**ACCIÓN POPULAR - Amparo - Derechos colectivos - Patrimonio público - Moralidad administrativa - Defensa de los bienes de uso público**

La acción popular se encontraba vigente al momento de la presentación de la demanda pues se interpuso mientras subsistía la amenaza, en los términos del artículo 11 de la Ley 472 de 1998. (…) es menester de la Sala mencionar que la acción popular procede para proteger eficazmente la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el ámbito de la actividad contractual de la administración pública, sin que resulte válida la pretensión de subordinarla a la existencia de controversias entre las partes pendientes de decisión o al ejercicio de las acciones contractuales. (…) En lo referente a la defensa del patrimonio público, la Subsección considera que es comprendido por todos los bienes, derechos y obligaciones que son propiedad del Estado, y su protección, va orientada a garantizar una administración eficiente y responsable que debe acompasarse con la buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa. (…) Es así, que, con la celebración de los contratos estatales, los funcionarios deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”, como lo preceptúa el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

**PRUEBAS ANTICIPADAS - Marco normativo aplicable**

El capítulo IX del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo , señala lo referente a las pruebas anticipadas y en especial, el artículo 300, modificado por el Decreto 2282 de 1989, vigente para aquel momento, prescribe que “con citación de la presunta contraparte o sin ella, podrá pedirse como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, cuando exista fundado temor de que el transcurso del tiempo pueda alterar su situación o dificultar su reconocimiento. Podrá pedirse dictamen de peritos, con o sin inspección judicial, siempre que se cite para ello a la persona contra quien se pretende hacer valer esa prueba. (…) Igualmente, la Ley 472 de 1998, sobre pruebas anticipadas, prescribe que conforme a las disposiciones legales podrán solicitarse y practicarse antes del proceso las pruebas necesarias con el objeto de impedir que se desvirtúen o se pierdan, o que su práctica se haga imposible y para conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso.

**PRUEBAS ANTICIPADAS - Valor probatorio**

La Sala que la naturaleza de pruebas de producción anticipada de carácter conservatorio se trata, como su denominación lo indica, de pruebas realizadas antes de la oportunidad legal; están destinadas a probar hechos y no a constituir el proceso. Su función principal es la de procurar que las partes puedan obtener la conservación de pruebas de las que, si se espera el momento de su producción legal, se corre el riesgo de que se pierdan por el transcurso del tiempo o alteración artificiosa de la situación de hecho o de las cosas.

**HECHO SUPERADO - Carencia actual de objeto de la acción popular**

Como se referenció, la acción popular es el mecanismo judicial con que cuentan los ciudadanos en defensa de los derechos e intereses colectivos cuando se hayan violado o exista amenaza de vulneración de los mismos. Sin embargo, puede suceder que al momento de resolver la acción popular el juez se encuentre frente al escenario de inexistencia actual de vulneración pues las circunstancias que originaron la acción, esto es, la violación o amenaza de violación del derecho colectivo han sido corregidas por la administración. (…) Siendo ello así, si en el curso del proceso desaparecen las circunstancias que amenazan o vulneran el derecho colectivo, no es posible ordenar su protección en la sentencia, pues tal decisión sería inocua y alejada de la realidad. La cesación de la amenaza o vulneración de los derechos conduce a la negativa de las pretensiones de la acción popular”.

**HECHO SUPERADO - Inexistencia de vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público**

En el sub lite, el recurrente adujo que hubo incongruencia del fallo apelado con las pruebas arrimadas al proceso, y que el INVIAS inicialmente con los recursos apropiados contrató la ejecución de la obra del muelle de Lancheros, y producto de dicha ejecución se construyeron ocho módulos flotantes, “hasta donde alcanzó los recursos colocados”, y que con posterioridad, el INVIAS realizó todas las actividades con el fin de culminar el muelle ajustándose a la legalidad y al presupuesto, y por tal motivo, no ha amenazado o vulnerado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público. (…) Por tal motivo, en el presente evento nos encontramos frente al desaparecimiento de los presupuestos facticos que dieron origen a la acción popular, por lo que al desaparecer la circunstancia que amenazaba o vulneraba el derecho colectivo, nos encontramos en presencia de un hecho superado que impide ordenar alguna protección pues existe carencia actual de objeto lo cual será declarado en la sentencia.

**ACCIÓN POPULAR - Procedencia - Controversias contractuales - Protección de derechos colectivos - Contratos de obra**

Conforme con los criterios jurisprudenciales de esta Corporación, no cabe la menor duda en cuanto a la procedencia de la acción popular para proteger eficazmente los derechos colectivos, cuando son amenazados o vulnerados en el marco de la actividad contractual del Estado. (…) que con la celebración de los contratos estatales, los funcionarios deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”, como lo preceptúa el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. (…) Para la Sala, significa entonces, que cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se hace necesario realizar una revisión pormenorizada del contrato y, además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular. Ergo, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público podría protegerse por vía de acción popular cuando se demuestre, en un caso concreto, la existencia de actuaciones, omisiones o decisiones administrativas de una empresa pública que ponen en peligro ese interés colectivo

**INTERVENCIÓN DEL ESTADO - Contratos estatales - Supervisión y vigilancia - Protección de derechos colectivos - Incumplimiento del contrato**

La Ley 80 de 1993 en el artículo 14, dispuso que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, lo que implica que el particular que contrata con el Estado, si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones. (…) la acción popular es el mecanismo judicial con que cuentan los ciudadanos en defensa de los derechos e intereses colectivos cuando se hayan violado o exista amenaza de vulneración de los mismos. (…) el recurrente adujo que hubo incongruencia del fallo apelado con las pruebas arrimadas al proceso, y que el INVIAS inicialmente con los recursos apropiados contrató la ejecución de la obra del muelle de Lancheros, y producto de dicha ejecución se construyeron ocho módulos flotantes, “hasta donde alcanzó los recursos colocados”, y que con posterioridad, el INVIAS realizó todas las actividades con el fin de culminar el muelle ajustándose a la legalidad y al presupuesto, y por tal motivo, no ha amenazado o vulnerado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público. (…) demuestra que la obra quedó inconclusa y por ende, no se ejecutó a cabalidad el objeto del contrato, contando con los recursos necesarios para ello, denotándose claramente que hubo serias deficiencias de planeación, ejecución y un total abandono de la obra, mostrando así que el derecho colectivo al patrimonio público se encontró gravemente afectado, máxime que para terminar el muelle, debido al abandono

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 88001-23-31-000-2010-00026-02(AP)**

**Actor: RADLEY ERINGTON BENT BENT**

**Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE, INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, INVIAS**

Decide la Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el once (11) de octubre de dos mil trece (2013), por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la que se decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

1. **SÍNTESIS DEL CASO**

El Instituto Nacional de Vías - INVÍAS celebró el contrato 1982 de 2006, cuyo objeto fue la construcción del Muelle de Lancheros en un predio de propiedad del departamento de San Andrés. El señor Radley Erington Bent Bent demandó a la entidad con el fin que proceda a terminar la obra contratada, por lo que solicitó el amparo a los derechos colectivos al patrimonio público, la moralidad administrativa y la defensa de los bienes de uso público.

