auto de mejor proveer (de fecha 19 de diciembre de 2018), cumplirá una importancia cardinal, para efectos de resolver la controversia objeto de debate. Observemos:

XIII.1. Resolución de los recursos de apelación en el sub judice

XIII.1.2. Apelación del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS:

En lo que al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS se refiere, la Sala encuentra que, en su recurso de alzada, dicha entidad argumentó que: “[...] la inversión que esa entidad ha realizado para el mejoramiento y mantenimiento de la vía en cuestión, ha estado enmarcada dentro del plan estratégico constitucional que busca la prevención y reducción de los posibles impactos y riesgos sobre la infraestructura vial Los Curos – Málaga [...]”; y, a su vez, y en cuanto al estado actual de la vía, indicó lo siguiente: “[...] la misma se encuentra en buen estado de transitabilidad, presentando seguridad y fiabilidad los siete (7) días de la semana, ofreciendo una disminución en los tiempos de viaje hasta del 40% con respecto al año 2015, y que el programa del INVÍAS ha proyectado para el 2019 tener la meta de pavimentar el 43% del corredor vial la inversión [...]”¹⁰².

Pues bien, y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente popular, la Sala estima que dichos argumentos formulados en sede de apelación, en definitiva, no se encuentran llamados a prosperar, como probatoriamente se respalda a continuación.

¹⁰² Folios 1044 a 1056 del cuaderno N° 3 del expediente popular.

Mediante Memorando No. I-2019-000542, elaborado por un Asesor III S.G.- del Equipo de Trabajo Sectorial Transporte del Fondo de Adaptación, de fecha 22 de enero de 2019¹⁰³, se señaló que:

“[...]”

INFORME DEL ESTADO ACTUAL EN EL CUAL SE ENCUENTRA LA VÍA “LOS CUROS – MÁLAGA (UBICADA EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER), EN LO QUE CORRESPONDA A SUS COMPETENCIAS.

Informe:

(...)

EJECUCION DE OBRAS: Una vez se obtuvo el producto realizado por el consultor y aprobado por la interventoría y el INVIAS, el Fondo Adaptación procedió a contratar las obras para la construcción de 39 sitios críticos y 7 puentes mediante 5 contratos de obra, de los cuales 43 obras ya han finalizado y fueron entregados al INVIAS como receptor final y operador de la vía nacional en cuestión, de acuerdo con lo establecido en el convenio marco 014 de 2012, Cláusula Tercera: Obligaciones de INVIAS:

“(...) 20. Recibir en su totalidad las obras realizadas a través de los contratos que se suscriban en desarrollo del objeto del presente Convenio Interadministrativo Marco y/o de sus convenios derivados y vincularlas a su administración (...)

A continuación se describen los contratos terminados y entregados al INVIAS, así como los pendientes de entrega al Instituto:

1. Contratos de obras terminados y cuyos productos ya fueron entregados al INVIAS (Se anexan actas de entrega al INVIAS):

| NO. DE CONTRATO | OBJETO | PRODUCTO | FECHA DE ENTREGA AL INVÍAS |
|-----------------|--|------------------------------------|----------------------------|
| 075 de 2013 | SC DEL PR46+850 AL PR85+903 | Construcción de 14 sitios críticos | 1 de noviembre de 2017 |
| 239 de 2013 | SC DEL PR8+173 AL PR37+538 | Construcción de 16 sitios críticos | 1 de noviembre de 2017 |
| 184 de 2014 | 3 SC DEL PR 101+020 AL 109+128 | Construcción de 3 sitios críticos | 1 de noviembre de 2017 |
| 186 de 2014 | 5 PUENTES 5 SC ENTRE LOS PR 40+846 AL 98+556 | Construcción de 10 sitios críticos | 1 de noviembre de 2017 |

¹⁰³ Folios 1615 a 1623 del cuaderno anexo No. 4 de la causa popular.

Es así que el estado actual de la vía Curos Málaga relacionada con las obras ejecutadas para dar solución a los 43 sitios críticos desarrollados con los contratos listados anteriormente, debe ser informado por parte del INVIAS, en razón a que como se señaló, estas obras ya fueron entregadas formalmente a dicho Instituto y es el encargado de su operación.

2. Contrato de obra pendiente de entrega al Instituto:

| NO. DE CONTRATO | OBJETO | PRODUCTO | ESTADO ACTUAL |
|-----------------|-------------------------------|---------------------------------|--|
| 285 de 2013 | Ejecución de tres (3) puentes | Puente Hisgaura | Pendiente de recibo por parte de la interventoría del proyecto |
| | | Puente La Judía | Suspendido de acuerdo con lo establecido en el Otrosí No. 3 del Contrato No. 285 de 2013 |
| | | SC (Sitio Crítico) 43 – Pangote | Suspendido de acuerdo con lo establecido en el Otrosí No. 3 del Contrato No. 285 de 2013 |

DESCRIPCIÓN ESTADO ACTUAL DE LA CONSTRUCCION Y/O EDIFICACIÓN DE LOS PUENTE HISGAURA, LA JUDIA Y SC (SITIO CRÍTICO) 43.

El contrato No. 285 de 2013 suscrito entre el FONDO DE ADAPTACIÓN y SACYR CONSTRUCCIÓN S.A., incluía dentro de su objeto la construcción del puente Hisgaura, La Judía y SC 43, a continuación se describe el estado de cada uno de ellos:

PUENTE HISGAURA:

El contrato No. 285 de 2013, terminó su plazo contractual el 31 de agosto de 2018, sin embargo, el contratista de la obra SACYR CONSTRUCCION S. A., no entregó al 100% la obra con las especificaciones técnicas requeridas, por tal razón la firma interventora Estudios Técnicos y Asesorías S. A. no ha recibido a satisfacción dicho puente.

De lo anterior se concluye que el contratista de obra SACYR CONSTRUCCIÓN S A. no culminó todas las actividades contractuales en el plazo del contrato. El Fondo citó a audiencia con fines de declaratoria de incumplimiento, efectividad de cláusula penal y de la garantía de cumplimiento, la cual fue suspendida con ocasión de una medida cautelar solicitada por SACYR ante el Tribunal de arbitramento establecido para solucionar las controversias generadas en el marco del contrato de obra 285 de 2013; dicha instancia mediante Auto 11 del 3 de septiembre de 2018 (Se anexa) ordenó:

“Ordenarle al FONDO DE ADAPTACIÓN que se abstenga de proferir pronunciamiento de fondo que verse o tenga por objeto emitir un juicio de valor

sobre si SACYR ha incumplido las obligaciones que le correspondían según lo dispuesto en el Contrato No. 285 de 2013 suscrito entre las partes, bien en el curso de un proceso sancionatorio o en un proceso tendiente a declarar el incumplimiento del contrato, hasta tanto se profiera el laudo que ponga fin a las controversias que son objeto de este proceso y el mismo se encuentre debidamente ejecutoriado”.

Adicionalmente, producto del proceso constructivo desarrollado por el Contratista se presentó una sinuosidad en el tablero del puente generando deformaciones no esperadas en la rasante que son de público conocimiento, es decir, no alcanzó las cotas de diseño para construcción.

Como corrección de la situación presentada el contratista de obra propuso la instalación de elementos nivelantes, la cual fue aprobada por parte de la interventoría; esta situación generó que se incluyera en la estructura carga muerta, esto es, un peso adicional al propio con el que fue diseñada.

El FONDO teniendo en cuenta las características geométricas y estructurales que hoy presenta el puente, de sus implicaciones para efectos del recibo de la obra, teniendo en cuenta entre otros los aspectos de seguridad, transitabilidad, operatividad, durabilidad y mantenimiento, ha efectuado las siguientes actividades en etapa de liquidación del contrato para verificar y garantizar la eficacia del mismo:

a) El 1 de septiembre de 2018, se realiza recorrido al sitio de la obra por parte del contratista y el interventor y se registran los siguientes pendientes para el recibo de la obra (Se anexa acta):

Baranda metálica peatonal pendiente de ejecución 15 m, por detalle de soldadura 70 m y pintura de acabado en toda su longitud.

Baranda metálica vehicular pendiente aplicar pintura de acabado en 455 m.

Instalación de Capots pendientes por inyectar 90.

Centradores pendientes por instalar 4.

Amortiguadores pendientes por instalar 4.

Case o protectores pendientes por instalar 50, de los cuales se encuentran pendientes por llegar a obra 10.

Instrumentación: pendiente por instalación de ductería, cableado y su funcionamiento con acometida provisional.

Corrección general de fisuras tanto en el andén como en el borde del tablero.

Re nivelación de juntas con caucho líquido en el interior del tablero.

Corrección borde lateral del tablero mediante solución propuesta por el contratista.

Entrega por parte del contratista la modelación estructural final del puente (teniendo en cuenta la geometría final y carga muerta adicional). (Informe solicitado previamente por parte de la interventoría).

Aprobación del protocolo de la prueba de carga estática y dinámica, ejecución de la misma.

b) El 5 de octubre de 2018, el contratista hace entrega al Interventor del informe final requerido; por la complejidad de la información entregada la Interventoría informó que requería para el estudio, revisión y análisis de la misma de 45 días.

c) El 14 de noviembre de 2018, mediante el oficio FA-655-18-FA-HIS, radicado bajo el número R-2018-037137 del 14 de noviembre (Se anexa), el interventor presentó de manera oficial su correspondiente informe final, que incluía la nueva modelación de la estructura con las cargas y geometrías actuales, el análisis técnico realizado por la interventoría y el protocolo para la prueba de carga.

d) Entre el 21 y 28 de noviembre de 2018, se desarrollaron mesas de trabajo técnica entre especialistas del INVIAS, contratista, Interventor y FONDO, con el fin de realizar una revisión y análisis integral al informe y al protocolo de la prueba de carga.

e) El 29 de noviembre de 2018, se entregó el resultado de las mesas técnicas:

Se realizaron observaciones al protocolo de la prueba de carga presentado por el contratista y se solicitó ajustarla a la exigencia máxima de la norma utilizada, requerimiento atendido por parte del contratista y aprobado por la Interventoría; por tal razón el FONDO y el INVIAS no presentaron objeción para la realización de la prueba de carga, aclarando que la realización de la prueba de carga no es vinculante para el recibo final del puente.

Se realizó una serie de exigencias técnicas a los informes presentados, algunos ya atendidos y otros en proceso.

Después de la realización de la prueba de carga se procederá a la revisión y análisis de los resultados dentro del proceso de recibo.

f) Entre el 4 y 7 de diciembre de 2018, fue realizada la prueba de carga estática y dinámica.

g) El 17 de diciembre de 2018, mediante oficio FA-684-18-FA-HIS radicado bajo el número R-2018-039509, la firma Interventora entregó los resultados de la prueba de carga estática realizada (se anexa).

h) El Fondo solicitó a la firma interventora a través del oficio No. E-2018-023034 del 21 de diciembre de 2018 (Se anexa), reiterado con el oficio E-2019-000196 del 11 de enero de 2019 (se anexa), que informara el cronograma establecido con el contratista para resolver los pendientes de obra y documentales y se pueda determinar el recibo o no a satisfacción de la obra.

i) Mediante oficio FA-694-18-FA-HIS radicado bajo el número R-2019-000001 del 2 de enero de 2019, la firma interventora entregó los resultados de la prueba de carga dinámica realizada (se anexa).

j) Como respuesta a la solicitud de cronograma, la firma interventora a través del oficio No. FA-698-18-FA-HIS del 15 de enero de 2019, solicitó la información relacionada con las pretensiones del contratista de obra ante el tribunal de arbitramento pidió dos (2) semanas a partir del recibo de la información para dar respuesta a los requerimientos del FONDO. La información fue enviada el 16 de enero mediante el oficio E-2019-000334, por lo que el plazo solicitado por la interventoría se vence el 30 de enero de 2019.

Adicionalmente a las gestiones descritas anteriormente, El FONDO desde julio de 2019, solicitó al INVIAS que conceptúe y verifique el cumplimiento de todos los requerimientos técnicos para el recibo de la obra, teniendo en cuenta la condición de alineamiento observada en el Puente Hisgaura, lo anterior en su calidad de operador de la red nacional de carretera y de supervisor y asesor técnico del FONDO de acuerdo con lo establecido en el convenio 014 de 2012, en la CLAUSULA TERCERA - OBLIGACIONES DEL INVIAS, en especial de las siguientes:

“(…) 5. Realizar el seguimiento técnico de cada uno de los convenios específicos suscritos y consecuentemente de los proyectos, de conformidad con los estudios y diseños aprobados y en coordinación con el personal de apoyo (supervisión) y las interventorías que se contraten para tal efecto por del FONDO.

6. Ejercer la coordinación integral del Convenio proporcionado la asesoría técnica, jurídica, de control y supervisión a que haya lugar para el adecuado desarrollo del mismo, apoyando al FONDO en caso que lo requiera tanto en la parte Técnica como Legal, previa solicitud, a través del personal de apoyo que se contrate por parte del FONDO en cada proyecto en particular.

