

Señores

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA
CONSEJO DE ESTADO**

ces3secr@consejodeestado.gov.co

MEDIO DE CONTROL: ACCIÓN POPULAR
RADICACIÓN: 66001-23-33-000-2022-00012-01 (69424)
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO ALZATE BEDOYA
DEMANDADO: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y OTROS
VINCULADAS: CONCESIONARIA DE VÍAS Y PEAJES 2016 SAS – VIPSA
2016 Y OTRO

REFERENCIA: PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS RECURSOS DE
APELACIÓN INTERPUESTOS POR LA PARTE ACTORA, EL
COADYUVANTE Y EL MINISTERIO PÚBLICO

ALEJANDRA GARCÍA BOHORQUEZ, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.498.277 de Bogotá, D.C., abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 359.986 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada especial de **CONCESIONARIA DE VIAS Y PEAJES 2016 S.A.S**, conforme está acreditado en foliatura del expediente, por medio del presente me permito **PRONUNCIARME SOBRE LOS RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos dentro del proceso de la referencia, en concordancia con el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, solicitando desde ya que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda al no haberse acreditado la vulneración o amenaza de los derechos colectivos relacionados con la causa petendi planteada, tal y como lo consideró el *a quo*, conforme las razones de orden fáctico y jurídico que se procederá a exponer.

I. OPORTUNIDAD

A efectos de aclarar la oportunidad en la presentación del escrito, resulta imperioso recapitular las actuaciones que se han adelantado en el presente asunto:

- Mediante providencia del 2 de junio de 2023, el Despacho resolvió admitir los recursos de apelación presentados por Carlos Arturo Álzate Bedoya, Jairo Andrés Macías Sánchez y el Ministerio Público contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por considerar que la razón por la cual el INVIAS determinó continuar con el cobro del peaje luego de surtida la reversión del contrato de concesión, estuvo referida a la necesidad de asegurar el

adecuado mantenimiento, operación y desarrollo de la vía.

- En el citado auto también se aceptó la renuncia presentada por el abogado JOSÉ FERNANDO ESCOBAR ESCOBAR como apoderado de la CONCESIONARIA DE VÍAS Y PEAJES 2016 SAS – VIPSA 2016, que presentase mediante memorial del 9 de diciembre de 2022.
- En virtud de lo anterior, por Oficio No. OFI-1393-2023-SMD del 27 de julio de 2023, se requirió a mi representada para que nombre nuevo apoderado judicial que vele por sus intereses dentro del proceso con el lleno de los requisitos legales establecidos en la ley procesal vigente. Para ello, se concedió un término de diez (10) días, “(...) *so pena de continuar con el trámite procesal correspondiente*”.
- Dentro de la oportunidad correspondiente, esto es, el día 11 de agosto de 2023, se remitió al Despacho el poder especial, amplio y suficiente conferido a la suscrita, para que representara los intereses de la CONCESIONARIA DE VÍAS Y PEAJES 2016 S.A.S. – VIPSA 2016- en el proceso de la referencia.

Una vez aclarado lo anterior, vemos que para la CONCESIONARIA DE VÍAS Y PEAJES 2016 S.A.S. se interrumpió el término de ejecutoria del auto del 2 de junio de 2023 hasta tanto no nombrara un nuevo apoderado judicial, como consecuencia de la renuncia de su anterior apoderado.

Ahora, si bien la renuncia del poder no está contemplada como una causal de interrupción del proceso en los términos del artículo 159 del Código General del Proceso, ni como una situación en la que no corran términos a luces del artículo 118 *ibidem*; el Despacho le dio dicha connotación al haber afirmado en el Oficio No. OFI-1393-2023-SMD que “(...) *el término concedido para el efecto, es de diez (10) días contados a partir del recibo de la presente comunicación, **so pena de continuar con el trámite procesal correspondiente***”.

Así las cosas, es evidente que no podía computarse el término de ejecutoria del auto que admitió los recursos de apelación, mismo dentro del cual las demás partes procesales pueden pronunciarse sobre dichos recursos, a luces de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 247 del CPACA; comoquiera que mi representada no contaba con defensa técnica, ni material, en la medida que su apoderado de confianza había renunciado previamente al poder y dicha renuncia fue aceptada en la misma providencia en la que se admitieron los recursos de apelación.