1. **ANTECEDENTES**
   1. **La demanda**

Radley Erington Bent Bent, en ejercicio de la acción popular, presentó demanda contra el Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías – INVIAS, el día ocho (8) de julio de dos mil diez (2010)[[1]](#footnote-1), con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“****Primera: que se ordene a la entidad accionada que adelante las acciones y operaciones administrativas pertinentes para la ejecución de las obras, instalación y puesta en funcionamiento del muelle de la Cooperativa de Lancheros*** *de la Isla de San Andrés, tal cual corresponde al contrato N° 1982\2006 Invías.*

***Segunda:*** *que se condene a la accionada (INVIAS) y a quien corresponda, por el abandono del muelle* ***de la cooperativa de lancheros, por la afectación a la moralidad administrativa y atentar contra el patrimonio público.***

***Que se reconozca el correspondiente incentivo económico de acuerdo al artículo 40 de la ley 472 de 1998.***

*Que se ordene o condene a las autoridades a retirar inmediatamente las estructuras metálicas que se encuentran en el predio de SUNRISE PARK, y se inicie el proceso de recuperación del muelle tan esperado por una Cooperativa tan tradicional de los NATIVOS RAIZALES y en pro del Desarrollo socioeconómico del Departamento, así como brindar un eficiente servicio a los turistas, residentes y usuarios en general que lo utilizan.*

*Que los culpables del detrimento patrimonial del heraldo (sic) público (sic) paguen de su propio pecunio por la pérdida millonaria ocasionada a las arcas públicas.”*

La parte demandante sostuvo, como **fundamentos de hecho**, que el Ministerio de Transporte - INVIAS celebró el contrato 1982 de 2006, cuyo objeto era la construcción del Muelle de Lancheros en un predio de propiedad del departamento, ubicado al lado sur de las torres Sunrise Beach de San Andrés Isla, por valor de $512.980.000. La ejecución del contrato inició el 01-03-07 y finalizó el 30-06-2008, sin que se hubiera terminado la obra.

El Ministerio de Transporte, reportó en su boletín *“Vías acuáticas a fecha marzo 2009”*, la construcción de los flotantes de la pasarela sur del muelle, junto con su embarcadero, pero, aun así, no se cumplió con la meta que era dejarla en funcionamiento, debido a que se contrató la obra sin previa consulta y sin haber obtenido la viabilidad ambiental de parte de Coralina, ni de la Dimar como autoridad de la jurisdicción. Según el informe, para la culminación de la obra se requiere de una adición presupuestal de $1.300.000.000, que la obra actualmente se encuentra abandonada, pudriéndose en el predio Sunrise Park, lo cual constituye un claro detrimento patrimonial y una vulneración a la moralidad administrativa.

Según denuncia del 25 de mayo de 2010 presentada por el veedor de control ciudadano, y publicada en el periódico The Archipielago Press, dos módulos de la pasarela fueron trasladados hacia el inconcluso muelle de los pescadores que colinda con la Pesquera Antillana, en la Zona Industrial bajo la administración de Acción Social de la Presidencia de la República.

* 1. **Trámite procesal relevante**

La demanda fue admitida el 18 de noviembre de 2010, e ordenando notificar al Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías – INVIAS, y al representante del Ministerio Público, así como también se dispuso vincular al departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y a la Corporación para el Desarrollo Sostenible CORALINA.[[2]](#footnote-2)

La parte demandada contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso la excepción de inexistencia de pérdida de bienes del estado[[3]](#footnote-3), adujo que la acción popular preventiva no permitiría que el juez impusiese al Estado actuaciones económicas o políticas tendientes a la defensa de derechos colectivos abstractos consagrados en la Constitución y la Ley. Seria, por ejemplo, improcedente que alguien mediante una acción popular y con el fin de proteger los derechos colectivos al ambiente sano, a la salubridad, a la educación pretendiese que el juez, a cualquier costo, ordenase al Estado cambiar un modelo económico por otro, cerrar las industrias, construir sistemas modernos de educación o de asistencia hospitalaria, abrir o cerrar vías. *“De lo anterior podemos concluir que el Instituto Nacional de Vías-INVIAS, en ningún momento ha violado o vulnerado derecho colectivo alguno, como lo afirma el demandante, por el contrario de acuerdo a sus posibilidades técnicas, científicas, presupuestales y financieras, ha venido ejecutando obras en procura del bienestar de la comunidad isleña y en beneficio del interés colectivo como entidad estatal le corresponde por mandato constitucional y legal”.*

La Corporación para el Desarrollo Sostenible – CORALINA, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva[[4]](#footnote-4), pues no era la encargada de la construcción y puesta en marcha del muelle de Lancheros de San Andrés. *“Nuestra intervención en este asunto, en calidad de máxima autoridad ambiental del Departamento y en ejercicio de nuestras competencias y funciones; fue la de decidir si era viable o no la expedición de la Viabilidad Ambiental, lo que se hizo oportunamente, y velar por el cabal cumplimiento de las condiciones y obligaciones impuestas, que también se ha venido haciendo, y se retomarán estas actividades de seguimiento y control una vez se reinicien las obras”.*

A su turno, el apoderado del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, solicitó su desvinculación, toda vez que, a su juicio, no es posible endilgar responsabilidad alguna al departamento[[5]](#footnote-5), *“toda vez que éste fue un proyecto adelantado directamente por el INVIAS, sin la intervención del Departamento, y para lo cual fue suscrito el Contrato No. 1982 de 2006 entre el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS haciendo las veces de contratante y el señor JOSÉ ORLANDO CARMONA PRADA en su condición de contratista. Como puede ver, la Gobernación de San Andrés no tiene participación alguna en el mencionado contrato y no es procedente tampoco su intervención en el mismo toda vez que INVIAS es un ente autónomo, vinculado al ministerio (sic) de transporte (sic) y totalmente independiente del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”.*

El veinticuatro (24) de febrero de dos mil once (2011), se llevó a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida[[6]](#footnote-6); y por auto del ocho (8) de marzo del mismo año, se dio apertura al periodo probatorio.[[7]](#footnote-7)

El Tribunal dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de cinco (5) días mediante proveído del diez (10) de mayo de dos mil once (2011).[[8]](#footnote-8)

El *a quo* profirió fallo el día dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011), el cual fue apelado por el INVIAS y el Archipiélago de San Andrés.

El Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante auto veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012)[[9]](#footnote-9), se decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, por falta de notificación al Ministerio de Transporte.

Por lo anterior, el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dispuso notificar a todas y cada una de las partes[[10]](#footnote-10), y se continuó el trámite legal de la acción llevándose infructuosamente audiencia de pacto de cumplimiento el cinco (5) de julio de dos mil trece (2013), y posteriormente dándose apertura a la fase probatoria mediante auto del diecisiete (17) de julio del mismo año.

Mediante auto del cinco (5) de septiembre de dos mil trece (2013)[[11]](#footnote-11), se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de cinco (5) días, la Nación – Ministerio de Transporte resaltó que la entidad no debió estar vinculada, toda vez que los hechos no dan cuenta de una relación directa o indirecta, pues el Ministerio de Transporte no celebró contrato alguno para la realización de la obra en el muelle de Lancheros, por tal motivo realizó un recuento normativo sobre la naturaleza jurídica de la entidad demandada.

Concluyó que el Ministerio de Transporte, *“no construye, ni ejecuta obras como la solicitada por el actor popular, ya que éste es eminentemente regulador, planificador y normativo del sector transporte, y a hoy no cuenta con funciones de tipo operativo en cuanto a construcción, ejecución de obras, instalación de muelles, (…)”*.

* 1. **La sentencia apelada**

El Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del once (11) de octubre de dos mil trece (2013)[[12]](#footnote-12), decidió:

*“****PRIMERO: AMPÁRESE*** *los derechos colectivos al patrimonio público y a la defensa de los bienes de uso público, amenazados por el – Instituto Nacional de Vías, INVIAS, con ocasión de la Construcción del Muelle de Lancheros en el Sector Sunrise Park de San Andrés, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: ORDÉNASE*** *al Instituto Nacional de Vías, en asocio con el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, adelantar las gestiones dirigidas a la consecución de los recursos necesarios tendientes a la reanudación, culminación y entrega al servicio de la comunidad de la obra prevista para el mejoramiento del servicio de transporte marítimo de pasajeros, consistente en la Construcción del Muelle de Lancheros en el Sector Sunrise Park de San Andrés. Para todo lo anterior se dispondrá un plazo máximo que no excederá de seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.*

***TERCERO: EXHÓRTASE*** *al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que realice las actividades inherentes a la intangibilidad, conservación y custodia de los bienes a su cargo destinados a la terminación del Muelle de Lancheros de San Andrés Isla. A la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina-Coralina, para que ejerza oportuno y permanente control ambiental sobre el lugar dispuesto para la construcción del Muelle de Lancheros, sobre la Avenida Newball, entre el Sunrise Park y el Muelle de la Policía.*

***CUARTO: NIÉGANSE*** *las demás pretensiones de la demanda.*

***QUINTO: CONFÓRMASE*** *el Comité de Verificación del cumplimiento de la presente sentencia, de que trata el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará conformado por el señor Magistrado Ponente, el actor popular, un representante de las siguientes entidades: Instituto Nacional de Vías INVIAS-, Departamento Archipiélago y CORALINA, y la Procuraduría Ambiental y Agraria.*

***SEXTO:*** *En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, REMÍTASE copia auténtica de ésta decisión a la Defensoría del Pueblo.”*

Para arribar a dicha conclusión, consideró que no podía desatenderse lo que ha dispuesto la jurisprudencia contenciosa administrativa, en el sentido de indicar que la acción busca la protección de derechos colectivos que podían resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, incluso en desarrollo y ejecución de la actividad contractual del Estado, la cual de acuerdo con las normas de contratación, debe atender los principios de economía, transparencia y responsabilidad, entre otros, en armonía con los postulados de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución, igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad.

Siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación, señaló que además de una transgresión al ordenamiento jurídico, se entiende que hay vulneración a la moralidad administrativa, cuando concurren ingredientes subjetivos. Descendiendo al caso en estudio, si bien no hubo observancia del principio de planeación en la obra de construcción del muelle de Lancheros de San Andrés Isla, echó de menos la prueba de la existencia del elemento subjetivo, es decir, la mala fe de la administración.

De acuerdo con el análisis probatorio, concluyó el *a quo*, que existieron deficiencias de planeación, ejecución y se demostró el abandono de la construcción del muelle, denotándose que el derecho colectivo al patrimonio público se encontró gravemente amenazado, habida consideración que existe de por medio una considerable inversión de recursos públicos en contratación inconclusa que no atiende a los fines del servicio público, ni satisface necesidades colectivas, sino que pone de presente que los elementos que fueron construidos se encuentran a la intemperie, en estado de abandono y en visible deterioro, el cual puede conducir a que para la reanudación de las obras y puesta en funcionamiento del muelle, tengan que invertirse nuevos recursos en su recuperación, generando así mayores erogaciones a cargo del erario.

* 1. **El recurso contra la sentencia**

El apoderado judicial de la parte demandada, Instituto Nacional de Vías – INVIAS, interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia solicitando su revocatoria.[[13]](#footnote-13)

Adujo el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta las actividades y contrataciones realizadas por el INVIAS con anterioridad al inicio de la acción popular, y por ende, se podía deducir su actuar conforme al marco legal.

Al estar probado dentro del proceso la actividad de ejecución de obra por parte del demandado, es posible aducir que no ha vulnerado, ni vulnera derecho colectivo alguno, por tanto, no hay congruencia del fallo con las probanzas recaudadas.

Por último, consideró que la suma de “*$512.98 (sic) millones de pesos”*, desde el inicio fue insuficiente para la ejecución de la obra y puesta en servicio de la comunidad.

* 1. **Trámite en segunda instancia**

El recurso de apelación fue concedido el seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013)[[14]](#footnote-14), y admitido el doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014)[[15]](#footnote-15).

El catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014)[[16]](#footnote-16), se dispuso correr traslado a las partes por el término común de cinco (5) días para alegar de conclusión.