21. Vigilar y exigir a los contratistas que en todos y cada uno de los proyectos ejecutados con ocasión de los contratos que se suscriban en desarrollo del objeto del presente Convenio Interadministrativo Marco y/o de sus convenios derivados, el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas de Construcción de Carreteras vigentes, incluyendo las especificaciones técnicas aprobadas y/o avaladas por las Interventorías correspondientes a códigos de manejo del cambio climático (...).

A continuación, se relacionan la trazabilidad de los oficios con los cuales el FONDO ha remitido la información solicitada por el INVÍAS, para la expedición del concepto solicitado:

| No. de Oficio | Fecha | Remitente | Destinatario | Asunto |
|---------------|------------|-----------|--------------|--|
| E-2018-017414 | 24/07/2018 | FONDO | INVÍAS | Solicitud apoyo técnico en el marco de los Convenios No. 014 y 020 de 2012 – Alineamiento Puente Hisgaura Vía Curos – Málaga en el departamento de Santander |
| E-2018-018321 | 21/08/2018 | FONDO | INVÍAS | Remisión informe de fisuras puente Hisgaura |
| SPA-37294 | 28/08/2018 | INVÍAS | FONDO | Respuesta informe de fisuras puente Hisgaura |
| E-2018-018614 | 28/08/2018 | FONDO | INVÍAS | Reiteración Oficio No. E-2018-017414, “Solicitud apoyo técnico en el marco de los Convenios No. 014 y 020 de 2012 – Alineamiento puente Hisgaura vía Curos – Málaga en el departamento de Santander” |
| SPA-38690 | 05/09/2018 | INVÍAS | FONDO | Solicitud información Puente Hisgaura |

| | | | | |
|---------------|------------|--------|--------|---|
| E-2018-019690 | 21/09/2018 | FONDO | INVÍAS | Respuesta SPA 38690. Remisión de la información requerida del puente Hisgaura como son: los Estudios y Diseños, geotécnicos, estudios de suelos, diseños hidráulicos, diseños estructurales, etc., proceso constructivo y el control topográfico realizado en la construcción del puente Hisgaura |
| SPA-42627 | 26/09/2018 | INVÍAS | FONDO | Solicitud a la interventoría de cumplimiento de especificaciones técnicas puente Hisgaura |
| E-2018-020049 | 2/10/2018 | FONDO | INVÍAS | Solicitud de concepto para respuesta oficio FA-18-2-017-Bog. Suscrito por SACYR CONSTRUCCIÓN S.A.- contrato de obra No. 285 de 2013 |
| E-2018-020619 | 18/10/2018 | FONDO | INVÍAS | Respuesta oficio SPA-42627 |
| SPA-50645 | 8/11/2018 | INVÍAS | FONDO | Remisión informe del Ing. Mantilla |
| E-2018-021613 | 14/11/2018 | FONDO | INVÍAS | Traslado Oficio FA-655-18-FA-HIS del 13 de noviembre de 2018, radicado bajo el No. R-2018-037137 del 14 de noviembre de 2018 – Con asunto “Entrega de informe de revisión al informe de verificación estructural de los diseños del Puente Hisgaura entregados por SACYR CONSTRUCCIÓN |

| | | | | |
|---------------|------------|--------|--------|---|
| | | | | S.A., tomando en consideración que los diseños aprobados requirieron ajustes durante el proceso constructivo” |
| E-2018-022123 | 26/11/2018 | FONDO | INVÍAS | Respuesta oficio SPA-50645 del 8 de noviembre de 2018 radicado en el Fondo bajo el número R-2018-036795 – Respuesta informe de comisión Ingeniero Mantilla |
| SPA-52355 | 20/11/2018 | INVÍAS | FONDO | Solicitud informes Puente Hisgaura |
| SPA-56771 | 14/12/2018 | INVÍAS | FONDO | Solicitud de resultados prueba de carga estática y dinámica |
| E-2018-022889 | 18/12/2018 | FONDO | INVÍAS | Respuesta Oficio SPA-52355 radicado bajo el número R-2018-037842 “Solicitud informes puente Hisgaura”, oficio 56771 “convenio 014-puente Hisgaura”, información mesas técnicas desarrolladas entre el 22 al 28 de noviembre de 2018 y prueba de carga puente Hisgaura |
| E-2019-000122 | 9/01/2019 | FONDO | INVÍAS | Remisión resultados de la prueba de carga dinámica, el cual fue enviado previamente al INVÍAS por correo electrónico el 27 de diciembre de 2018 |
| E-2019-000301 | 15/01/2019 | FONDO | INVÍAS | Solicitud concepto técnico INVÍAS – Puente Hisgaura y concurrencia para el recibo de la obra |

| | | | | |
|----------|------------|--------|-------|---|
| SPA-1042 | 14/01/2019 | INVÍAS | FONDO | Requiere respuesta de la información pendiente para el recibo expresada por la Interventoría, para emisión del concepto solicitado. |
|----------|------------|--------|-------|---|

De acuerdo con lo anterior, no es posible indicar la fecha de culminación o posible recibo del puente por parte de la Interventoría y del INVÍAS, así como la puesta en funcionamiento por parte del Instituto como Entidad operadora del mismo, hasta tanto no sea definido el cronograma de la solución de pendientes por parte de la interventoría y el contratista de obra y se cuente con el concepto técnico del INVÍAS acerca de las características geométricas y estructurales que hoy presenta el puente, de sus implicaciones para efectos del recibo de la obra, teniendo en cuenta entre otros los aspectos de seguridad, transitabilidad, operatividad, durabilidad y mantenimiento; información que permita al FONDO realizar las acciones correspondientes para salvaguardar el patrimonio público.

(...)

PUENTE LA JUDÍA Y SC (SITIO CRÍTICO) 43:

La ejecución de las obras requeridas para dar solución a los Sitios Críticos conocidos como la Judía y SC.43 (Pangote), el otrosí No. 3 al contrato No. 285 de 2013, estableció la suspensión de las mismas y se acordó someter la controversia sobre la limitación del alcance de dicho contrato al Tribunal de Arbitramento, y a la fecha no ha sido resuelta.

INFORME DEL ESTADO ACTUAL DE EJECUCIÓN Y FECHA DE CULMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DESARROLLADOS POR EL FONDO DE ADAPTACIÓN EN LA VÍA LOS CUROS – MÁLAGA, DEPARTAMENTO DE SANTANDER:

| No. de contrato | Objeto | Tipo | Producto | Fecha de terminación | Estado actual |
|-----------------|------------------------------|---------------|------------------------------------|----------------------|-----------------|
| 106 de 2012 | Estudios y Diseños | Consultoría | Diseño 67 sitios críticos | 31/07/13 | Auto de archivo |
| 107 de 2012 | Interventoría de diseños | Interventoría | - | 31/07/13 | Liquidado |
| 075 de 2013 | SC DEL PR46+850 AL PR 85+903 | Obra | Construcción de 14 sitios críticos | 02/12/14 | Liquidado |
| 086 de 2013 | Interventoría de obra | Interventoría | - | 02/12/14 | Liquidado |

| | | | | | | |
|-------------|----|--|-------------------|--|----------|--|
| 239 2013 | de | SC DEL PR8+17 3 AL PR 37+538 | Obra | Construc ción de 16 sitios críticos | 29/05/15 | Liquidado |
| 276 2013 | de | Interven toría de obra | Interventorí a | - | 29/05/15 | Liquidado |
| 285 2013 | de | Tres (3) puentes | Obra | Construc ción de 3 sitios críticos | 31/08/18 | Terminado – Sin recibo a satisfacció n a la fecha |
| 184 2014 | de | 3 SC DEL PR 101+02 0 AL 109+12 8 | Obra | Construc ción de 3 sitios críticos | 01/03/16 | Liquidado |
| 222 2014 | de | Interven toría de obra | Interventorí a | - | 01/04/16 | Liquidado |
| 186 2014 | de | 5 Puentes 5 SC. Entre los PR 40+846 al 98+556 | Obra | Construc ción de 10 sitios críticos | 16/02/16 | Liquidado |
| 274 2014 | de | Interven toría de obra | Interventorí a | - | 16/03/16 | Liquidado |

Se adjunta copia de los contratos, otrosíes, actas de recibo y actas de liquidación [...]”. (Negrillas y subrayas de la Sala)

Así mismo, y mediante Oficio No. IOP-OF-064, elaborado por un profesional del Área de Gestión del Riesgo y Gestión Ambiental de la Alcaldía Municipal del Municipio de Málaga (Santander) y el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Ordenamiento Territorial, de fecha 2 de febrero de 2019, la Sala observa que en dicha prueba se indicó lo siguiente¹⁰⁴:

“[...] INFORME CARACTERIZACIÓN VIAL MÁLAGA – CUROS, MUNICIPIO DE MÁLAGA – SANTANDER.

En el municipio de Málaga Santander, se han realizado continuamente mejoramientos viales, en la vía que conduce del Málaga a Bucaramanga, la cual

¹⁰⁴ Folios 1625 a 1629, 1648 a 1652 del cuaderno anexo No. 4 de la causa popular y folios 1692 a 1702 del cuaderno anexo No. 5 del expediente.

ha sido objeto de ampliación y pavimentación, los tramos de la vía han sido intervenidos por diferentes contratos. Dichos contratos que han sido ejecutados en nuestra jurisdicción, se han realizado mediante contratos del Fondo de Adaptación y el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS).

Para referir la caracterización vial de la vía Málaga - Curos se describirán uno a uno los tramos de vía y sus características principales.

Punto 1: Coordenada: No. 6°42'32.6" W 72°44'15.4":

Las obras ejecutadas corresponden a mejoramiento de la calzada existente, incluyendo la estructura de la vía, (mejoramientos en pedraplén en los sectores que fueran necesarios, geo textil, base, sub-base y carpeta asfáltica) para mejorar la estabilidad de la calzada se instalaron filtros a lo largo de la vía y cunetas de concreto fundido en el lugar.

Se encuentra una alcantarilla al costado oriental, no se observa inestabilidad de taludes fallas ni desprendimiento de materiales en la parte superior e inferior de la vía.

Punto 2: Coordenada: N 6°42'15.02" W 72° 44 '21.8":

La última intervención de esta vía fue en los años 2002 -2003. Esta vía presenta una carpeta asfáltica con fisuras, desprendimiento de asfalto, y huecos, en su intervención anterior se realizó mejoramiento a la estructura, se establecieron filtros a lo largo de la vía, se realizaron zanjas y cunetas de concreto en algunos sectores para mejorar el drenaje.

Este sector debe ser objeto de ampliación y mejoramiento incluyendo las obras de drenaje (Alcantarillas, box culvert, cunetas y pontones), varios de ellos presentan fisuras y poca capacidad hidráulica. En este tramo se observan sectores con áreas desestabilizadas que deben ser objeto de manejo especial (PR 1+ 700 1+800) al realizar la ampliación de la calzada se van a afectar algunos taludes que por sus condiciones de inestabilidad, erosión y desprendimientos requieren de obras complementarias que garanticen seguridad de las personas que transitan por este lugar.

Punto 3: Coordenada: N 6°42'15.03" W 72° 44'25.3":

En este sector de la vía se presenta una carpeta asfáltica con fisuras y desprendimiento de asfalto en el costado occidental.

Punto 4: Coordenada: N 6°42'36.7" W 72° 44'28.7":

Se presenta una carpeta asfáltica con fisuras, desprendimiento de asfalto y huecos, en su intervención anterior se realizó mejoramiento a la estructura y se establecieron filtros a lo largo de la vía, se realizaron zanjas y cunetas de concreto para mejorar el drenaje. Este sector debe ser objeto de ampliación y mejoramiento incluyendo las obras de drenaje (Alcantarillas, box culvert, cunetas y pontones, varios de ellos presentan fisuras y poca capacidad hidráulica).

Punto 5: Coordenada: N 6°42'56.6" W 72° 44'27.2":

Esta vía presenta una carpeta asfáltica con fisuras, desprendimiento de asfalto, y huecos, en su intervención anterior se realizó mejoramiento a la estructura y se establecieron filtros a lo largo de la vía, los taludes de esta vía presentan poca altura y están estables. Este sector debe ser objeto de ampliación y mejoramiento

incluyendo las obras de drenaje (Alcantarillas, box culvert, cunetas y pontones, varios de ellos presentan fisuras y poca capacidad hidráulica).

Punto 5: Coordenada: N 6°43'06.6" W 72° 44'24.8":

Este sector fue objeto de mejoramiento, ampliación y pavimentación mediante la conformación de nueva estructura, mejoramientos en pedraplén, en sitios donde fuera necesario, geo textil, base, sub-base, filtros y carpeta asfáltica, se mejoró la permeabilidad de la vía mediante filtros a lo largo de la vía, como obras complementarias se realizaron muros en concreto reforzado que sostienen la banca y muros en gavión para contener taludes y confinar la estructura de la vía.