En línea con lo anterior, el Despacho reconoció la necesidad de defensa técnica para continuar con el trámite procesal, en la medida que le otorgó un término de diez (10) días a mi representada

para que nombrara un nuevo apoderado, so pena de continuar con dicho trámite, es decir, que los términos y demás etapas procesales estaban interrumpidas o no corrían para la CONCESIONARIA DE VÍAS Y PEAJES 2016 S.A.S. – VIPSA 2016 -, hasta tanto no nombrara un nuevo apoderado.

De esta manera, considerando que mi representada nombró apoderado hasta el 11 de agosto de 2023, fecha en la cual se remitió el respetivo memorial al Despacho, es evidente que el término de ejecutoria del auto que admitió los recursos de apelación corrió para mi representada hasta el día siguiente en que se radicó el poder especial.

Como corolario de lo anterior, se tiene que el término de ejecutoria de que trata el artículo 302 del Código General del Proceso corrió para la CONCESIONARIA DE VÍAS Y PEAJES 2016 S.A.S. – VIPSA 2016 – los días 14, 15 y 16 de agosto de 2023. Así pues, el presente escrito se presenta en la oportunidad contemplada en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, en concordancia con el artículo 302 del CGP.

II. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN FORMULADOS

Antes de precisar las razones por las que el Despacho deberá confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante la cual se negó el amparo del derecho colectivo de la moralidad administrativa invocado por el señor CARLOS ARTURO ALZATE BEDOYA, es necesario señalar los argumentos presentados por los recurrentes en sus respectivos escritos.

- En primer lugar, por escrito radicado el 5 de octubre de 2022, el Procurador 38 Judicial II Administrativo como agente del Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en atención a que, a su criterio, la decisión desconoció la doble dimensión de la moralidad administrativa, pues en su consideración esta se puede transgredir aun con decisiones legales, siempre que estas no consulten el interés general o el fin de la función administrativa. Así las cosas, adujo que se descartó la vulneración de la moralidad administrativa con el mero razonamiento de que no se actuó incorrecta o corruptamente, lo cual resulta contrario a la doble dimensión de dicho derecho colectivo. Bajo esta óptica, señaló que no es viable fundamentar técnica y financieramente el cobro de un peaje con base en los estudios realizados para una concesión, toda vez que en esta última se contempla la recuperación de la inversión para el concesionario. Como sustento de lo anterior, indicó que no son equiparables los costos de la realización de las obras, a los de su mantenimiento. Además, advirtió que si bien reconocía la finalidad del financiamiento de la infraestructura vial a través de los peajes, no es menos cierto que debe mediar un estudio técnico y financiero que justifique su tarifa. Por ello, era necesario

que el INVÍAS realizara estudios técnicos para justificar el recaudo de peajes sobre las vías a su cargo. Con fundamento en todo lo anterior, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se ordene la suspensión del recaudo del peaje Cerritos II hasta tanto se presenten los estudios técnicos y financieros que justifiquen un esquema tarifario de mantenimiento.

- Por su parte, el señor JAIRO ANDRÉS MACÍAS SÁNCHEZ, en calidad de coadyuvante, radicó escrito de impugnación el 6 de octubre de 2022 manifestando:

“Finalmente en la auditoría que realizó la CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN y que fue notificada el 07 de junio del año 2012, a diversos peajes del país, entre ellos al que aquí se persigue su cierre, esto es el peaje de Cerritos II, se puede observar, sin asomo de duda, del detrimento patrimonial, de la AGENCIA DE INFRAESTRUCTURA y que INVÍAS pasó por alto y con todo y eso de manera arbitraria esta operando y cobrando un peaje que no tiene asidero jurídico.

Y es tal cual se observa de la referida auditoría, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, no cumplió con los contratos ni compromisos adquiridos de la concesión, esto es, ampliación de bermas, retornos para vehículos de seis (6) ejes, bahías, diseños que no correspondían a las obras del contrato, y otros si que fueron realizados sin sustento legal ni demostrarse su necesidad.

(...)

Sumado a todo esto hoy no hay señalización, reductores en mal estado y sin pintar, no se puede pagar con tarjeta, no hay control del dinero, no hay pagos preferenciales y demás ilegalidades que se pueden imaginar los honorables consejeros de estado, con un peaje que se convirtió en una notaría, donde la plata entra y no se sabe que destino se le da.