El Instituto Nacional de Vías – INVIAS, presentó alegatos de conclusión el 26 de mayo de 2014, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Reiteró que se encontraba probado en el proceso que el Instituto Nacional de Vías-INVIAS, antes y después de iniciarse la Acción Constitucional que nos ocupa, realizó gestiones o actividades propias de su competencia, ejecutando presupuesto del Estado que se apropió del "intersubsectorial", de la Presidencia de la República, y gestionó ante los demás organismos del sector público, la consecución de recursos suficientes para la construcción del Muelle de Lancheros, que por gestión mancomunada y de cooperación entre entidades del Estado, fue encargado de la ejecución de las obras requeridas por la comunidad de raizales de San Andres Isla. A su juicio el Tribunal no realizó una debida valoración de las pruebas *“amparando los derechos colectivos al patrimonio público y a la defensa de los bienes de uso público, que según el fallo son amenazados por Instituto Nacional de Vías-INVIAS, circunstancias que no*

*tienen congruencia con las probanzas, porque como se ha dicho a lo largo del proceso y está probado, la entidad pública INVIAS, ha hecho todas las actividades y ha cumplido todas sus funciones, ajustándose no solo a las normas presupuestales y financieras, sino a todos los aspectos técnicos y estructurales.*

*De otro lado, los bienes construidos en la primera fase del proyecto, están en lugar seguro y bajo custodia y cuidado del Departamento del Archipiélago de San Andrés, providencia y Santa Catalina Islas, como quedó probado, y además lo más importante, es que se encuentran en buen estado y apropiados para el montaje del muelle para el cual fueron construidos”.*

La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto el 11 de junio de 2014 y solicitó confirmar la sentencia impugnada, pues de acuerdo con lo demostrado en el proceso, *“la obra se encuentra inconclusa, la parte construida en estado de abandono según lo evidenciado en la inspección judicial efectuada el 15 de septiembre de 2008 y cinco años después no se ha reanudado ni realizado la construcción del muelle de Lancheros, lo que genera un evidente detrimento patrimonial”*.

La parte demandante guardó silencio.

1. **CONSIDERACIONES**
   1. **Sobre los presupuestos materiales de la sentencia de mérito**

La **Subsección es competente** para conocer el recurso de apelación formulado por la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 y 37 de la Ley 472 de 1998, el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, el artículo 57 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010 y el artículo 1 del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003 de esta Corporación, contra la sentencia proferida el once (11) de octubre de dos mil trece (2013), por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

La **acción popular se encontraba vigente** al momento de la presentación de la demanda pues se interpuso mientras subsistía la amenaza, en los términos del artículo 11 de la Ley 472 de 1998.

El señor **Radley Erington Bent** se encuentra **legitimado en la causa por activa**, por ser una persona natural facultada por el artículo 12 de la Ley 472 de 1998, y el Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías – INVIAS, se encuentran **legitimados en la causa por pasiva**, teniendo en cuenta que eran las entidades responsables de la ejecución del contrato 1982 de 2006.

* 1. **Sobre la prueba de los hechos**

Se tiene que el Instituto Nacional de Vías INVIAS y el señor José Orlando Carmona Prada suscribieron el 24 de octubre de 2006 el contrato No 1982 (fls. 8 a 12 C. 2) cuyo objeto consistió en el **"MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE PASAJEROS MEDIANTE EL DISEÑO Y LA CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE DE LANCHEROS EN EL SECTOR SUNRISE PARK. ISLA DE SAN ANDRÉS"**.

En el mencionado negocio jurídico se pactó:

*"****CLÁUSULA SEGUNDA. VALOR DEL CONTRATO.*** *El valor de este contrato se estima de CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO NUEVE PESOS ($488.148.109.00) MONEDA CORRIENTE, equivalente a 1.196.44 salarios mínimos legales mensuales. El valor de los precios de obra será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del CONTRATISTA en el documento lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta. Las cantidades de obra son aproximadas y están sujetas a variaciones. PARAGRAFO PRIMERO: En oficio de fecha 02 de octubre de 2006 EL CONTRATISTA manifiesta que para la licitación SMF-275-2006 su AIU es del veinticinco por ciento (25%) discriminado así: Administración del diecinueve por ciento (19%), imprevistos del tres por ciento (3%) y utilidad del tres por ciento (3%). (...)*

*"( ... )*

*"****CLAUSULA CUARTA. PLAZO****. El plazo para la ejecución de los trabajos será de siete (7) meses, discriminados así: dos (2) meses para estudios complementarios, diseño del muelle de lancheros y los correspondientes trámites ante la Secretaría de Planeación Departamental y cinco (5) meses para la etapa de construcción contados a partir de la orden de iniciación que impartirá el Subdirector de Marítima y Fluvial del INSTITUTO, la cual se impartirá previo al cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula de "perfeccionamiento y Ejecución, (...)”.*

El 19 de julio de 2007 mediante oficio No. SMF 026917 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al Secretario de Infraestructura de la gobernación de San Andres se solicitó la viabilidad de que la Gobernación aporte recursos para la terminación del muelle (fl. 31 C. 4).

Por acuerdo No. 015 del 14 de septiembre de 2007 la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - CORALINA otorga viabilidad ambiental y autorización al INVIAS o a quien haga sus veces al momento de la notificación, para la etapa constructiva del proyecto denominado "Mejoramiento del Servicio de Transporte de pasajeros mediante el diseño y construcción del Muelle de Lancheros, a ser desarrollado en el sector de Sunrise Park, en la Isla de San Andrés”. (fls. 8 a 10 C. 4)

Se tiene presente que mediante la comunicación COR/SJ-1826 del 23 de noviembre de 2007 con la cual CORALINA informa que mediante acuerdo No. 15 del 14 de septiembre de 2010 se resuelve favorablemente la autorización para el Muelle de Lancheros y que el acto administrativo fue debidamente notificado el 9 de noviembre de 2007 (fl. 7 C. 4).

Del memorando SFM 3710 del 30 de enero de 2008 suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora de Planeación de INVIAS y dirigido al Subdirector de Marítimo y Fluvial del mismo instituto se desprende que hubo solicitud de recursos a la Oficina de Planeación de INVIAS para la terminación del muelle (fls. 32 y 33 C. 4).

Por memorando OAP 4510 del 4 de febrero de 2008 suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora de Planeación de INVIAS y dirigido al Subdirector de Marítimo y Fluvial del mismo instituto se informó que se realizó las concertaciones del caso para la asignación de recursos con el Ministerio de Transporte (fls. 34 y 35 C. 4).

El 13 de febrero de 2008 a través del memorando SFM 6347 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de Invías y dirigido a la Jefe de la Oficina Asesora de Planeación del mismo instituto se envió el ajuste al plan de inversiones y de los proyectos en el cual se incluye el Muelle de los Lancheros (fls. 36 a 53 C. 4).

En oficio No. SMF 9365 del 11 de marzo de 2008 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al Gobernador del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se le solicita la viabilidad de que la Gobernación aporte recursos para la terminación del muelle (tl. 54 C. 4).

Igualmente, por oficio No. SMF 015482 del 23 de marzo de 2008 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al Gobernador del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se le reitera la instrucción del Ministerio de Transporte para que el proyecto sea presentado por esa Gobernación ante Regalías para su financiación total (fl. 55 C. 4).