La capacidad hidráulica de las obras de drenaje fue mejorada mediante la instalación de alcantarillas, box culvert y cunetas de concreto fundido en el lugar. En los taludes presentes en esta vía, no se observan desprendimientos.

Punto 6: Coordenada: N 6°43'18.3" W 72° 44'31.2":

Esta vía presenta una carpeta asfáltica con fisuras, desprendimiento de asfalto, y huecos, en su intervención anterior se realizó mejoramiento a la estructura y se establecieron filtros a lo largo de la vía, los taludes de esta vía presentan poca altura y están estables.

Punto 7: Coordenada: N 6°43'03.6" W 72° 44'45.2":

Este sector de la Vía fue Objeto de Mejoramiento, Ampliación y pavimentación mediante la conformación de nueva estructura, mejoramientos en pedraplén, en sitios donde fuera necesario, geo textil, base, sub-base, filtros y carpeta asfáltica, se mejoró la permeabilidad de la Vía mediante filtros a lo largo de la vía, como obras complementarias se realizaron muros en concreto reforzado que sostienen la banca y muros en gavión para contener taludes y confinar la estructura de la vía.

La capacidad hidráulica de las obras de drenaje fue mejorada mediante la instalación de alcantarillas, box culvert y cunetas de concreto fundido en el lugar. En los taludes presentes en esta vía, no se observan desprendimientos.

Punto 8: Coordenada: N 6°43 '03.6" W 72° 44 '45.2":

Este tramo fue intervenido por el fondo de adaptación en el año 2014 y 2015, en esta vía fue Objeto de Mejoramiento, Ampliación y pavimentación mediante la conformación de nueva estructura, mejoramientos en pedraplén, en sitios donde fuera necesario, geo textil, base, sub-base, filtros y carpeta asfáltica, se mejoró la permeabilidad de la vía mediante filtros a lo largo de la vía, como obras complementarias se realizaron muros en concreto reforzado que sostienen la banca y muros en gavión para contener taludes y confinar la estructura de la vía.

La capacidad hidráulica de las obras de drenaje fue mejorada mediante la instalación de alcantarillas, box culvert y cunetas de concreto reforzado, en este tramo las obras complementarias abarcan, disipadores de energía para obras hidráulicas de grandes longitudes, canales longitudinales. Y estabilización de taludes. Estos tramos cuentan con adecuada señalización vertical y horizontal, adicional a la pintura reflectiva este tramo cuenta con taches reflectivos [...]. (subrayas de la Sala)

Además de lo anterior, y para efectos de verificar y clarificar con una mayor certeza y convicción probatoria el estado actual de la vía Los Curos – Málaga, resulta relevante destacar, aquí, el contenido del informe No. 2019-62R de 1º de

febrero de 2019, suscrito por la Alcaldesa Municipal y el Secretario de Planeación del municipio de Santa Bárbara – Santander (en la jurisdicción del municipio de Santa Bárbara)¹⁰⁵:

“[...] Al municipio de Santa Bárbara le corresponde el tramo de la vía Los Curos – Málaga, desde el PR 75+120 al PR 111+000, equivalente a 35, 88 Kilómetros de los cuales la gran mayoría se encuentran sin pavimentar, en un total de 30, 98 KM y el restante, 4.90 KM cuenta con pavimento.

Puntos críticos:

Punto crítico 1- Sector La Judía – PR 79+680.

Punto crítico 2- Sector El Canelo – PR 88+106.

Punto crítico 3- Sector El Barro – PR 91+300.

Punto crítico 3- Puente Chipanta Sector El Barro – PR 94+195.

Tramos Pavimentados:

Tramo 1 PR 77+207 al PR 77+290, Longitud: 0,083 KM.

Tramo 2 PR 79+200 al PR 79+292, Longitud: 0,092 KM.

Tramo 3 PR 82+482 al PR 82+870, Longitud: 0,388 KM.

Tramo 4 PR 85+635 al PR 86+002, Longitud: 0,367 KM.

Tramo 5 PR 91+242 al PR 94+236, Longitud: 2,994 KM.

Tramo 6 PR 95+225 al PR 95+482, Longitud: 0,257 KM.

Tramo 7 PR 101+262 al PR 101+400, Longitud: 0,138 KM.

Tramo 8 PR 102+963 al PR 103+170, Longitud; 0,207 KM.

Tramo 9 PR 109+350 al PR 109+723, Longitud: 0,373 KM.

La suma de todos los tramos antes descritos, suman un total de 4,90 KM pavimentados en la vía Los Curos – Málaga.

Puentes Construidos

Se construyeron dos (2) puentes los cuales se relacionan a continuación:

Puente 1 PR 94+169, Longitud: 26 metros.

En este punto del sector de la vereda El Barro, se construyó un puente vehicular, el cual, no cuenta con los respectivos pasos peatonales, poniendo en riesgo a la población de la zona que hace uso frecuente del mismo; se requiere adecuación lo más pronto posible, para que este sea accesible para peatones.

Puente 2 PR 95+326, Longitud: 75 metros.

En este punto del sector de la vereda El Tope, también se construyó un puente vehicular con el mismo problema citado en el puente No. 1. No cuenta con los respectivos pasos peatonales poniendo en riesgo a la población de la zona que hace uso frecuente del mismo; se requiere la adecuación lo más pronto posible, para que éste sea accesible para peatones.

Promedio Amplitud de Calzada

El ancho promedio de calzada a lo largo del tramo correspondiente al municipio de Santa Bárbara es de 7,5 metros. Teniendo en cuenta el mal estado en que se encuentra la vía, se requiere la pavimentación de la misma, para garantizar una

¹⁰⁵ Folios 1630 a 1635, 1640 a 1644 del cuaderno anexo No. 4 del expediente y folios 1703 a 1712 del cuaderno anexo No. 5 de la causa constitucional.

vía segura a que tienen derecho los usuarios, brindando asimismo la comodidad y confort [...]”. (Subraya la Sala)

Lo anterior, se puede corroborar, con el contenido del Informe No. JSGA 438 del 5 de febrero de 2019, remitido por el Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio de Molagavita (Santander)¹⁰⁶, junto con registro fotográfico, donde se esbozó lo que a continuación se enseña:

“[...] TRAMO VIA PRINCIPAL MÁLAGA – BUCARAMANGA CORRESPONDIENTE O EN JURISDICCIÓN AL MUNICIPIO DE MOLAGAVITA (SANTANDER).

En visita realizada el día 28 de enero de 2019, en conjunto con la secretaria de Planeación del Municipio de Molagavita y personal de apoyo de dicho despacho, se pudo establecer que la vía de Málaga Bucaramanga Tramo correspondiente o en jurisdicción de Municipio de Molagavita está en las siguientes condiciones.

Inicia en el K12+400 con vía pavimentada hasta el K14+849.

Que aparece una ventana sin pavimentar en el K14+849 hasta el K15+058.

Que nuevamente Inicia un tramo de vía pavimentada en el K15+058 hasta el K15+770.

Que a partir desde el K15+77 hasta el K23+070 terminación del tramo de vía correspondiente al Municipio de Molagavita Santander esta sin pavimentar.

A lo alto del K14+420 hasta el K14+500 aproximadamente se evidencia en la vía inestabilidad de la vía en unos de sus carriles, presencia de hundimiento del la capa soporte del pavimento o capa asfáltica.

En la actualidad la vía está siendo intervenida por Consorcio Vías de Colombia, la cual está realizando diferentes actividades tales como:

Construcción de Alcantarillas de Tubería de 36 pulgadas.

Construcción de Alcantarillas Tipo Box culvert.

Ampliaciones de la vía en diferentes sectores.

Rellenos de Alcantarillas.

Construcción de Muros de Contención.

Construcción de Muros de Contención Tipo Caisson.

Se evidencia la colocación de material agregados (Triturado y Arena en todo o varios sectores de la vía).

Personal de dicho Consorcio Laborando en la construcción de varias obras de Arte. Varios frentes de trabajo.

Transporte de Material producto de excavación y relleno para dichas estructuras.

Depósitos de material sobrante productos de excavación y ampliación de algunos sectores de la vía. (ZODME). Zonas de depósitos de Materiales de excavación.

[...]

Por lo anterior, se puede evidenciar que la presente vía que cruza por el municipio de Molagavita y comunica a la capital de Santander con el municipio de Málaga, se encuentra en pésimo estado; de los 10,670 kilómetros aproximadamente de la carretera en nuestra jurisdicción, existe tan solo 3,161 kilómetros pavimentados. Y en la presente vigencia, no se ha observado que las entidades encargadas de esta vía, realicen su respectivo mantenimiento. Afectando así, la economía de nuestro municipio, en el transporte y comercialización de nuestros productos. Se adjunta registro fotográfico [...]”. (Se destaca)

¹⁰⁶ Folios 1653 a 1682 del cuaderno anexo No. 4 del expediente y folios 1713 a 1771 del cuaderno anexo No. 5 de la causa popular.

En observancia de las pruebas que se relacionaron en precedencia, y de lo visto hasta esta etapa, no cabe duda para la Sala que, en definitiva, el estado de la vía era precario, debido a diferentes problemáticas que le asisten, como por ejemplo: las labores inconclusas, los sectores afectados por erosión, la inestabilidad y los desprendimientos que requieren de obras complementarias, las fallas geológicas, desbordamientos, suelos poco estables para los vehículos, el peligro constante de derrumbe, el deterioro, la falta de mantenimiento en cuanto al fresado y la reconformación de estructura, las zonas rocosas de mediano tamaño que dificultan el paso de vehículos de carga y de pasajeros, el riesgo de desprendimiento de materiales y de masa, entre otras problemáticas que allí actualmente se presentan.

Lo anterior, se puede corroborar probatoriamente, con el informe de visita técnica en cuanto al estado de la vía nacional Málaga – Los Curos, correspondiente a la jurisdicción del municipio de San Andrés (Santander), del 26 de enero de 2019, suscrito por el Alcalde Municipal de San Andrés y por el Secretario de Planeación de dicha municipalidad¹⁰⁷, donde se informó a esta Corporación, entre otros aspectos:

“[...] CONCEPTO:

La vía Málaga – Los Curos, inscrita en el INVIAS, atraviesa la jurisdicción del municipio de San Andrés desde el PR 23 hasta el PR 53 para un total de 30 Kilómetros. En general el estado de la vía en este tramo es malo ya que se puede evidenciar falta de una capa de rodadura adecuada para el transporte de vehículos.

Dentro del tramo de la jurisdicción se pueden evidenciar tres (3) sectores, divididos por el tipo de terreno que conforma la capa de rodadura.

Tramo uno: Desde el PR 23 (sector ventanas) hasta el PR 32 (sector pangote) conformado por material granular adecuado para rodamiento pero en mal estado por presencia de huecos.

Tramo dos: Desde el PR 32 (sector pangote) hasta el PR 49 (entrada casco urbano) presenta formaciones en roca con material rocoso que incomoda la transitabilidad por falta de recebo.

Tramo tres: Desde el PR 49 (entrada casco urbano) hasta el PR 53 (puente segundo río guaca). Tramo que incluye el paso nacional del casco urbano del municipio de San Andrés que se encuentra en mal estado por fraccionamiento de pavimento rígido por daño de piel de cocodrilo y ojos de pescado, pavimento flexible con deterioro total. Existen trabajos de pavimentación por parte del INVIAS entre la salida hacia Bucaramanga hasta el municipio de Guaca. Ver registro fotográfico por sectores [...]”. (Negritas y subrayas por fuera de texto original)

Y, de igual forma, con el Oficio No. JSGA 435, suscrito por el Secretario de Planeación de la Alcaldía Municipal de Guaca – Santander, de fecha 28 de enero de 2019, donde pone de presente que¹⁰⁸:

“[...] En atención al auto de fecha 19 de diciembre de 2018, notificado por estados del día 16 de enero de 2019, y mediante oficio allegado a este Despacho, en mi condición de Secretario de Planeación Municipal de Guaca – Santander, por medio del presente escrito, me permito DESCORRER lo requerido por el

¹⁰⁷ Folios 1683 a 1688 del cuaderno anexo No. 4 del expediente popular.