(...)

En ese sentido, y tal y como se conoce como hecho notorio por los informes de la Contraloría a muchos peajes, entre ellos el que se cuestiona su legalidad, es evidente que las entidades hoy demandadas violaron descaradamente el derecho colectivo que en este escenario judicial se persigue y no solo dejaron de lado sus obligaciones que la ley les impone, sino que a nuestro juicio están caminando por la línea del código penal colombiano, de allí que una de las pretensiones es no solo el cierre definitivo del peaje Cerritos II, sino también que se compulsen copias

de todas las piezas procesales con destino al dueño de la persecución penal, para lo de su competencia”.

- Por último, el actor popular presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, bajo los siguientes argumentos: i) uno de los efectos jurídicos de la terminación de la concesión es la reversión y la recuperación de la inversión por parte del concesionario que construyó la doble calzada, por lo que surge una nueva relación jurídica en cuanto a la administración de la vía efectivamente construida. Así las cosas, es inadmisibles la tesis de la inercia de la vigencia de la concesión, resultando imposible aplicar los mismos criterios para fijar el monto del peaje sobre una obra ya construida. ii) De otra parte, y con fundamento en lo anterior, señaló que la moralidad administrativa se vulneró al asimilar dos aspectos totalmente disímiles, esto es, un peaje orientado a la recuperación de la inversión del concesionario y otro un peaje destinado al mantenimiento de vías construidas.

Como se observa, los argumentos presentados se sustentan en que -a consideración de los recurrentes- resultaba inviable mantener el cobro del peaje con fundamento en los estudios y criterios establecidos para la concesión y, especialmente, para recuperar la inversión del concesionario, comoquiera que este realizó obras sobre la vía y, una vez terminada la concesión, el fin del peaje mutó a financiar el mantenimiento de la misma, costos que son sustancialmente distintos.

Sin embargo, salta a la vista que ninguno de los recurrentes logra acreditar que, en efecto, los costos de una u otra actividad son distintos, dado que no hay certeza respecto de la inversión de dichos recursos. Aunado a lo anterior, como bien lo reconoce el Ministerio Público, no existe ninguna norma que prohíba continuar con el cobro del peaje luego de finalizada la concesión, y menos aun que impida fundamentar dicho rubro en los estudios técnicos y financieros en que se basó la concesión, lo cual evidencia la imperiosa necesidad de mantener la decisión de primera instancia incólume y negar las pretensiones de la acción popular.

III. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Ahora bien, una vez aclarados los argumentos presentados por los recurrentes, es menester indicar que no están llamados a prosperar, pues carecen de fundamentación jurídica y parten de supuestos que no tienen sustento alguno. Por el contrario, la decisión de primera instancia es clara en advertir que el peaje Cerritos II fue creado en el año 1978 y, a partir de esta fecha, la autoridad competente, esto es, el Ministerio de Transporte, ha venido fijando su tarifa, de modo tal que la celebración de un contrato de concesión de infraestructura no altera de forma alguna el cobro de dicho peaje, bajo el entendido que con esta modalidad contractual se cambia la entidad

competente del recaudo, más no el fundamento del cobro. En virtud de lo anterior, se solicitará al *ad quem* confirmar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la acción popular.

Para comenzar, es importante recordar que el artículo 21 de la Ley 105 de 1993 es la norma que contempla el fundamento legal del cobro de peajes en las vías nacionales, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 21. TASAS, TARIFAS Y PEAJES EN LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE A CARGO DE LA NACIÓN. <Artículo modificado parcialmente por el artículo 1 de la Ley 787 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> **Para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, esta contará con los recursos que se apropien en el Presupuesto Nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo.***

Para estos efectos, la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte.

Todos los servicios que la Nación o sus entidades descentralizadas presten a los usuarios accesoriamente a la utilización de la infraestructura Nacional de Transporte, estarán sujetos al cobro de tasas o tarifas.