En el documento denominado *"Acta de Entrega del Muelle de Lancheros Fase 1"* del 15 de septiembre de 2008, el INVIAS hizo entrega a la gobernación de San Andrés lo construido en la primera fase del muelle *"pasarela flotante sur con su respectivo embarcadero, igualmente flotante. (...) La Gobernación no se hace responsable por el deterioro normal que pueda sufrir la estructura por causas del medio ambiente o paso del tiempo".* (fls. 134 a 138 C. 2)

En memorando SFM 96 del 5 de enero de 2009 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al jefe de la Oficina Asesora de Planeación del mismo instituto solicitaron recursos a la Oficina de Planeación e INVIAS para la terminación del Muelle (fl. 56 C. 4).

Mediante memorando SFM 14891 del 17 de marzo de 2009 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS dirigido a la Subdirección Red Terciaria y Férrea del mismo Instituto solicitaron recursos a la Oficina de Planeación de INVIAS para la terminación del muelle (fl. 57 C. 4).

Por oficio No. SMF 34814 del 13 de agosto de 2009 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al gobernador del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se le solicitó gestionar recursos a Regalías para la terminación del muelle (fl. 59 C. 4).

En oficio No. SMF 50146 del 13 de noviembre de 2009 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al gobernador del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se le solicitó información sobre los resultados del trámite ante regalías para la terminación del muelle (fl. 60 C. 4).

En el informe de seguimiento, el departamento de San Andrés Islas a junio 9 de 2010 se consignó que se requerían de mil quinientos millones de pesos ($1.500.000.000) para la terminación del muelle (fls. 61 y 62 C. 4).

Por oficio No. 19792 del 11 de mayo de 2010 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al gobernador del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se le solicitó realizar entrega de elementos flotantes para su uso adecuado de manera provisional a la Agencia Presidencial para la Acción Social para la ejecución del proyecto *"Terminal Artesanal Pesquero"* (fls. 65 y 66 C. 4).

El memorando OPA 71208 del 22 de noviembre de 2010 suscrito por el Jefe de la Oficina Asesor de Planeación de Invías y dirigido al Subdirector de Marítimo y Fluvial del mismo Instituto dio cuenta que en la vigencia del año 2010 no se contó con recursos del intersubsectorial para la terminación del muelle (fl. 64 C. 4).

Por oficio SMF 21931 del 3 de junio de 2011 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al Asesor del Viceministerio de Turismo - Ministerio de Comercio, se entregó la información del Muelle de lancheros para que continúe con la ejecución del proyecto (fls. 74 a 76 C. 4).

Por oficio SMF 30022 del 22 de julio de 2011 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al Asesor del Viceministerio de Turismo - Ministerio de Comercio se remitió los documentos del proyecto Muelle de Lancheros y solicitan información acerca de la continuación de la ejecución del proyecto por parte de esa entidad (fl. 78 C. 4).

Por oficio SMF 11751 del 12 de marzo de 2013 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al Asesor del Viceministerio de Turismo - Ministerio de Comercio solicitó información acerca del avance del proyecto y le recuerda la disponibilidad de los flotantes (fl. 77 C. 4).

Por oficio SMF 21196 del 2 de mayo y 30703 del 18 de junio de 2013 suscrito por el Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS y dirigido al Asesor del Viceministerio de Turismo - Ministerio de Comercio el Invías reiteró a ese Viceministerio la utilización de esos flotantes en el proyecto (fls. 79 a 84 C. 4).

En el oficio AVT de 2013 suscrito por el Asesor del Viceministerio de Turismo - Ministerio de Comercio y dirigido al Subdirector de Marítimo y Fluvial de INVIAS se informó que en el marco del convenio 211029 suscrito entre FONADE y el CONSORCIO ALIANZA TURISTICA - FONDO DE PROMOCION TURISTICA no estableció que para la ejecución de las obras para el muelle Lancheros se debían instalar los flotantes existentes y que se encontraban bajo custodia de la Gobernación y en uso de la Agencia Presidencial para la Acción Social (fl, 85 y 86 C.4)

De la Inspección Judicial realizada el dos (2) de agosto de dos mil trece (2013), en el Muelle de Lancheros (fls. 355 a 357 C. 2) se extrae lo siguiente:

*“(...) Arribado al sector contiguo al parque temático “Sunrise Park”, el Despacho observó que el estado de las plataformas flotantes que integran la estructura armable de un muelle de embarcadero cuya parte inferior responde a elementos metálicos abovedados para capacidad de flotación cuya parte superior está construida en madera la cual, por la exposición a intemperie muestra un proceso de deterioro e igualmente las estructuras metálicas depositadas en este sector responden a 6 unidades las cuales ya empiezan a presentar síntomas de corrosión por falta de un adecuado mantenimiento. De esta circunstancia se deja registro fotográfico tomado en esta diligencia. (…)”*

El INVIAS, mediante memorando SMF 22843[[17]](#footnote-17) mencionó:

*“Le informamos que el muelle de Lancheros en Sunrise Park en San Andrés se encuentra en construcción a través de contrato realizado por Fonade en convenio con Fontur.*

*Adjuntamos informe de la visita a la obra del muelle de lancheros en Sunrise Park en San Andrés, (…) Igualmente mediante oficio de radicado SMF 16139 del 13 de abril de 2016, se solicitó un informe actualizado del avance de las obras y copia del contrato de obra”.*

Seguidamente, el INVIAS también allegó el informe ejecutivo del estado del Muelle de Lancheros, de fecha 18 de abril de 2016[[18]](#footnote-18), en el que se mencionó que el día 15 de abril de 2016, se realizó una visita al sitio de la obra, se tomó un registro fotográfico en su avance, y se concluyó que el muelle estaría terminado aproximadamente para el día 15 de mayo de 2016.

Mediante inspección judicial practicada el 23 de mayo de 2016[[19]](#footnote-19), con presencia del perito ingeniero Jefferson Peterson Hooker, se pudo determinar:

*“Perito: se puede apreciar el embarcadero que consta de básicamente de tres partes; la parte fija, los ecualizadles, el embarcadero y el muelle esto es el mismo proyecto de acuerdo a los diseños del año 2006 como estaban contemplados en los diseños contratados por el Instituto Nacional de Vías y los cuales en su momento se elaboraron los estancos pero no se pudieron instalar por falta de permisos, se hizo la prueba de estanquidad y por mandato del Invías y Coralinas se hizo el retiro que son los mismos estancos que se pueden apreciar en este momentos los de la parte diagonal que son los que componen el embarcadero y el muelle.*

*Como podemos apreciar el proyecto que vemos* ***en este momento está aproximadamente en un 90%, quedaría únicamente pendiente la parte de las barandas de seguridad y la iluminación*** *(…).*