¹⁰⁸ Folios 1607 a 1613 del cuaderno anexo No. 4 de la causa popular.

despacho, a causa de los siguientes: (i) La Vía Nacional "Los Curos Málaga" a traviesa el municipio de Guaca desde el PR 53 + 207 (Sector Puente Segundo) al PR 75 + 207 (Sector San Pedro), en un total de 22 Kilómetros aproximadamente, (ii) Del total de Kilómetros de La Vía Nacional "Los Curos Málaga" ubicados en el municipio de Guaca, se encuentran pavimentados en buenas condiciones 8462 (38.46%) metros ubicados entre el PR 53 + 207 al PR 63 + 000 y sin pavimentar 13538 (61.54%) de los cuales 1331 están entre el PR 53 + 207 al PR 63 + 000 y 12207 entre el PR 63 + 000 al PR 75 + 207, (iii) En el sector de la vía pavimentado recientemente mejoró considerablemente. Se hicieron muros de contención, alcantarillas, cunetas y drenajes. Lo que hace una vía segura y de rápido desplazamiento, (iv) En el sector sin pavimentar se presentan diez (10) puntos críticos que afectan la transitabilidad, generando retrasos en los recorridos, accidentes de tránsito, fallas en la vía que pueden generar cierres totales o parciales, razones por la cual se requiere la pavimentación y construcción de obras de infraestructura vial como muros de contención, alcantarillas, box culvert, cunetas, y otras en un corto plazo, (v) El municipio de Guaca en la actualidad es catalogado como una despensa agrícola para la ciudad de Bucaramanga, los productos más comunes para comercializar son: mora, cebolla cabezona, frijol, maíz, alverja, duraznos, papa, cebolla larga, carne, productos derivados del lácteo. Razón por la cual se necesita la pavimentación de esta importante vía para mejorar los desplazamientos de estos productos y generar más productividad y desarrollo en la región, (vi) Actualmente con mal estado de la vía, el desplazamiento de un vehículo desde el sector Curos Guaca en los 62 km de vía es de aproximadamente 3 horas y si estuviera pavimentada el desplazamiento sería una (1) hora y veinte (20) minutos aproximadamente, (vii) El promedio de la amplitud de la vía es de 7 metros [...]". (Se destaca por la Sala)

Así pues, y con todo lo anterior, resulta aún más palmario para este Juez constitucional la transgresión y vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados por el demandante; si se tiene en cuenta que las documentales arribadas a la presente causa popular reflejan, de manera ostensible, el mal estado de la vía así como el riesgo que actualmente en ella se presenta, al ser transitada, concurrida y circulada a diario.

De otra parte, y en lo que al avance contractual de la construcción de la mentada vía se refiere (ubicada en el departamento de Santander), la Sala debe destacar el contenido del Oficio No. SRN 3148, de 28 de enero de 2019, suscrito por el Subdirector Técnico de la Red Nacional de Carreteras del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS109, mediante el cual manifestó que:

"[...] 1-Informe detallado de avance contractual de construcción de la vía "Los Curos -Málaga" (ubicada en el departamento de Santander), que refleje el cronograma de ejecución y fecha de culminación total de su pavimentación.

RESPUESTA:

Adjunto se remite un Informe detallado del avance contractual de la construcción de la vía "Los Curos Málaga", remitido por parte de la interventoría del proyecto. Es de aclarar que el INVÍAS se encuentra ejecutando en el corredor mencionado los siguientes contratos:

Contrato No. 1639 de 2015.

¹⁰⁹ Folios 1636 a 1638 del cuaderno anexo No. 4 del expediente y folios 1772 a 1775 del cuaderno anexo No. 5 de la causa constitucional.

Objeto: Mejoramiento, Gestión Predial, Social y Ambiental de la Carretera Málaga Los Curos en el Departamento de Santander para el Programa "Vías para la Equidad" Módulo 3. Estado: En ejecución.

Contrato No. 1756 de 2015.

Objeto: Interventoría para el Mejoramiento, Gestión Predial, Social y Ambiental de la Carretera Málaga Los Curos en el Departamento de Santander para el Programa "Vías para la Equidad". Estado: En ejecución.

2-Informe, de manera clara y detallada, el estado actual, ejecución, así como el alcance de los siguientes contratos y convenios de administración vial, a saber: contrato No. 2066 de 2014 (suscrito entre el INVIAS y el Consorcio SG VIAL Santander); contrato No. 1765 de 2014 (suscrito entre el INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOCEBA CTA); convenio No. 1070 de 2014 (suscrito por el INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos al Progreso de Guaca _ COOUNIPROGRESO) y el Convenio Interadministrativo Marco No. 014 del 31 de mayo de 2012 (suscrito entre el Fondo de Adaptación y el Instituto Nacional de Vías INVIAS).

RESPUESTA:

Adjunto se remite de manera clara y detallada la información relacionada de los siguientes contratos:

Contrato No. 2066 de 2014.

Objeto: Administración Vial de las Carreteras Nacionales de la Dirección Territorial Santander Módulo 1. Código 5504 La Palmera - Presidente Sector La Palmera - Presidente del PRO+0000 al PR102+0000 en una longitud de 103.38 Kms - Código 558TA variante de concepción sector variante de Concepción en una Longitud de 2.15 Kms - Código 55ST02 Málaga - Los curos del PRO+000 al PR124+000 en una longitud de 123.06 Kms. Suscrito entre el INVIAS y el Consorcio SG VIAL Santander. Estado: Liquidado.

Contrato No. 1765 de 2014.

Objeto: Mantenimiento Rutinario a través de Microempresas en las Vías a cargo del Instituto Nacional de Vías Dirección Territorial Santander. Módulo 7. Sector 558T02 Málaga - Los curos del PR94+0000 (El Tope) PR124+0000 (Los Curos). Suscrito entre el INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado COOCEBA C.T.A. Estado: Liquidado.

Convenio No. 1070 de 2014.

Suscrito por el INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos al Progreso de Guaca - COOUNIPROGRESO.

Es de aclarar que revisados los registros documentales del instituto Nacional de Vías, no se encontró documentación relacionada con el Convenio No. 1070 de 2014.

No obstante a lo anterior, se remite la información del Contrato No. 1755 de 2014, suscrito por el INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos al Progreso de Guaca – COOUNIPROGRESO.

Contrato No. 1755 de 2014.

Objeto: Mantenimiento Rutinario a través de Microempresas, en las vías a cargo del Instituto Nacional de Vías, Dirección Territorial Santander. Módulo 6: Grupo 6 Sector 558T02 Málaga Los Curos, PR63+0000 (Guaca) PR94+0000 (El Tope). Suscrito entre el INVIAS y la Cooperativa de Trabajo Asociado Unidos al Progreso de Guaca COOUNIPROGRESO C.T.A. Estado: Liquidado.

Convenio interadministrativo Marco No. 014 del 31 de mayo de 2012.

Objeto: Anuar Esfuerzos para el Desarrollo y Ejecución del Proyecto Grandes Proyectos Sitios Críticos de la Red Vial Nacional No Concesionada Afectados por el Fenómeno de La Niña 2010-2011. Suscrito entre el Fondo Adaptación y el Instituto Nacional de Vías INVIAS. Estado: En ejecución.

3-Los demás documentos, contratos suscritos y/o soportes pertinentes que permitan a la corporación establecer el estado real y actual que presenta la vía nacional primaria “Los Curos Málaga” (Ubicada en el departamento de Santander).

RESPUESTA:

Adjunto se remiten copia de los contratos y convenios suscritos que se relacionan a continuación:

Contrato No. 1639 de 2015, se anexa informe de ejecución de la interventoría mencionado en los puntos anteriores.

Contrato de Interventoría No. 1756 de 2015 del contrato 1639 de 2015.

Contrato No. 2066 de 2014, junto con el acta de entrega y recibo definitivo.

Contrato No. 1765 de 2014, junto con el acta de entrega y recibo definitivo.

Contrato No. 1755 de 2014, junto con el acta de entrega y recibo definitivo. Convenio interadministrativo Marco No. 014 de 2012, se anexa informe de ejecución del convenio mencionado en los puntos anteriores [...]”. (Destaca la Sala)

Sumado a lo anterior, es importante enseñar el Memorial No. DT-SAN 7816, de 26 de febrero de 2019, suscrito por el Director Territorial Santander (E) del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS)¹¹⁰, donde en respuesta al auto popular de mejor proveer calendado el 19 de diciembre de 2018 (dictado por el despacho sustanciador), expresó lo siguiente:

“[...] PRIMERO: En cuanto al numeral segundo, se informa el estado actual que presentan las obras que se adelantan en desarrollo del contrato No. 1639 de 2015:

OBJETO DEL CONTRATO:

El Contrato Nro. 1639 de 2015, tiene por objeto mejoramiento, gestión predial, social y ambiental de la carretera Málaga - Los Curos en el departamento de Santander, para el programa “vías para la equidad”.

El Contrato Nro. 1756 de 2015, tiene por objeto interventoría para el mejoramiento, gestión predial, social y ambiental de la carretera Málaga - Los Curos en el departamento de Santander para el programa “vías para la equidad”, módulo 3.

INFORMACIÓN DEL CONTRATO:

Información General contrato de Obra.

¹¹⁰ Folios 1788 a 1808 del cuaderno anexo No. 5 de la causa popular.

| | |
|---------------------------------------|----------------------------|
| Número del Contrato | 1639 de 2015 |
| Nombre del Contratista: | CONSORCIO VÍAS DE COLOMBIA |
| Plazo de ejecución: | Cuarenta y Ocho (48) meses |
| Valor total contrato (incluyendo IVA) | \$ 89.376.281.033,00 |
| Fecha de iniciación: | 27 de enero de 2016 |
| Fecha de Terminación: | 26 de enero de 2020 |

Información General contrato de Interventoría.

| | |
|---------------------------------------|------------------------------|
| Número del Contrato | 1756 de 2015 |
| Nombre del Contratista: | CONSORCIO SUPERVISIÓN PLANES |
| Plazo de ejecución: | Cuarenta y Ocho (48) meses |
| Valor total contrato (incluyendo IVA) | \$ 7.689.344.554,00 |
| Fecha de iniciación: | 27 de enero de 2016 |
| Fecha de Terminación: | 26 de enero de 2020 |

Alcance del Contrato:

Mejoramiento del tramo entre SAN ANDRÉS (PR51+000) – GUACA (PR63+000).

Pavimentación en CONCRETO RÍGIDO de los Pasos Nacionales de SAN ANDRÉS (2KM) y GUACA (1KM).

Mejoramiento del PR15+770 al PR27+770.

Información financiera:

Vigencias futuras Contrato de Obra.

| AÑO | VALOR | MODIFICACIÓ N 1 | MODIFICACIÓ N 2 | MODIFICACIÓ N 3 |
|------|------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| 2016 | \$ 4.435.000.000 | \$ 4.275.000.000 | \$ 4.275.000.000 | \$ 4.275.000.000 |

| | | | | |
|-------|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| 2017 | \$ 12.950.000.000 | \$ 13.110.000.000 | \$ 25.310.000.000 | \$ 25.310.000.000 |
| 2018 | \$ 15.725.000.000 | \$ 15.725.000.000 | \$ 15.725.000.000 | \$18.725.000.000 |
| 2019 | \$ 56.266.281.033 | \$ 56.266.281.033 | \$ 44.066.281.033 | \$ 41.066.281.033 |
| TOTAL | \$ 89.376.281.033 | \$ 89.376.281.033 | \$ 89.376.281.033 | \$ 89.376.281.033 |

Vigencias futuras Contrato de Interventoría.

| AÑO | VALOR | MODIFICACIÓN 1 | MODIFICACIÓN 2 | MODIFICACIÓN 3 |
|-------|------------------|------------------|------------------|------------------|
| 2016 | \$ 565.000.000 | \$ 725.000.000 | \$ 725.000.000 | \$ 725.000.000 |
| 2017 | \$ 1.050.000.000 | \$ 890.000.000 | \$ 1.690.000.000 | \$ 1.690.000.000 |
| 2018 | \$ 1.275.000.000 | \$ 1.275.000.000 | \$ 1.275.000.000 | \$ 2.075.000.000 |
| 2019 | \$ 4.799.344.554 | \$ 4.799.344.554 | \$ 3.999.344.554 | \$ 3.199.344.554 |
| TOTAL | \$ 7.689.344.554 | \$ 7.689.344.554 | \$ 7.689.344.554 | \$ 7.689.344.554 |

Avance financiero

Contrato de Obra.

Ejecutado el 56% del valor total del contrato

Contrato de Interventoría

Ejecutado el 60% del valor total del contrato.

Avance físico.

MEJORAMIENTO DEL TRAMO ENTRE SAN ANDRÉS (PR51+000) GUACA (PR63+000).

Ejecutado: 93%.

Fecha de inicio de Intervención: 13 de Marzo de 2017.

Se avanza en trabajos de construcción de bordillos, cunetas y canales aplicación de sub-base, base granular, carpeta asfáltica y construcción del puente el Guamo.

PAVIMENTACIÓN EN CONCRETO RÍGIDO DE LOS PASOS NACIONALES DE SAN ANDRÉS (2KM) Y GUACA (1 KM).

Paso Nacional Guaca.

Ejecutado: 100%.

Fecha de finalización: 30 de mayo de 2017.

Valor de la Obra: \$ 2.451.204.947.

Paso Nacional San Andrés

Ejecutado: 38%.

Fecha de inicio de Intervención: 13 de Marzo de 2017.