Para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes, se observarán los siguientes principios:

- a) Los ingresos provenientes de la utilización de la infraestructura de transporte, deberán garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo;*
- b) Deberá cobrarse a todos los usuarios, con excepción de las motocicletas y bicicletas, máquinas extintoras de incendios de los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, Cuerpo de Bomberos Oficiales, ambulancias pertenecientes a la Cruz Roja, Defensa Civil, Hospitales Oficiales, Vehículos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, vehículos oficiales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, vehículos oficiales del (DAS) Departamento Administrativo de Seguridad y de las demás instituciones que prestan funciones de Policía Judicial;*
- c) El valor de las tasas o tarifas será determinado por la autoridad competente; su recaudo estará a cargo de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio;*
- d) Las tasas de peaje serán diferenciales, es decir, se fijarán en proporción a las*

distancias recorridas, las características vehiculares y sus respectivos costos de operación;

e) Para la determinación del valor del peaje y de las tasas de valoración en las vías nacionales, se tendrá en cuenta un criterio de equidad fiscal.

PARÁGRAFO 1o. La Nación podrá en caso de necesidad y previo concepto del Ministerio de Transporte, apropiar recursos del Presupuesto Nacional para el mantenimiento, operación y desarrollo de la infraestructura de transporte.

PARÁGRAFO 2o. Para tener derecho a la exención contemplada en el literal b), es de carácter obligatorio que los vehículos allí relacionados, con excepción de las bicicletas y motocicletas, estén plenamente identificados con los emblemas, colores y distintivos institucionales de cada una de las entidades y organismos a los cuales pertenecen. Para efectos de control, el Ministerio de Transporte reglamentará lo pertinente.

PARÁGRAFO 3o. Facúltase a las Entidades Territoriales para decretar las exenciones contempladas en el literal b), del artículo 1o.

PARÁGRAFO 4o. Se entiende también las vías "Concesionadas".

De lo anterior se colige que el cobro de los peajes tiene su origen en la necesidad de financiar el adecuado mantenimiento, operación y desarrollo de las vías nacionales. Asimismo, dicha norma señala que el valor de las tasas o tarifas es determinado por la autoridad competente, y su recaudo está a cargo de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio.

Así pues, tal y como lo reconoció el Tribunal Administrativo de Risaralda, es evidente que el valor de la tarifa es fijado por la autoridad competente, en este caso, por el Ministerio de Transporte, más no en los estudios técnicos y financieros de un contrato de concesión de infraestructura, máxime si se considera que lo delegable es el recaudo, más no la fijación de las tarifas.

De tal manera, como se advirtió previamente, no hay prueba de que los costos durante la concesión de infraestructura hayan sido superiores a los del mantenimiento, toda vez que la destinación de los recursos recaudados por peajes se realiza conforme a planes y programas viales sobre el sector en donde se encuentra el respectivo peaje, por lo que no se puede concluir *per se* que una vez finalizadas las obras de ampliación o construcción de vías, los costos vayan a disminuir. Todo lo contrario, los recursos recaudados por los peajes tienen una finalidad específica y deben destinarse no sólo a obras viales, sino a la operación, mantenimiento y desarrollo de las vías nacionales. Así lo reconoció el despacho de primera instancia, en los siguientes términos:

“No obrando prueba dentro del expediente que la fijación de la tarifa del peaje Cerritos II establecida después del 2019 esté por fuera de los principios de su fijación y cobro, toda vez que, de acuerdo a la prueba testimonial recibida, los ingresos percibidos desde esta fecha se están utilizando en la infraestructura de transporte, en su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo, por medio de varios contratos de obras de mantenimiento y operación, sumado a que en la actualidad se está realizando todas las actividades legales pertinentes para la ejecución del programa “Vías del Samán”, cuyo propósito es la construcción, mejoramiento y mantenimiento de 347 kilómetros de vía, no existiendo prueba de una destinación indebida de los dineros recaudados o de un mayor valor obtenido y no invertido en la infraestructura de la vía, ni siquiera demostró o al menos informó en que consistía la afectación socio económica de los comerciantes y estudiantes de los municipios aledaños. Del mismo modo, no obra prueba que la tasa del peaje es desproporcionada a la distancia recorrida, a la característica vehicular y al respectivo costo de operación, ni que el valor del peaje incumple con el criterio de equidad fiscal, recordando al actor popular que cuando se alega la vulneración del derecho colectivo la moralidad administrativa, este tiene la carga de la prueba”.