*En la playa se puede apreciar dos kioscos con un avance aproximado de un 70%, del cual ya tienen la estructura, uno de ellos ya tiene adelantado la cubierta, tienen placas de contra piso, enchapes y cocinas,* ***para un proyecto total de avance podríamos estar hablando aproximadamente 85-90 %*** *(…).*

*Los materiales de hormigón armado los kioscos concretos y la cubierta en madera y chingle, ya la parte del embarcadero hay un pilotaje, en pilotes de acero rellenos con concreto una estructura convencional de vigas y el tablero de madera de pino inmunizado de la parte fija del muelle, están los ecualizables que conectan (…) Bueno, los materiales utilizados en el proyecto como se puede apreciar es una estructura convencional, vigas y zapatas, columnas circulares y vigas de techos cubierta de material de chingle con pino, está terminada la placa de contra piso, hay enchape y se ven unos muros divisorios de lo que es, la seria la cocina de los kioscos y a la parte de la playa tenemos el muelle, la parte fija que está compuesta de unos pilotes en acero rellenos de concreto y unas vigas aéreas en hormigón armado sobre los cuales hay un tablero de madera de pino inmunizada. La otra parte del muelle se puede apreciar hay unos estancos flotantes en acero naval pintados con pintura epoxi cante tipo blin y sobre los cuales hay unos tableros de madera de pino inmunizado también y el estado de conservación de los materiales se puede apreciar los materiales están en un buen estado se ve que los estancos están bien pintados y la madera está en buen estado, una madera nueva recién instalada”.*

* 1. **Problema jurídico**

Corresponde a la Subsección determinar, si en el presente asunto hubo violación a los derechos colectivos del patrimonio público, de los bienes de uso público y de la moralidad administrativa por la omisión de terminación de la obra del muelle de Lancheros de San Andrés Isla contratada por las demandadas.

* 1. **Análisis de la Subsección**

Previo a decidir el asunto de fondo, la Subsección considera necesario pronunciarse acerca del valor probatorio de la prueba anticipada, inspección judicial, y las fotografías presentadas con dicho medio de prueba.

El capítulo IX del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo[[20]](#footnote-20), señala lo referente a las pruebas anticipadas y en especial, el artículo 300, modificado por el Decreto 2282 de 1989, vigente para aquel momento, prescribe que *“con citación de la presunta contraparte o sin ella, podrá pedirse como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso, cuando exista fundado temor de que el transcurso del tiempo pueda alterar su situación o dificultar su reconocimiento. Podrá pedirse dictamen de peritos, con o sin inspección judicial, siempre que se cite para ello a la persona contra quien se pretende hacer valer esa prueba. La petición se formulará ante el juez del lugar donde debe practicarse”* (Subrayado fuera del texto).

Igualmente, la Ley 472 de 1998, sobre pruebas anticipadas, prescribe que conforme a las disposiciones legales podrán solicitarse y practicarse antes del proceso las pruebas necesarias con el objeto de impedir que se desvirtúen o se pierdan, o que su práctica se haga imposible y para conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso[[21]](#footnote-21).

Sobre las pruebas anticipadas, ha señalado la Corte Constitucional:

*“Desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisprudencia y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales. (…)*

*La prueba pericial tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial no ha sido decretado por un juez, o no ha sido controvertido en el proceso, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente porque no es una prueba legalmente practicada.”[[22]](#footnote-22)*

En este entendido, considera la Sala que la naturaleza de pruebas de producción anticipada de carácter conservatorio se trata, como su denominación lo indica, de pruebas realizadas antes de la oportunidad legal; están destinadas a probar hechos y no a constituir el proceso. Su función principal es la de procurar que las partes puedan obtener la conservación de pruebas de las que, si se espera el momento de su producción legal, se corre el riesgo de que se pierdan por el transcurso del tiempo o alteración artificiosa de la situación de hecho o de las cosas.[[23]](#footnote-23)

De acuerdo con lo anterior, observa la Subsección que en el *sub lite*, se realizó inspección judicial, ordenada[[24]](#footnote-24) y realizada por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el dos (2) de agosto de dos mil trece (2013)[[25]](#footnote-25), la cual será valorada por la Sala toda vez que se hizo con la citación de las entidades demandadas y estas acudieron a su práctica.

Igualmente, la Sala valorará las fotografías tomadas el día de la práctica de la inspección judicial, toda vez que existe certeza del lugar, origen y época en que fueron tomadas.

Sobre el valor probatorio de las fotografías, se ha considerado:

*“Sobre la posible valoración de las fotografías que fueron allegados al proceso por el demandante, y que pretenden demostrar la ocurrencia de un hecho, debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso. (…) se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.”[[26]](#footnote-26)*

Por otra parte, es menester de la Sala mencionar que la acción popular procede para proteger eficazmente la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, en el ámbito de la actividad contractual de la administración pública, sin que resulte válida la pretensión de subordinarla a la existencia de controversias entre las partes pendientes de decisión o al ejercicio de las acciones contractuales.

Conforme con los criterios jurisprudenciales de esta Corporación, no cabe la menor duda en cuanto a la procedencia de la acción popular para proteger eficazmente los derechos colectivos, cuando son amenazados o vulnerados en el marco de la actividad contractual del Estado.

En lo referente a la defensa del patrimonio público, la Subsección considera que es comprendido por todos los bienes, derechos y obligaciones que son propiedad del Estado, y su protección[[27]](#footnote-27), va orientada a garantizar una administración eficiente y responsable que debe acompasarse con la buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa.

Sobre la defensa a la moralidad administrativa y el patrimonio público, se ha considerado:

*“La defensa de la moralidad y el patrimonio público se concibe como una línea de conducta ética, como una regla de principio para todas las sociedades civilizadas. No obstante, éstos conceptos también adquieren una relevancia judicial cuando se consagran como cláusulas jurídicas susceptibles de protección a través de acciones judiciales y, en especial, de las acciones populares. De todas maneras, la positivización de éstos intereses no excluye su textura abierta, ni los convierte en conceptos unívocos que puedan ser aplicados por el juez a través del silogismo, ni mucho menos contienen significados previamente definidos por una autoridad concreta. Por el contrario, en una sociedad democrática y pluralista, el contenido de la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público debe asumirse como un proceso de “concretización” de la voluntad constitucional y legal frente al caso concreto. Dicho de otro modo, el contenido de los conceptos jurídicos de moralidad administrativa y patrimonio público no puede encontrarse en abstracto, sino que debe surgir de la voluntad política, del análisis judicial concreto de cada caso y de la ponderación de los intereses en conflicto. Precisamente por ello, la dificultad en la hermenéutica de estos conceptos es indudable, puesto que, en algunas ocasiones, no es clara ni precisa la frontera entre su significado jurídico y su contenido político. “[[28]](#footnote-28)*

Así, en un Estado Social de Derecho, en el contenido del patrimonio público se involucra, además, bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no comprenden la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial.[[29]](#footnote-29)

La prescripción del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección, lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva.