Se realizó construcción de estructura de pavimento y andenes en concreto rígido.

La obra fue suspendida en octubre de 2017 por que el municipio no ha ejecutado las obras del plan maestro de acueducto y alcantarillado.

MEJORAMIENTO PR15+770 AL PR27+770.

Ejecutado: 32%.

Fecha de inicio de Intervención: 13 de Marzo de 2017.

Se avanza en trabajos de movimiento de tierra, construcción de obras hidráulicas, estabilización de taludes, construcción de muros de contención y cimentación del puente 1, 2 y 3.

MANTENIMIENTO DE LA VÍA (PR29+000 AL PR112+000).

Actualmente se realiza mantenimiento en el sector comprendido entre PR29+000 al PR112+000.

Las actividades que se desarrollan son conformación de la calzada existente y adición de material de afirmado en los sitios que lo requieran.

Con el fin de garantizar la transitabilidad y debido a la fuerte ola invernal, se han tenido que remover cerca de 57.307 m³ de material producto de derrumbes.

PAVIMENTACIÓN CONCRETO RIGIDO 300 m – MÁLAGA.

Ejecutado: 100%

Fecha de inicio de Intervención: febrero de 2018.

Fecha de Finalización: 10 de agosto de 2017.

SEGUNDO: En lo relacionado con el numeral tercero; el contrato 2066 de 2014, corresponde a un contrato de Administración Vial el cual se ejecutó y se encuentra liquidado y cuya copia se anexa.

El contrato 1765 de 2014, entre INVÍAS y la Cooperativa COOCEBA se encuentra ejecutado y liquidado y cuya copia se anexa. Sin embargo, el sector atendido por este contratista continúa atendido por el mismo mediante contrato No. 185 de 2019.

El convenio 1070 de 2014, referido por esa alta corporación, no existe, existió el contrato para el mantenimiento rutinario No. 1755 de 2014 suscrito entre Invías y Coouniprogreso, contrato ejecutado y actualmente liquidado y cuya copia se anexa. Sin embargo, el sector atendido por este contratista continúa atendido por el mismo mediante contrato No. 183 de 2019.

El convenio No. 014 de 2012, suscrito entre el Fondo Adaptación y el INVIAS, con fundamento en la información otorgada por la Subdirección de Prevención y Atención de Emergencias, del Invías, el mismo presenta un avance del 90%; con fundamento en el convenio a la fecha se encuentran en ejecución los contratos del

pueblo La Coloradita en Arauca, Yatí en Bolívar, obras hidráulicas en el río Sinú carretera San Bernardo del Viento Lorica; el mismo vence el 31 de diciembre de 2019.

Se anexa copia del memorando SPA 8864 del 15 de febrero de 2019.

TERCERO: En cuanto a la petición consagrada en el numeral cuarto del auto de pruebas, se allega la relación de los contratos suscritos desde el año 2013 con el propósito de ejecutar el Mejoramiento y Mantenimiento de la vía Los Curos – Málaga, anexando los respectivos soportes. Los contratos referidos, corresponden a los siguientes: Contrato No. 964 de 2013, ejecutado y liquidado, se anexa copia del acta de liquidación; contrato No. 1163 de 2015, ejecutado, se anexa copia del acta de entrega y recibo definitivo y el contrato No. 1639 de 2015 se encuentra en ejecución, se anexa copia del contrato e informe de Interventoría del mes de enero de 2019 (Un CD) [...]”.

En este estado de cosas, es posible arribar a la conclusión consistente en que los argumentos esgrimidos en sede de apelación por la entidad no están llamados a salir avantes, pues se itera, de conformidad con el acervo probatorio arriba enseñado, resulta ostensible y notorio para la Sala que el estado de la vía, en general, es crítico; vetusto, inseguro, con altos índices de riesgo así como de accidentalidad y, que su pavimentación total, no se ha podido llevar a cabo en su totalidad y a satisfacción.

Prueba de ello, sin ir más lejos, consta en la totalidad de los informes, oficios y visitas técnicas allegadas a esta Corporación, en virtud del auto popular de mejor proveer, por parte de las Alcaldías y autoridades administrativas de los municipios de Molagavita, Málaga, Guaca, San Andrés y Santa Bárbara (Santander)¹¹¹ que, ciertamente, dan fe del precario estado actual de la vía en comento y que líneas arriba se ilustraron.

Lo anterior, de igual manera, se puede constatar con el memorando No. I-2019-000542, elaborado por el Asesor III S.G.- del Equipo de Trabajo Sectorial Transporte del Fondo de Adaptación, de fecha 22 de enero de 2019¹¹², donde enseñó e instruyó de forma clara la problemática que aquí se zanja.

Aunado a ello, y de la lectura detallada de los contratos y convenios que arriba se esbozan, su objeto contractual, así como las diferentes obligaciones y cargas asumidas por las partes, resulta claro en esta etapa que, en efecto, recaen en cabeza del INVIAS los especiales deberes y funciones de gerenciar la administración vial de las carreteras nacionales primarias; velar por su mantenimiento y rehabilitación rutinaria, entre otros deberes y cargas que le conciernen, aunando esfuerzos junto con el Fondo de Adaptación.

Por último, y si bien la entidad también aseveró en su alzada, que: “[...] ordenar al INVÍAS que, dentro de los tres (03) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia, formule un proyecto para la gestión del riesgo en la vía Los Curos – Málaga, se determine un cronograma de ejecución y fecha de culminación de su pavimentación total, implica minimizar el riesgo y la realización de una serie de estudios cuya ejecución es imposible en tan limitado tiempo [...]”¹¹³, no es de recibo para este juez popular que la mentada entidad pretenda evadir su responsabilidad, en el sub iudice; pues la normatividad que reglamenta las competencias administrativas de la red vial nacional primaria en cabeza del

¹¹¹ Visibles a folios 1607 a 1613, 1625 a 1629, 1630 a 1635, 1640 a 1644, 1648 a 1652, 1653 a 1682, 1703 a 1712 y 1713 a 1771 del expediente constitucional.

¹¹² Folios 1615 a 1623 del cuaderno anexo No. 4 de la causa popular.

¹¹³ *Ibidem*, folios 1044 a 1056 del expediente.

INVIAS114, es clara y contundente en señalar que, sin lugar a dudas, es deber de este ente elaborar los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias y demás obras que requiera la infraestructura de su competencia.

Pues tal y como se ha esbozado en precedencia, y al tenor de la normativa pertinente en la materia, es dable concluir que la vía objeto de litigio pertenece al INVIAS, y por tanto, es ésta entidad la llamada a responder en cuanto a su respectivo mantenimiento, construcción, sostenimiento, mejoramiento, rehabilitación, conservación y, no menos importante, atención de emergencias, a la postre.

En ese entendido, la Sala observa que, aun cuando el INVIAS defiende en su escrito de apelación el buen estado de la vía, su transitabilidad, seguridad y fiabilidad para quienes por allí transitan, lo cierto es, que acorde al grupo de pruebas pertinentes allegadas al expediente constitucional, es dable concluir que aún se encuentran labores pendientes e inconclusas para efectos de adecuar la totalidad de ese tramo vial; de modo que su tránsito sea seguro. Así pues, no existe duda para la Sala, que aún se presenta inestabilidad y posible riesgo de derrumbe y que, aunado a lo anterior, tampoco se tiene claridad sobre una fecha cierta y precisa para su pavimentación total.

En ese entendido, la conducta desplegada por dicho ente en lo que a la atención de riesgos en la vía objeto de debate así como la entrega de su pavimentación total concierne (acorde con la normativa citada de forma precedente y los deberes legales que le atañen¹¹⁵), permite vislumbrar que sí transgredió derechos y garantías de naturaleza colectiva de los habitantes de la provincia de García Rovira.

De manera que, y en resumen, la red vial primaria comprende aquellas troncales, transversales y accesos a capitales de departamento que cumplen la función básica de integración de las principales zonas de producción y consumo del país, y de éste con los demás países, debiendo siempre funcionar pavimentadas; y, claramente y en primer orden, se encuentran a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, en el evento en que estas no hayan sido concesionadas¹¹⁶.

Visto lo anterior, y a juicio de la Sala, sí existió una transgresión de los derechos e intereses colectivos referentes a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la defensa del patrimonio público, los cuales fueron amparados por el a-quo, en su decisión apelada de 28 de junio de 2017.

XIII.1.3. Apelación del actor popular y del coadyuvante de la parte actora:

De otra parte, y en cuanto a los argumentos presentados en sede de apelación por parte del actor y del coadyuvante de la parte demandante, la Sala observa lo siguiente:

El actor popular, señor Velandia Rojas, acusó en su escrito de alzada no estar de acuerdo con el hecho de que el Tribunal de primer grado no fijara una fecha cierta de entrega de la totalidad de la vía pavimentada pues, en su sentir, el fallo apelado "(...) no se ajusta a la situación fáctica del presente proceso (...)". Al efecto, es

¹¹⁴ Ver Decreto No. 2618 de 2013 - *"Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y se determinan las funciones de sus dependencias"*.

¹¹⁵ Relacionados en el acápite concerniente al marco normativo que reglamenta las competencias administrativas de la red vial nacional primaria.

¹¹⁶ Para lo cual, habrá que analizar cada caso en concreto.

pertinente aclarar, que en tratándose de obras y proyectos de naturaleza tan compleja (que inclusive involucran la puesta en peligro y/o amenaza constante de derechos colectivos) y que, por su grado de complejidad, no permiten establecer una fecha y/o término preciso para su culminación, considera la Sala que no es jurídicamente posible ni fácticamente razonable impartir órdenes de manera tajante; pues resulta más prudente y razonado, que en el sub examine, se haga un llamado y se ordene a las respectivas entidades que, de manera coordinada, regularizada y sistematizada, y en el marco de sus competencias, adopten y efectúen las medidas pertinentes y necesarias para efectos de lograr, a toda costa y a la mayor brevedad posible, la pavimentación total de la vía, así como también, dar solución a la problemática esbozada en relación con los tres (3) puentes antes referidos.

Aquí, la Sala considera pertinente destacar, el memorial electrónico allegado por el actor popular, señor Velandia Rojas, de 10 de mayo de 2019¹¹⁷, que remite dos respuestas dadas por parte de un Asesor III – Sectorial Transporte del Fondo de Adaptación (de fechas 4 de abril y 10 de mayo de 2019), frente a dos derechos de petición por él elevados, ante la referida entidad. En dichas respuestas se le comunicó, en líneas generales, lo que a continuación se enseña:

“[...] Respetado Señor Velandia,

En atención al derecho de petición en el cual solicita información, a continuación se da respuesta a cada uno de los puntos:

1. "Se me informe el estado actual del avance de la obra del puente conocido como HISGUARA en San Andrés Santander, es decir, la fecha real de la apertura y puesta en servicio o si en su defecto, sí fue a convocado Tribunal de Arbitramento por incumplimiento del contrato”.

RESPUESTA: El contrato No. 285 de 2013, terminó su plazo contractual el 31 de agosto de 2018, sin embargo el contratista de la obra SACYR CONSTRUCCIÓN S.A., no entregó al 100% la obra con las especificaciones técnicas requeridas, por tal razón la firma interventora Estudios Técnicos y Asesorías S.A. no ha recibido a satisfacción dicho puente.

De lo anterior se concluye que el contratista de obra SACYR CONSTRUCCION S.A., no culminó todas las actividades contractuales en el plazo del contrato. El Fondo citó a audiencia con fines de declaratoria de incumplimiento, efectividad de cláusula penal y de la garantía de cumplimiento, la cual fue suspendida con ocasión de una medida cautelar solicitada por SACYR ante el Tribunal de Arbitramento establecido para solucionar las controversias generadas en el marco del contrato de obra 285 de 2013; dicha instancia, mediante Auto 11 del 3 de septiembre de 2018 (se anexa) ordenó:

“Ordenarle al FONDO ADAPTACIÓN que se abstenga de proferir pronunciamiento de fondo que verse o tenga por objeto emitir un juicio de valor sobre si SACYR ha incumplido las obligaciones que le correspondían según lo dispuesto en el Contrato No. 285 de 2013 suscrito entre las partes, bien en el curso de un proceso sancionatorio o en un proceso tendiente a declarar el incumplimiento del contrato, hasta tanto se profiera el laudo que ponga fin a las controversias que son objeto de este proceso y el mismo se encuentre debidamente ejecutoriado”.

Adicionalmente, producto del proceso constructivo desarrollado por el Contratista, se presentó una sinuosidad en el tablero del puente generando deformaciones no

¹¹⁷ Folios 1828 a 1836 del cuaderno anexo No. 5 del expediente constitucional.

esperadas en la rasante que son de público conocimiento, es decir, no alcanzó las cotas de diseño para construcción.

Como corrección de la situación presentada el contratista de obra propuso la instalación de elementos nivelantes, la cual fue aprobada por parte de la Interventoría; esta situación generó que se incluyera en la estructura carga muerta, esto es, un peso adicional al propio con el que fue diseñada.