Por tal razón, no es viable concluir -como lo hacen los recurrentes- que deba modificarse la tarifa del peaje una vez finalizado el contrato de concesión de infraestructura, pues son situaciones totalmente distintas, bajo el entendido que el peaje fue creado antes de la celebración del contrato de Concesión GG-406-2004 suscrito con la Concesionaria de Occidente S.A. y su tarifa debe fijarla el Ministerio de Transporte, independientemente de si la operación, mantenimiento y desarrollo de la vía se concesione a un privado o se ejerza directamente por el INVÍAS, como en el caso.

En el caso concreto, vemos que la tarifa de peaje fue prorrogada por el Ministerio de Transporte en uso de sus facultades y competencias, y no hay ninguna norma que exija un concepto técnico o financiero previo -como erradamente lo consideró el Ministerio Público-, más aun teniendo en cuenta que el peaje fue creado antes de la concesión otorgada a la Concesionaria de Occidente S.A., por lo que la ejecución del respectivo contrato de concesión no altera de manera alguna la finalidad del peaje, ni la utilización de los recursos obtenidos con el mismo.

Por último, debe considerarse que, si bien el agente del Ministerio Público basó su inconformidad en que la moralidad administrativa tiene dos dimensiones y, por tal razón, no es posible descartar su vulneración por el mero hecho de no mediar prueba de actos de corrupción; el Tribunal Administrativo de Risaralda analizó las dos dimensiones del derecho colectivo, y luego de arribar al análisis ya mencionado, destacó que tampoco hay prueba de conductas corruptas o arbitrarias por parte de las entidades accionadas, por lo que claramente se analizaron las dos dimensiones de la moralidad administrativa, resultando imposible dar razón al argumento presentado por el

procurador.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva de VIPSA 2016**

De otro lado, resulta palpable la falta de legitimación en la causa de mi representada, por cuanto en virtud del Contrato de Asociación Pública Privada de Iniciativa Pública No. 1059 de 2016 suscrito por la CONCESIONARIA DE VÍAS Y PEAJES 2016 SAS – VIPSA 2016 y el INVÍAS, no exista ninguna obligación a cargo de mi prohijada respecto a la fijación de la tarifa del peaje Cerritos II, dado que esto le compete exclusivamente al Ministerio de Transporte. Ahora bien, como lo reconoció el *a quo*, la fijación de las tarifas del peaje y su recaudo son actividades diferentes y, precisamente, es esta última la que se concesionó a VIPSA 2016, de modo tal que no se tiene ninguna injerencia en la determinación del valor del peaje, más aun considerando que en el contrato se definió peaje como aquella tasa por el uso de la infraestructura que debe pagarse por cada usuario, conforme a la Resolución de Peaje, esta última, expedida por el Ministerio de Transporte.

En concordancia con lo anterior, es claro que mi representada no está vulnerando derecho colectivo alguno y menos aún el que pretende amparar el actor mediante el presente trámite.

Aunado a ello, y como quedó plasmado en líneas anteriores, en el caso no se logró acreditar dicha vulneración ante la evidente ausencia probatoria de que debía fijarse una nueva tarifa, una vez finalizado el contrato de concesión de infraestructura, tal y como lo sostienen los recurrentes, más aun si se tiene en cuenta que el peaje fue creado antes de dicha concesión y, en virtud del artículo 21 de la Ley 105 de 1993, los recursos obtenidos deben utilizarse para el adecuado mantenimiento, operación y desarrollo de las vías, y en el caso no se logró acreditar que no se estén utilizando en tales actividades y, mucho menos, que durante la ejecución se haya incurrido en mayores costos que en el mantenimiento actual realizado por el INVÍAS.

IV. PETICIÓN

En mérito de lo expuesto, comedidamente solicito al Consejo de Estado se sirva **CONFIRMAR** la totalidad de la sentencia del 30 de septiembre de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro de la acción popular promovida por el señor CARLOS ARTURO ALZATE BEDOYA, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. NOTIFICACIONES

La suscrita recibirá notificaciones electrónicas en la dirección de correo electrónico notificacionesjudicialestgs@thomasgreg.com y alejandrag1213@gmail.com físicas en la carrera 42 Bis No. 17ª - 75, de la ciudad de Bogotá.

Cordialmente,



ALEJANDRA GARCÍA BOHORQUEZ

C.C. No. 1.032.498.277 de Bogotá, D.C.

Tarjeta Profesional No. 359.986 del C. S. J.