Por lo tanto, cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad.

En efecto, *“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 y si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular. El derecho a la defensa del patrimonio público, busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y 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 tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular”[[30]](#footnote-30).*

Seguidamente, del artículo 209 de la Constitución Política, se desprende que la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad.

Es así, que con la celebración de los contratos estatales, los funcionarios deben buscar *“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*, como lo preceptúa el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Para la Sala, significa entonces, que cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se hace necesario realizar una revisión pormenorizada del contrato y, además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

Ergo, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público podría protegerse por vía de acción popular cuando se demuestre, en un caso concreto, la existencia de actuaciones, omisiones o decisiones administrativas de una empresa pública que ponen en peligro ese interés colectivo.

De ahí que, si se advierte la afectación del patrimonio público, el juez tiene facultades preventivas y, como consecuencia de ello, puede adoptar medidas transitorias o definitivas de protección, las cuales sólo pueden evaluarse en el caso concreto.

A su vez, la Ley 80 de 1993 en el artículo 14, dispuso que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, lo que implica que el particular que contrata con el Estado, si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones.

Como se referenció, la acción popular es el mecanismo judicial con que cuentan los ciudadanos en defensa de los derechos e intereses colectivos cuando se hayan violado o exista amenaza de vulneración de los mismos.

Sin embargo, puede suceder que al momento de resolver la acción popular el juez se encuentre frente al escenario de inexistencia actual de vulneración pues las circunstancias que originaron la acción, esto es, la violación o amenaza de violación del derecho colectivo han sido corregidas por la administración.

En el anterior evento nos encontramos frente a un hecho superado lo que conduce a una carencia actual en el objeto de la acción popular, tal y como lo ha expresado esta Sección:

*“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de 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”, de lo cual se deduce, que la orden de proteger los derechos colectivos supone la existencia de las circunstancias que los amenazan o vulneran; pues si éstas han desparecido, desaparece también la causa que da lugar a dicha protección. No es posible hacer cesar la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, si éstas han dejado de existir; tampoco lo es restituir las cosas al estado anterior, en tanto que, la ausencia de dichas circunstancias, supone, precisamente, que las cosas volvieron a su estado anterior sin necesidad de la orden judicial.*

*Así como la prosperidad de las pretensiones en una acción popular depende de lo acreditado por la parte demandante en el proceso[[31]](#footnote-31), la orden de proteger los derechos colectivos sólo puede proferirse cuando, al momento de dictar sentencia, subsisten las circunstancias, que a juicio de los actores, vulneran o amenazan tales derechos, pues de lo contrario el fundamento fáctico y jurídico de dicha orden judicial habría desparecido, y su objeto -que es, precisamente, la protección de los derechos colectivos- ya se habría logrado, generándose, de esta manera, una sustracción de materia[[32]](#footnote-32)”.*

Siendo ello así, si en el curso del proceso desaparecen las circunstancias que amenazan o vulneran el derecho colectivo, no es posible ordenar su protección en la sentencia, pues tal decisión sería inocua y alejada de la realidad. La cesación de la amenaza o vulneración de los derechos conduce a la negativa de las pretensiones de la acción popular”[[33]](#footnote-33).

En el *sub lite*, el recurrente adujo que hubo incongruencia del fallo apelado con las pruebas arrimadas al proceso, y que el INVIAS inicialmente con los recursos apropiados contrató la ejecución de la obra del muelle de Lancheros, y producto de dicha ejecución se construyeron ocho módulos flotantes, *“hasta donde alcanzó los recursos colocados”*, y que con posterioridad, el INVIAS realizó todas las actividades con el fin de culminar el muelle ajustándose a la legalidad y al presupuesto, y por tal motivo, no ha amenazado o vulnerado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

Revisada la actuación, observa la Subsección que en el contrato 1982 de 2006, celebrado por el INVIAS y el contratista José Orlando Carmona Prada, se estipuló como objeto el *“****MEJORAMIENTO DEL SERVICIO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE PASAJEROS MEDIANTE EL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE DE LANCHEROS EN EL SECTOR SUNRISE PARK, ISLA DE SAN ANDRÉS.”***, por un plazo de siete (7) meses, con un valor de cuatrocientos ochenta y ocho millones ciento cuarenta y ocho mil ciento nueve pesos ($488.148.109), y que para respaldar las obligaciones contraídas, el INVIAS contaba con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 1336 del 28 de febrero de 2006.

Igualmente, obra en el plenario “Acta de entrega del muelle Lancheros Fase 1”, que se *“resume en la pasarela flotante sur con su respectivo embarcadero, igualmente flotante”*, por lo que el objeto contractual no fue ejecutado en su totalidad.

También se observa en la inspección judicial y en el soporte fotográfico, que no se adelantó construcción en concreto, ni bases que permitieran instalar la infraestructura requerida para el aludido mejoramiento del servicio de transporte.

Para la Sala, de acuerdo con los medios probatorios allegados al plenario, apreciados en conjunto, no encuentra probado que los recursos destinados para la construcción del muelle, fueran insuficientes, toda vez que en el negocio jurídico se estipuló que se contaba con la disponibilidad presupuestal para la ejecución de la obra en su totalidad, por lo cual es posible colegir que los recursos eran suficientes de conformidad con los estudios previos realizados por la entidad demandada.

Por otra parte, es evidente para la Subsección que el objeto del contrato fue el diseño y construcción del Muelle de Lancheros en el sector Sunrise Park, Isla de San Andrés en su totalidad sin observarse en el texto contractual referencia alguna a realización de la obra por fases.

Lo anterior demuestra que la obra quedó inconclusa y por ende, no se ejecutó a cabalidad el objeto del contrato, contando con los recursos necesarios para ello, denotándose claramente que hubo serias deficiencias de planeación, ejecución y un total abandono de la obra, mostrando así que el derecho colectivo al patrimonio público se encontró gravemente afectado, *máxime* que para terminar el muelle, debido al abandono, se requiere la suma de mil trecientos millones de pesos ($1.300.000.000), de acuerdo con el documento “DIRECCIÓN DE INFRAESTRUCTURA – GRUPO VÍAS ACUÁTICAS – PROYECTOS EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURA DE TRASNPORTE ACUÁTICO EN EJECUCIÓN A CARGO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS A MARZO DE 2009”[[34]](#footnote-34).