Así mismo, se han identificado unas eflorescencias en la parte inferior del tablero, por lo que la interventoría y el INVIAS han solicitado la elaboración de un estudio de patología que permita determinar si se presentan fisuras abiertas y si es requerido algún tratamiento.

El FONDO, teniendo en cuenta las características geométricas y estructurales que hoy presenta el puente, de sus implicaciones para efectos del recibo de la obra, teniendo en cuenta entre otros los aspectos de seguridad, transitabilidad, operatividad, durabilidad y mantenimiento, se encuentra efectuando diferentes actividades en etapa de liquidación del contrato para verificar y garantizar la eficacia del mismo.

De acuerdo con lo anterior, no es posible indicar la fecha de culminación o posible recibo del puente por parte de la Interventoría y del INVIAS, así como la puesta en funcionamiento por parte del Instituto como Entidad operadora del mismo, hasta tanto no se cuente con la información que permita al FONDO realizar las acciones correspondientes para salvaguardar el patrimonio público.

Es así que, hasta tanto no se resuelva la medida cautelar interpuesta en el Tribunal de Arbitramento, de la cual el Fondo solicitó el levantamiento y que a la fecha el tribunal no se ha manifestado en última instancia, no es posible determinar el mecanismo jurídico que llevará a cabo el FONDO por el presunto incumplimiento del contrato.

[...]

1.3. “Se indique, precise o señale quien se encarga actualmente de su mantenimiento por el no uso durante estos siete meses”.

RESPUESTA: Como se informó en el numeral 1, la obra no ha sido recibida por parte de la interventoría y del INVIAS, por tal razón no se ha puesto en operación; si se da un recibo de la obra el contratista debe entregarla con todas las condiciones técnicas requeridas.

Es así que, sí se requiere algún tipo de mantenimiento de la infraestructura construida, éste se encuentra a cargo del contratista de obra, hasta tanto no sea recibida la misma.

1.4. “Se indique, precise o señale que otro tipo de pruebas técnicas, específicas tiene pendiente el puente el Hisgaura y la fecha presenta para conocer sus resultados”.

RESPUESTA: De acuerdo con lo informado a la fecha, por parte de la interventoría y del INVIAS se encuentra pendiente la evaluación patológica enfocada en el tablero, aún no se cuenta con fecha de realización y entrega de resultados.

Así mismo, se requirió el ensayo de Resistencia al Deslizamiento con el Péndulo Británico (Norma INV E-792-2013), el cual de acuerdo con lo informado por parte

de la Interventoría y Contratista debe realizarse una vez se ponga en operación el puente.

1.5. “Se indique, precise o señale si con la convocatoria por el no cumplimiento del contrato se ha dispuesto no recibir el puente hasta la resolución final por el órgano judicial, así dispuesto”.

RESPUESTA: Como se informó en el numeral 1, la obra no ha sido recibida por parte de la interventoría y del INVIAS, por que no se han cumplido con todas las condiciones técnicas requeridas. A la fecha, no se ha dispuesto de ningún órgano judicial para el recibo del Puente.

“1.6. Se indique, precise o señale cuáles serán las acciones legales, contractuales, judiciales o extrajudiciales que se ejerza en contra del Contratista Eta-interventor, por no advertir a tiempo y en su debido momento, sobre las múltiples y presuntas fallas que presenta”.

RESPUESTA: La interventoría ejecutada por parte de Estudios Técnicos y Asesorías S.A., se desarrolla en el marco del contrato No. 219 de 2016, el cual no ha sido recibido por parte del FONDO y del INVIAS y se encuentra en estado de terminado sin recibo y en etapa de liquidación; de determinarse algún incumplimiento de las obligaciones contractuales se iniciaran por parte del Fondo las acciones administrativas y judiciales que haya lugar.

[...]

“2.2. Se me informe los nombres de los funcionarios que llevan actualmente a cabo la fase de tribuna de arbitramento, la etapa que se encuentra procesalmente, y cuanto leva el proceso en esa instancia dentro de la convocatoria de los contratos de la Judía y el Sitio Crítico 43 de la vía los cueros Málaga”.

RESPUESTA: En la actualidad se encuentra en curso ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá un Tribunal de Arbitramento que se tramita bajo el Radicado 5475, el cual fue convocado por SACYR SUCURSAL COLOMBIA S.A. contra el Fondo Adaptación y tiene por objeto dirimir las controversias surgidas con ocasión de la ejecución del Contrato No. 285 de 2013 celebrado entre SACYR construcción S.A. Sucursal Colombia y el Fondo Adaptación para la atención de tres sitios críticos de la vía Los Cueros Málaga, a saber: Hisgaura, La Judía y Pangote (Sitio Crítico 43), que serían atendidos construyendo puentes. Para la defensa de los intereses del FONDO ADAPTACIÓN, en el marco del Tribunal de Arbitramento, se contrató con una firma de abogados externa SUÁREZ BELTRÁN & ASOCIADOS, Abogados Consultores, como apoderado del FA, quien informan lo siguiente en relación del estado procesal del Tribunal:

“(...)

El Tribunal de Arbitramento se adelanta en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sede ubicada en la Calle 76 # 11-52, de la ciudad de Bogotá, D.C.

Los árbitros designados son los Doctores FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES (Presidente del Tribunal), EDUARDO FONSECA PRADA y FERNANDO SILVA GARCIA,

La Secretaria del Tribunal es la Doctora PATRICIA ZULETA GARCIA.

Frente a la última parte de la pregunta, si bien no es clara, en tanto en el proceso arbitral NO hay Instancias, ponemos en todo caso de presente que, desde el 29 de enero de 2018, el proceso se encuentra en etapa probatoria. En esta etapa se

practican las pruebas decretadas por el Tribunal de Arbitramento, las cuales se refieren a los tres puentes (Hisgaura, La Judía y Sitio Crítico 43 o Pangote). Aclaremos que proceso arbitral es UNO SOLO, es decir, que en el mismo se adelantan pretensiones y excepciones relativas a los tres puentes atrás referenciados, razón por la cual, no nos es posible pronunciarnos de manera independiente sobre los puentes La Judía y Sitio Crítico 43 (el proceso arbitral para las pretensiones y excepciones relativas a los tres puentes se encuentra en etapa probatoria) (...).”

[...]

3. Aunado a lo anterior, se indica que las garantías que amparan la estabilidad de la obra del contrato en cuestión, se encuentran a favor del INVIAS. Es así que, quien tiene la competencia y debe requerir al contratista para que se efectúen los arreglos, es el INVIAS, toda vez, que el Instituto es el operador de toda la infraestructura que hace parte de la red nacional y cuenta con las herramientas legales para proceder en el caso de que se presente un siniestro por estabilidad en esas obras.

Cabe resaltar, que el Fondo Adaptación dio traslado del informe de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio al Instituto Nacional de Vías INVIAS, con el fin que se dé inicio al proceso de reclamación.

“4. En atención a las obras, partiendo de los puntos de referencia PR 12, 13 y 15 (PR) 35 + 383, PR 38+485, en donde la obra realizada por el Fondo Adaptación presenta nuevamente fallas y está dejando en riesgo la vida de los transeúntes y de los conductores de vehículos al igual que en los otros puntos ya recibidos, pero que la falla persiste. Es decir, las obras realizadas en la vía los Curas Málaga, no están cumpliendo con su objeto social, sino por el contrario, se están perdiendo los recursos y se está colocando en inminente riesgo la vida de las personas. De acuerdo a la prueba anexa.”

RESPUESTA: En atención a su solicitud, se requiere que la misma sea más específica en la ubicación de los sitios críticos en cuestión, teniendo en cuenta que en los PR mencionados (12, 13, 15 35+383, 38+484), no se realizaron obras por parte de los contratos desarrollados por el Fondo Adaptación.

Es importante mencionar que en el corredor vial Málaga Los Curos, se han realizado obras para la atención de sitios críticos tanto por el Fondo Adaptación como por el INVIAS.

[...]

4. “Sírvese convocar a los contratistas, aseguradoras y al INVIAS, frente a las obras PR 35 +383 PR 38+485 en donde la obra realizada por el Fondo Adaptación presenta nuevamente fallas y está dejando en riesgo la vida de los transeúntes y de los conductores de vehículos al igual que en otros puntos ya recibidos, pero que la falla persiste. RESPUESTA: En relación a su solicitud, le informo que el FONDO ha realizado diferentes acciones a través del área de incumplimientos de la Entidad, con el fin de resolver la problemática presentada en cada uno de los Sitios y así mismo poder realizar los procesos jurídicos que permitan hacer efectivos los amparos de estabilidad y calidad que respaldan las obras mencionadas. [...]” (Negrillas y subrayas de la Sala)

De otro lado, si bien el actor popular, en su escrito de apelación, refutó que solo se “exhortó” al Fondo de Adaptación para efectos de que continuara tomando las decisiones necesarias para la construcción de los puentes Hisguara, La Judía y Punto Crítico (o Sitio Crítico) 43, la Sala concretará aún más dicha orden (prevista

en el numeral sexto de la sentencia apelada), y la adicionará; en el sentido de disponer que también al INVIAS, en lo que a sus competencias se refiere, continúe tomando las decisiones necesarias y realizando las gestiones pertinentes al interior del contrato de obra No. 285 de 2013, para efectos de la construcción, edificación y entrega de los tres (3) puentes denominados La Judía, Hisguara y Sitio Crítico (SC) 43 – Pangote, y una vez sea resuelta de fondo la controversia contractual sometida al Tribunal de Arbitramento en Cámara de Comercio de Bogotá, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

Cabe recalcar que si bien de conformidad con el material probatorio arriba referido, es posible vislumbrar que las entidades accionadas han realizado algunas gestiones y tareas (dentro de su marco de acción) tendientes o encaminadas a mitigar la problemática vial que aquí se presente (así como la vulneración de los derechos colectivos que se dicen transgredidos en la demanda), es dable concluir que, aun son apremiantes las necesidades de lograr una pavimentación total y de dar una solución integral a la situación padecida en la vía en comento; y en ese orden de ideas, la problemática que aquí se suscita, no puede ni debe escapar de la órbita de éste Juez constitucional quien, ciertamente, debe tomar las medidas pertinentes en el asunto de la referencia.

Resalta la Sala que en atención a los escritos dirigidos por el actor popular al despacho del Magistrado Sustanciador, visibles de folios 1828 a 1836 del expediente, en los que solicita que al momento de emitir sentencia se pronuncie respecto del estado del puente La Hisguara, se observa que al tenor de las pretensiones elevadas en el líbello introductorio, dichos aspectos no fueron puestos de presente ni involucrados en el mismo. Sin embargo, cabe resaltar que el Fondo de Adaptación, al darle respuesta a los derechos de petición le pone de presente al hoy accionante que, en relación con dicha obra se han presentado incumplimientos contractuales por parte del contratista que hoy están siendo objeto de controversia ante un tribunal de arbitramento.

La Sala de Decisión, adicionalmente negará el reconocimiento del incentivo económico perseguido por el actor popular, pues bien es sabido que, tal y como lo precisó el Tribunal, el reconocimiento del mismo no procede toda vez que el artículo 34 de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998 fue derogado en forma tácita por el artículo 2º de la Ley 1425 del 29 de diciembre de 2010¹¹⁸.

Además, es de anotar que la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 3 de septiembre de 2013¹¹⁹, unificó el criterio jurídico según el cual, después de la expedición de la Ley 1425 de 2010, no resulta procedente el reconocimiento de este estipendio en favor del actor popular, habida consideración de la derogación de las normas que le servían de fundamento, aun en el evento en que el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos se hubiere incoado con anterioridad a la expedición de la Ley mencionada. En ese sentido, la Sala confirmará lo resuelto por el Tribunal en lo relacionado con el incentivo.

Lo anterior se ratifica con la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección “A”, del 15 de marzo del 2017 donde, entre otros aspectos, ésta Corporación adujo¹²⁰:

¹¹⁸ “Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo.”

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de septiembre tres (03) de dos mil trece (2013), radicado No.170013331001200901566 01.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección “A”, sentencia del 15 de marzo de 2017, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, radicado No. 68001-23-31-000-2011-00148-01 (AP).

“[...] Para la Sala no existe el menor asomo de duda acerca del deber que le asiste en el sentido de tener que negar el incentivo solicitado por la parte actora, puesto que en contra de sus argumentos emergen con contundencia todas las razones que sirvieron de soporte a la postura jurisprudencial adoptada recientemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2013, mediante la cual en virtud del mecanismo eventual de revisión se señaló la improcedencia de reconocer el incentivo económico a partir de la vigencia de la Ley 1425 de 2010 que derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, a través de los cuales se reconocía dicho estímulo [...]” (Subrayas de la Sala)

Es así como se concluye que el incentivo solicitado por el señor Velandia Rojas y el Coadyuvante, no procede de acuerdo con lo transcrito. Por los anteriores fundamentos, se considera que el fallo del a-quo está llamado a ser confirmado en lo que a este asunto respecta.

Por último, y en relación con la condena en costas en materia de acciones populares, el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 preceptúa lo siguiente:

“[...] Artículo 38. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar. [...]” (negrillas fuera de texto)

En ese orden, dicha remisión a la legislación procesal general obliga a tomar en consideración las reglas establecidas en materia de costas por el Código de Procedimiento Civil. Al respecto el numeral 9º del artículo 392 del CPC, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, dispone lo siguiente:

“[...] ARTÍCULO 392. CONDENA EN COSTAS. <Artículo derogado por el literal c) del artículo [626](#) de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo [627](#)> <Artículo modificado por el artículo [42](#) de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. [...]”

El estudio de estas disposiciones permite afirmar que la condena en costas es procedente en las acciones populares cuando el proceso culmina con sentencia total o parcialmente estimatoria de las pretensiones de la demanda y en el proceso aparece probada su causación.

Pues bien, y a propósito de lo anterior, en reciente sentencia popular dictada por la Sección Primera de esta Corporación, de 21 de febrero de 2019 (y con ponencia del doctor Oswaldo Giraldo López), y en lo que al tema concerniente a la condena

en costas y gestiones realizadas por la parte actora se refiere, se puso de presente, entre otros aspectos, que¹²¹:

“[...] VI.2. Condena en costas

Para resolver la inconformidad planteada por el apelante frente a la condena en costas, es necesario explicar el marco normativo y jurisprudencial que tienen las mismas en las acciones populares y, posteriormente, examinar si en el caso bajo examen se encuentran acreditadas para su reconocimiento.

VI.2.1. Costas en acciones populares

En materia de condena en costas en acciones populares, el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, establece: “El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”. (Se destaca)

Como se desprende de lo anterior, las reglas aplicables a las costas en acción popular resultan ser las contenidas en el cuerpo normativo de procedimiento civil vigente, que actualmente resultan ser aquellas establecidas en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que regula esta materia en su integridad cuando la parte vencida en la acción popular es la demandada. Luego, no es acertado sostener que para la condena en costas en acciones populares se aplica el artículo 188 del CPACA, el cual establece que no habrá lugar a condena en costas en los procesos en los que se debata un asunto de interés público.

Las normas del procedimiento civil (Ley 1564 de 2012) que han de ser tenidas en cuenta establecen:

“Artículo 361. Composición. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes.

Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...)” (Se destaca)

El artículo 366 del mismo ordenamiento, sobre la liquidación de las costas, precisó:

“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o

¹²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de febrero de 2019, exp. No. 68001-23-33-000-2014-00262-01, Actor: Martín Alberto Sarmiento Suárez (C.P. Oswaldo Giraldo López).

notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

[...]

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo (...)” [...]. (Se destaca)

En cuanto a la definición de costas y agencias en derecho, la Sala, en sentencia de 18 de febrero de 2016¹²², con ponencia de la Magistrada María Elizabeth García González sostuvo:

“[...] Es preciso recordar que las costas constituyen la erogación económica que debe efectuar la parte vencida en un proceso judicial, y están conformadas tanto por las expensas como por las agencias en derecho. Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintas al pago de apoderado, esto es, los impuestos de timbre, los honorarios de los auxiliares de la justicia, y en general todos los gastos surgidos en el curso de aquel. Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora que pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho [...]”. (Negrillas de la Sala de Decisión)

La Corte Constitucional, por su parte, y en sentencia de constitucionalidad C-157 de 2013, precisó:

“[...] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra [...]” (Negrillas por fuera de texto original)

Como puede apreciarse, un elemento importante para el reconocimiento de las costas, es que las mismas se encuentren debidamente acreditadas en el proceso. Otro elemento corresponde al destinatario de ellas que, como se indica, es quien resulta vencido en el proceso, ya sea que haya sido inicialmente demandado o

¹²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Rad. Núm.: 17001-23-31-000-2012-00321-02(AP). M.P. María Elizabeth García González.

demandante, o que haya sido vinculado posteriormente, precisamente por los efectos que contra él tendría la sentencia respectiva¹²³.

Ahora, es importante precisar para el caso concreto que, para el reconocimiento de las agencias en derecho, no necesariamente se debe actuar por intermedio de apoderado judicial. El referido artículo 366 numeral 3 del CGP prevé: “La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.” (Se destaca)

Por su parte, el numeral 4º del artículo en comento, prevé: “Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.” (Negrillas de la Sala)

Las agencias en derecho constituyen la cantidad que el juez debe ordenar para el favorecido con la condena en costas, con el fin de resarcirle los gastos que tuvo que afrontar para pagar los honorarios de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a esta actividad.

En este sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 18 de febrero de 2016¹²⁴ en una acción popular, reiteró:

“[...] En relación con las costas y agencias en derecho, esta Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia de 25 de julio de 2013¹²⁵, en la que se consideró lo siguiente:

“Es preciso recordar que las costas constituyen la erogación económica que debe efectuar la parte vencida en un proceso judicial, y están conformadas tanto por las expensas como por las agencias en derecho. Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintas al pago de apoderado, esto es, los impuestos de timbre, los honorarios de los auxiliares de la justicia, y en general todos los gastos surgidos en el curso de aquel. Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora que pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho.” [...]” (Negrillas y subrayas de la Sala)

Como puede apreciarse, la agencias en derecho no solamente se reconocen en favor de profesionales del derecho, sino también en favor de aquellas personas que sin ser abogadas realizaron actuaciones propias de un proceso judicial, tales como la presentación de recursos, incidentes alegaciones etc.

En ese orden de ideas, y como la Sala observa que el demandante, señor Velandía Rojas, a lo largo del curso del proceso acreditó la causación de expensas correspondientes a las agencias en derecho o algún otro reconocimiento

¹²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de febrero de 2019, exp. No. 68001-23-33-000-2014-00262-01, Actor: Martín Alberto Sarmiento Suárez (C.P. Oswaldo Giraldo López).

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá, D. C., dieciocho 18 de febrero de dos mil dieciséis (2016), Consejera Ponente: María Elizabeth García González, radicación número: 2012-00321-02., actor: Javier Elías Arias Idárraga.

¹²⁵ Expediente Núm. 2010-00436. Consejero Ponente, Marco Antonio Velilla Moreno.

económico al que hubiere lugar, se considera que existen razones para reconocer las costas procesales en su favor, a la postre.

XIII.2. Conclusiones generales de la Sala de Decisión en torno a la totalidad del acervo probatorio allegado a la presente causa popular objeto de estudio.

Pues bien, en primer lugar, y luego de un análisis conjunto, completo, integrado así como actualizado del acervo probatorio allegado a la presente causa que aquí se estudia (y que resulta de capital importancia para efectos de la decisión que éste Juez constitucional de segundo grado adoptará), la Sala puede arribar a la conclusión ineludible de que, en efecto, la vía primaria del orden nacional “Los Curos – Málaga”, es una de las principales vías de la provincia de García Rovira - Santander, la cual se encuentra conformada por trece (13) municipios¹²⁶.

Acorde al estudio íntegro de las pruebas documentales, así como de los diferentes peritazgos, informes, conceptos, oficios, estudios, y demás elementos probatorios arribados al proceso¹²⁷, resulta evidente y palmario que la mentada vía se encuentra en precarias condiciones, puesto que de los ciento veintitrés (123) kilómetros de extensión que ella ostenta, no se ha logrado ni mucho menos efectuado a plenitud una pavimentación total de la misma; persistiendo sectores en vía destapada compuestos de tierra, arena, recebo y grava que, como consecuencia conexas, han supuesto e implicado un riesgo constante y latente a la vida y los derechos colectivos de quienes por allí transitan y/o circulan a diario. Aunado a lo anterior, y en su momento, en virtud del fenómeno de La Niña (ocurrido en los años 2010 a 2011), se identificaron más de cincuenta (50) puntos críticos de la mentada vía, y que pese a su intervención, ha sido mayor la demora en los trabajos y obras que la efectividad para su culminación. Sumado a ello, si bien hay sectores de la vía que ya se encuentran pavimentados, o en proceso de pavimentación, sus condiciones son vetustas y se encuentran en mal estado por falta de un debido mantenimiento regular.

En segundo lugar, es cierto que, tanto el Fondo de Adaptación como el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, fueron concientes de la problemática de la vía Los Curos – Málaga; tan es así que, a su turno, celebraron diversos contratos a fin de dar solución a sus puntos críticos, planeándose inclusive la construcción de tres (3) puentes o viaductos vehiculares como solución definitiva, los cuales, al momento de la presentación de la demanda ya contaban con retraso en su ejecución y, a la fecha, no se encuentran culminados en su totalidad. Inclusive, la construcción u obra de dos (2) de ellos se encuentra suspendida, y aún pendiente de entrega, desde el año 2018, respectivamente, y no se han recibido a satisfacción.

La referida problemática, como consecuencia, ha obligado a los habitantes de la provincia de García Rovira, a tener que soportar viajes extensos y demorados a lo largo de los ciento veintitrés (123) kilómetros de extensión, aunado a los daños conexos sufridos por los vehículos, sobrecostos en fletes y gasolina, detrimento del comercio y el tráfico jurídico y complicaciones en lo que al acceso a los sistemas y servicios de salud se refiere. Esta situación, en consecuencia, ha generado la afectación palpable y evidente de algunos derechos e intereses colectivos (relacionados con la seguridad pública, la prevención de desastres previsibles técnicamente y la defensa del patrimonio público), de los habitantes de

¹²⁶ Y que, así mismo, funge como ruta principal para poder acceder a los municipios de Santa Bárbara, Guaca, San Andrés, Molagavita, Málaga, Concepción, Cerrito, Capitanejo, San José de Miranda, Carcasí, San Miguel, Macaravita y Enciso (Departamento de Santander).

¹²⁷ Y en ejercicio de una valoración al tenor de los presupuestos de la sana crítica.

la provincia de García Rovira – Santander que, inclusive hoy día, persiste y perdura.

En ese entendido, y en consideración a esta circunstancia, la Sala considera que fue acertada la decisión que en su momento adoptó el a-quo, en su proveído apelado de primer grado de 28 de junio de 2017; pues la transgresión y vulneración a los derechos colectivos concernientes a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la defensa del patrimonio público¹²⁸ efectivamente existió y, aún se presenta en la actualidad, con ocasión del mal estado de la vía “Los Curos – Málaga”. Así, con todo lo anteriormente expuesto, no se observa de manera clara una vulneración a las garantías que el actor y el coadyuvante afirman como vulnerados en su escrito de alzada, esto es, los relacionados con el goce de un ambiente sano y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

Contrario sensu, y a juicio de la Sala, sí es posible observar en el sub examine, y en adición, una trasgresión clara al derecho colectivo referente al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público¹²⁹; ello, por cuanto al tenor del material probatorio allegado a la presente causa popular, se puede observar que el frágil e inestable estado de la vía, en definitiva, merma o dificulta a los transeúntes en el ejercicio adecuado y pleno de su derecho colectivo. En ese orden de ideas, la Sala confirmará el amparo de los derechos e intereses colectivos arriba referidos, por las razones expuestas en precedencia y, además, protegerá constitucionalmente la mencionada garantía colectiva, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

XIII.3. Órdenes concretas a impartir

Con fundamento en todo lo señalado en precedencia, ésta Sala de Decisión procederá a modificar la parte resolutive de la sentencia de 28 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de conformidad con las siguientes consideraciones:

La Sala, además de amparar los derechos y garantías colectivas que fueron protegidas constitucionalmente por el a quo en su decisión de primer grado, ordenará el amparo del derecho concerniente al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público¹³⁰, por los motivos indicados en precedencia.

La Sala dispondrá que, y toda vez que en la actualidad se encuentran en ejecución el contrato de obra No. 1639 de 2015¹³¹, el contrato de interventoría No. 1756 de 2015¹³² y el convenio interadministrativo marco No. 014 del 31 de mayo de 2012¹³³, se ordene tanto al INVIAS como al Fondo de Adaptación que

¹²⁸ Previstos en los ordinales e), g) y l) del artículo 4º de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998.

¹²⁹ Plasmado en el numeral d) del artículo 4º de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998.

¹³⁰ Previsto en el literal d) del artículo 4º de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998.