Si bien, el INVIAS en el recurso de alzada manifestó que realizó diferentes actividades en aras de obtener recursos suficientes para llevar a cabo la construcción del muelle, lo cierto es que el objeto contractual no se ejecutó en el término estipulado en el negocio jurídico, existiendo en su momento los recursos necesarios para ello, y denotándose la falta de dirección general y la omisión de ejercer el control de la ejecución del contrato, así como también evidenciándose la inexcusable falta de planeación en que incurrió el INVÍAS.[[35]](#footnote-35)

No obstante lo anterior, la Subsección pone de presente que mediante auto del catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016), en uso de la facultad que trata el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, ordenó oficiar al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, con el fin que remitiera los documentos que daban cuenta de las actividades y contrataciones realizadas para la construcción y funcionamiento del Muelle de Lancheros en el sector Sunrise Park de San Andrés, a lo cual, la mencionada entidad allegó el memorando SMF 22843[[36]](#footnote-36), en el que informó que el muelle se encontraba en construcción a través de contrato realizado por Fonade en convenio con Fontur.

Además de lo anterior, el INVIAS también allegó el informe ejecutivo del estado del Muelle de Lancheros[[37]](#footnote-37), en el que se puso en conocimiento que se tomó un registro fotográfico en su avance, y se concluyó que el muelle estaría terminado aproximadamente para el día 15 de mayo de 2016.

Así mismo, en la mencionada providencia, se comisionó al Juzgado Único Administrativo de San Andrés, con el fin de practicar inspección judicial con intervención de peritos, con el fin de determinar el estado de las obras.

La inspección judicial fue practicada el 23 de mayo de 2016[[38]](#footnote-38), con presencia del perito ingeniero Jefferson Peterson Hooker, en la que se determinó que en ese momento la obra se encontraba aproximadamente en un 90%, por lo que quedaría únicamente pendiente la parte de las barandas de seguridad y la iluminación.

Por lo anterior, si bien al momento de presentar la acción popular el supuesto fáctico y móvil de la acción se circunscribía a que el muelle de Lancheros de San Andrés, no se encontraba terminado y en funcionamiento, situación que se encontró debidamente probada, pero pese a ello, y de acuerdo con las pruebas decretadas por esta Subsección *ex officio*, se pudo determinar que al momento de la práctica de la inspección judicial la obra se encontraba en un 85-90% y que las labores en ese momento se encontraban en marcha con el fin de terminar con su ejecución.

Por tal motivo, en el presente evento nos encontramos frente al desaparecimiento de los presupuestos facticos que dieron origen a la acción popular, por lo que al desaparecer la circunstancia que amenazaba o vulneraba el derecho colectivo, nos encontramos en presencia de un hecho superado que impide ordenar alguna protección pues existe carencia actual de objeto lo cual será declarado en la sentencia.

En cuanto a la solicitud de reconocimiento del incentivo pedido por la parte actora, la Sala niega la misma en razón a que los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 los cuales establecían el incentivo para los actores populares, fueron derogadas por la Ley 1425 de 2010.

En ese orden de ideas, con la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010, dicha figura – el incentivo económico para el actor popular - salió del ordenamiento jurídico dado que las disposiciones que la regulaban fueron derogadas, tesis que fue acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2013[[39]](#footnote-39).

Por los anteriores asertos, procederá la Subsección a revocar la sentencia proferida el once (11) de octubre de dos mil trece (2013), por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

* 1. **Sobre las costas**

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

**F A L L A**

**PRIMERO. Revocar** la sentencia proferida el once (11) de octubre de dos mil trece (2013), por el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la presente providencia.

**SEGUNDO.** En su lugar se dispone, **denegar** las pretensiones de la demanda por haber cesado las circunstancias que, a juicio del actor popular vulneraban los derechos colectivos al patrimonio público y la moralidad administrativa.

**TERCERO.** Sin costas.

**CUARTO.** En firme esta providencia, **envíese** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado Ponente**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

1. Folios 1 a 3 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 62 y 63 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 64 a 76 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 91 a 94 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 104 a 106 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 124 y 125 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 154 y 155 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 198 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 298 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 306 y 307 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 472 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 492 a 506 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 507 a 513 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 516 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 522 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 526 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 377 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 379 a 383 A del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-18)
19. Despacho comisorio No. 2010-02602-00. Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Inspección judicial a folio 27 y CD anexo. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artículo 168. *Pruebas admisibles.* En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artículo 31. [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del veinte (20) de octubre dos mil catorce (2014). Radicación: 19001233100020020037901 (30789). C. P.: Olga Mélida Valle de De La Hoz. [↑](#footnote-ref-23)
24. Auto del diecisiete (17) de julio de dos mil trece (2013). Folios 342 a 344 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 355 a 357 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del trece (13) de junio de dos mil trece (2013). Radicación: 08001-23-31-000-1997-11812-01(27353). C. P.: Enrique Gil Botero. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación: 23001-23-31-000-1997-08343-01 (22819). C. P.: Olga Mélida Valle de De La Hoz. En este sentido ver: Corte Constitucional. Sentencia T-269 de 2012. [↑](#footnote-ref-26)
27. A través de la acción popular, *“podemos afirmar que se trata de un medio procesal destinado a hacer prevalecer los derechos de solidaridad del pueblo colombiano reconducidos bajo el concepto de interés general en los términos de la Constitución Política, sujeta para estos efectos a los trámites especiales de la Ley 472 de 1998, por regla general, sin ningún tipo de preferencia en su trámite excepto cuando materialmente pretendan medidas de carácter preventivo ante la inminencia de daño de los derechos e interés colectivos, caso en el cual se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, (…)”* Santofimio Gamboa. Jaime Orlando. *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos: Un paso en la consolidación del Estado Social de Derecho.* Universidad Externado de Colombia. 2010. Págs. 23 y 24. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001). Radicación: 7300123310002000170401(AP-100). C. P.: Darío Quiñones Pinilla. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008). Radicación: 76001233100020050142301(AP). C. P.: Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno trece (13) de febrero de dos mil seis (2006). Radicación: 19001233100020030159401 (AP)C. P.: Germán Rodríguez Villamizar. [↑](#footnote-ref-30)
31. Artículo 39 de la Ley 472 de 1998. [↑](#footnote-ref-31)
32. AP-0268 de 2001, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C. P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 12 de febrero de 2004. Exp. 19001-23-31-000-2002-1700-01(AP) [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 5 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-34)
35. *“La jurisprudencia de la Sala ha sostenido repetidamente, y así lo reitera ahora, que en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;(v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. (Subrayado fuera del texto).* En: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación: 25000232600019940984501(14854). C. P.: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 377 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-36)
37. Folios 379 a 383 A del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-37)
38. Despacho comisorio No. 2010-02602-00. Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Inspección judicial a folio 27 y CD anexo. [↑](#footnote-ref-38)
39. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 3 de septiembre de 2013. Exp. AP. 17001333100120090156601, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-39)