¹³¹ *Objeto: Mejoramiento, Gestión Predial, Social y Ambiental de la Carretera Málaga Los Curos en el Departamento de Santander para el Programa “Vías para la Equidad” - Módulo 3. Estado: En ejecución. Fecha de terminación: 26 de enero de 2020.*

¹³² *Objeto: Interventoría para el Mejoramiento, Gestión Predial, Social y Ambiental de la Carretera Málaga Los Curos en el Departamento de Santander para el Programa “Vías para la Equidad”. Estado: En ejecución. Fecha de terminación: 26 de enero de 2020.*

¹³³ *Objeto: Objeto: Anuar Esfuerzos para el Desarrollo y Ejecución del Proyecto Grandes Proyectos Sitios Críticos de la Red Vial Nacional No Concesionada Afectados por el Fenómeno de La Niña 2010-2011. Suscrito entre el Fondo Adaptación y el Instituto Nacional de Vías INVIAS.*

efectúen las actividades correspondientes para dar cumplimiento a los contratos objeto de la presente acción popular; y en caso de ya haber iniciado las acciones pertinentes, se dé el impulso respectivo a tales actuaciones para lograr el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por los contratistas, así como la terminación de las obras contratadas y, a su vez, que comiencen las obras faltantes y demás que sean necesarias¹³⁴.

En vista que las obras en mención no se pueden terminar en forma inmediata, como mecanismo transitorio y para efectos de conjurar la amenaza y/o riesgo, mientras se precisan y establece la planeación las mismas, el INVIAS (ente que en la actualidad se encuentra a cargo de la vía objeto de la litis), deberá adoptar las medidas pertinentes para efectos de garantizar el cruce de peatones en el kilómetro 94 + 940, ubicado en jurisdicción del municipio de Santa Bárbara – Santander.

La Sala también concretará la orden dictada en el numeral 6º de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenarle al INVIAS que, en lo que a sus competencias se refiere, continúe tomando las decisiones necesarias y realizando las gestiones pertinentes al interior del contrato de obra No. 285 de 2013¹³⁵, para efectos de la construcción, edificación y entrega de los tres (3) puentes denominados La Judía¹³⁶, Hisguara¹³⁷ y Sitio Crítico (SC) 43 - Pangote¹³⁸; una vez sea resuelta de fondo la controversia contractual sometida al Tribunal de Arbitramento en Cámara de Comercio de Bogotá.

Por último, y en virtud de que la problemática objeto de controversia se ha extendido durante más de cuatro (4) años¹³⁹, sin que las autoridades competentes hayan demostrado voluntad real de cumplir con sus competencias respectivas en aras de garantizar el ejercicio efectivo y oportuno de los derechos constitucionales de los habitantes de la provincia de García Rovira – Santander, la Sala encuentra necesario que, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, se conforme un comité para la verificación del cumplimiento de las órdenes emitidas por el Tribunal. Por tal razón, la Sala adicionará un ordinal a la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

“DECIMOSEGUNDO: Conformar un comité para la verificación del cumplimiento de lo decidido, el cual estará integrado por el Tribunal Administrativo de Santander a través de su magistrado ponente, quien lo presidirá; por el señor Danil Román Velandia Rojas, en su calidad de actor popular, por el señor Edgar Leonardo Velandia Rojas, en su calidad de coadyuvante de la parte actora; por las Alcaldías Municipales de Málaga, Molagavita, San Andrés, Guaca y Santa Bárbara; por el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS; por el Fondo de Adaptación; y por el Ministerio Público, de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, quienes harán seguimiento a lo ordenado en el fallo e informarán sobre las acciones que se adopten y ejecuten”.

En todo lo demás, y como es natural, se dejará incólume el contenido de la parte resolutive de la sentencia apelada de 28 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

Presenta un avance del 90%. Estado: En ejecución. Fecha de vencimiento: 31 de diciembre de 2019.

¹³⁴ Y en atención a que los contratos viales Nos. 2066 de 2014, 1765 de 2014 y 1755 de 2014 se encuentran actualmente liquidados y/o finiquitados.

¹³⁵ Objeto: Ejecución de tres (3) puentes.

¹³⁶ Suspendido de acuerdo con lo establecido en el Otrosí No. 3 del Contrato No. 285 de 2013.

¹³⁷ Pendiente de recibo por parte de la interventoría del proyecto.

¹³⁸ Suspendido de acuerdo con lo establecido en el Otrosí No. 3 del Contrato No. 285 de 2013.

¹³⁹ Considerando que, la demanda popular, fue radicada ante el Tribunal Administrativo de Santander el 30 de julio de 2015.

Con base en lo anterior, la Sala considera que la decisión aquí asumida, como consecuencia del precario estado de la vía nacional primaria “Los Curos – Málaga”, de la provincia de García Rovira, resulta ser una consecuencia lógica, obligatoria e ineludible de los hechos probados, en virtud del propósito de garantizar el ejercicio adecuado y pacífico de los derechos colectivos relacionados con la seguridad pública, la prevención de desastres previsibles técnicamente, la defensa del patrimonio público y el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público¹⁴⁰, de todos los habitantes de la provincia en comento.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal 2º de la sentencia de 28 de junio de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, el cual quedará así:

“SEGUNDO: Amparar los derechos colectivos a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, a la defensa del patrimonio público y, por último, al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público que se encuentran amenazados en la vía Los Curos – Málaga (Santander).”

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal CUARTO de la sentencia de 28 de junio de 2017, de la siguiente forma:

“CUARTO: En vista que las obras en mención no se pueden terminar en forma inmediata, como mecanismo transitorio y para efectos de conjurar la amenaza y/o riesgo, mientras se precisan y establece la planeación las mismas, el INVIAS (ente que en la actualidad se encuentra a cargo de la vía objeto de la litis), deberá adoptar las medidas pertinentes para efectos de garantizar el cruce de peatones en el kilómetro 94 + 940, ubicado en jurisdicción del municipio de Santa Bárbara - Santander”.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal SEXTO de la sentencia de 28 de junio de 2017, de la siguiente manera:

“SEXTO: Ordenarle al INVIAS que, en lo que a sus competencias se refiere, continúe tomando las decisiones necesarias y realizando las gestiones pertinentes al interior del contrato de obra No. 285 de 2013, para efectos de la construcción, edificación y entrega de los tres (3) puentes denominados La Judía, Hisguara y Sitio Crítico (SC) 43 - Pangote; una vez sea resuelta de fondo la controversia contractual sometida al Tribunal de Arbitramento en Cámara de Comercio de Bogotá”.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada, así:

“DECIMOPRIMERO: ORDENAR al INVIAS y al Fondo de Adaptación, que efectúen las actividades correspondientes para dar cumplimiento a los contratos objeto de la presente y que se encuentran en ejecución, como lo son el contrato de obra No. 1639 de 2015, contrato de interventoría No. 1756 de 2015 y el

¹⁴⁰ Previstos en los literales d), e), g) y l) del artículo 4º de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998.

convenio interadministrativo marco No. 014 del 31 de mayo de 2012; y, en caso de ya haber iniciado las acciones pertinentes, se dé el impulso respectivo a tales actuaciones para lograr el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por los contratistas, así como la terminación de las obras contratadas y, a su vez, que comiencen las obras faltantes y demás que sean necesarias.”

QUINTO: ADICIONAR la sentencia apelada, así:

“DECIMOSEGUNDO: Conformar un comité para la verificación del cumplimiento de lo decidido, el cual estará integrado por el Tribunal Administrativo de Santander a través de su magistrado ponente, quien lo presidirá; por el señor Danil Román Velandia Rojas, en su calidad de actor popular, por el señor Edgar Leonardo Velandia Rojas, en su calidad de coadyuvante de la parte actora; por las Alcaldías Municipales de Málaga, Molagavita, San Andrés, Guaca y Santa Bárbara; por el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS; por el Fondo de Adaptación; y por el Ministerio Público, de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, quienes harán seguimiento a lo ordenado en el fallo e informarán sobre las acciones que se adopten y ejecuten”.

SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás, el fallo impugnado, por las razones consignadas en la presente providencia.

SÉPTIMO: REMITIR copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

OCTAVO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriado este proveído.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado
Presidente
Salva voto

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

ACCIÓN POPULAR / ACCESO A OBRAS DE INFRAESTRUCTURA VIAL - No es un derecho colectivo y, por ende, no es susceptible de protección a través de la acción popular

[D]ebo señalar, en primer lugar, que el acceso a una infraestructura vial no se encuentra enlistado dentro de los derechos e intereses colectivos enunciados en el artículo de la Ley 472 de 1998, y tampoco se encuentra catalogado como un derecho de tal naturaleza en la Constitución Política, (...) De esta forma, es claro que, (...) la acción popular no es el mecanismo judicial procedente para ordenar intervenciones sobre la infraestructura vial del país, pues éste es un asunto que es del resorte exclusivo de las distintas entidades estatales encargadas de este tema dentro del ámbito de sus respectivas competencias legales y en el marco de la política pública trazada para el efecto.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00847-01(AP)

Actor: DANIL ROMÁN VELANDIA ROJAS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS), FONDO DE ADAPTACIÓN DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEPARTAMENTO DE SANTANDER

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa me permito señalar las razones de mi disenso frente a lo resuelto por la mayoría de la Sala en la sentencia de 6 de mayo de 2019, mediante la cual modificó el numeral 2º, adicionó unas órdenes y confirmó en lo demás la sentencia de 28 de junio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Sobre el particular señalo lo siguiente:

El accionante formuló demanda en ejercicio de la acción popular prevista en el artículo 88 de la Constitución Política en contra del Instituto Nacional de Vías, el Fondo de Adaptación Adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y el Departamento de Santander, con miras a obtener la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público y la realización

de construcciones, edificaciones y desarrollos viales nacionales respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de los municipios que hacen parte de la provincia de García Rovira del departamento de Santander, con ocasión del mal estado de la vía *“Los Curos – Málaga”*.

Surtido el trámite del asunto, el Tribunal profirió sentencia en la que amparó los derechos colectivos a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la defensa del patrimonio público, los cuales estimó amenazados debido al estado que presenta la vía Los Curos – Málaga (Santander), ordenando como medida de protección de tales derechos que el INVIAS, dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria del fallo, formule un proyecto sobre la gestión del riesgo y determine un cronograma de ejecución y la fecha de culminación de la pavimentación total de la citada vía. Contra esta decisión interpusieron recursos de apelación tanto el demandante como el INVIAS.

La mayoría de la Sala, al resolver las impugnaciones, (i) modificó la sentencia de primera instancia, en el sentido de amparar igualmente el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, (ii) la adicionó con otras órdenes dirigidas al INVIAS; y (iii) la confirmó en lo demás; lo anterior, bajo la consideración que la vía Los Curos – Málaga (Santander) presenta mal estado y que existe retraso en la ejecución de las obras públicas que se han emprendido para mejorar dicha vía.

Me aparto en esta oportunidad de lo decidido por la mayoría, pues, en mi criterio, lo que la Sala amparó es el que podría entenderse como un derecho de acceso a la infraestructura vial, el cual no es un derecho colectivo y, por ende, no es susceptible de protección a través de la acción popular.

A este respecto debo señalar, en primer lugar, que el acceso a una infraestructura vial no se encuentra enlistado dentro de los derechos e intereses colectivos enunciados en el artículo de la Ley 472 de 1998, y tampoco se encuentra catalogado como un derecho de tal naturaleza en la Constitución Política, las leyes ordinarias o los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

En segundo término, considero que solo si de la solicitud respectiva puesta en conocimiento del juez constitucional se desprende que el tema de la infraestructura vial implica un riesgo, amenaza o vulneración del derecho colectivo a la seguridad pública, será procedente ordenar una medida en relación con ella, pero única y

exclusivamente con el fin de proteger tal derecho, pues, como tal, la ejecución de obras de infraestructura vial no constituye un derecho de dicha naturaleza. De esta forma, es claro que, si no existe esa vinculación con la amenaza o vulneración del derecho colectivo referido, la acción popular no es el mecanismo judicial procedente para ordenar intervenciones sobre la infraestructura vial del país, pues éste es un asunto que es del resorte exclusivo de las distintas entidades estatales encargadas de este tema dentro del ámbito de sus respectivas competencias legales y en el marco de la política pública trazada para el efecto.

Además, es importante poner de presente que el citado riesgo, amenaza o vulneración del derecho colectivo a la seguridad pública debe ser evidente y real, de tal suerte que no es suficiente invocarlo solamente, sino que debe estar debidamente acreditado en el proceso a través de pruebas idóneas que lleven al juez al convencimiento sobre la necesidad de adoptar medidas para su protección.

En el presente asunto, no obstante, el escenario descrito no es el que se presenta, pues ni siquiera se encuentra acreditada la amenaza o afectación de los derechos colectivos invocados por el Tribunal, al punto que, precisamente, la medida de protección de éstos consistió en que se adelanten estudios para la determinación del riesgo en la vía Los Curos – Málaga (Santander). Igualmente, se dispuso la ejecución de obras públicas relacionadas con la pavimentación de la vía; sin embargo, en las condiciones en que se emitió tal orden, la misma no constituye propiamente una medida para la protección de la seguridad pública sino una medida exclusivamente relacionada con la infraestructura vial, lo cual, reitero, no es procedente a través de la acción popular.

En esos términos me permito con todo respeto dejar sentado mi salvamento de voto,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado