



Honorable

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN QUINTA

Magistrado Ponente: **Dr. LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**

secgeneral@consejoestado.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C.

E. S. D.

Referencia: Contestación acción de tutela recibida en el Fondo Adaptación mediante correo electrónico del 03 de septiembre de 2021 - NOTIFICACIÓN No. 88558
Radicado: 11001-03-15-000-2021-05740-00
Accionante: ANA VICTORIA MÉNDEZ CAMACHO
Accionados: Tribunal Administrativo de Santander, Invías y otros.

JUAN CARLOS HERNÁNDEZ ÁVILA, abogado, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.067.927.655 de Montería y portador de la Tarjeta Profesional No. 285.739 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de Delegado del **FONDO ADAPTACIÓN** para asumir la representación de la entidad en el trámite judicial de las acciones de tutela conforme a la Resolución No. 1029 del 19 de Septiembre de 2017, dentro del término conferido por su bien servido Despacho procedo a dar contestación a la Acción de la referencia, en los siguientes términos:

SOLICITUD DE RECHAZO O DECISIÓN DESFAVORABLE

Sea lo primero advertir al Honorable Despacho que simultáneamente a la tutela que aquí nos ocupan, se presentaron dos (02) acciones de tutelas más ante el Honorable Consejo de Estado, **cuyo escrito (hechos y pretensiones) es exactamente el mismo.**

Para conocimiento de su respetado Despacho, se informa que dichas tutelas se identifican así:

1. “SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO

BOGOTA D.C.,
miércoles, 1 de septiembre de 2021

NOTIFICACIÓN No.87396

Señor(a):
FONDO DE ADAPTACIÓN
email: notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co; puentes1@fondoadaptacion.gov.co

-
BOGOTA D.C.
ACCIONANTE: LINNEY PAOLA PEÑA VERA
ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2021-05635-00
ACCIONES DE TUTELA

Para los fines pertinentes me permito manifestarle que en providencia del 27/08/2021 el H. Magistrado(a) Dr(a) JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS de la SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, dispuso AUTO QUE ADMITE LA ACCION en la tutela de la referencia.

el Tribunal Administrativo de Santander deberá rendir un informe de los nombres y datos de notificación de las personas que compusieron las partes demandantes y demandadas y los



terceros en el referido proceso de acción popular, dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia”

2. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO

BOGOTA D.C., jueves, 2 de septiembre de 2021

NOTIFICACIÓN No.88187

Señor(a):

FONDO DE ADAPTACION

email: notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co;

fernandosalazar@fondoadaptacion.gov.co

FERNANDO SALAZAR RUEDA - APODERADO-
BOGOTA D.C.

ACCIONANTE: EDILBERTO ROJAS

ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER Y OTROS

RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2021-05654-00

ACCIONES DE TUTELA

Para los fines pertinentes me permito manifestarle que en providencia del 27/08/2021 el H. Magistrado(a) Dr(a) FREDY HERNANDO IBARRA MARTINEZ

de la SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, dispuso AUTO QUE ADMITE LA ACCION en la tutela de la referencia.”

Las mismas se encuentran pendientes de fallo.

Además, considero relevante precisar que ésta es la sexta (06) acción de tutela que se instaura bajo los mismos hechos y buscando la misma pretensión de fondo, en contra de los mismos accionados, veamos:

- **Primera tutela**

Ante el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A, se tramitó la acción de tutela radicado 11001-03-15-000-2018-03920-00, la cual fue admitida mediante auto del 24 de octubre de 2018, auto que resolvió la medida provisional así:

“LA PETICIÓN DE MEDIDA PROVISIONAL

La accionante, con el objeto de evitar un perjuicio irremediable, solicitó se decrete como medida provisional la entrega inmediata de la obra denominada puente de Izgaura y se ordene al Instituto Nacional de Vías (Invias) la construcción inmediata de los pasos peatonales dentro de los cinco puentes vehiculares en la vía los Curos-Málaga. (...)

El objeto de la solicitud

La accionante para impetrar la medida transitoria argumentó que las obras son necesarias para proteger a la comunidad, especialmente, la vida de los niños, niñas y ancianos que transitan por la zona.

(...)

En conclusión: Se niega la medida provisional.”



Mediante providencia de fecha 06 de diciembre de 2018, con Ponencia del Honorable Consejero WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, el Honorable Consejo de Estado profirió sentencia dentro de la presente acción de Tutela resolviendo **“Primero: Rechazar por improcedente la acción de tutela instaurada por la señora Lorein Elizabeth Osses Méndez en contra de la Sección Primera del Consejo de Estado, el Instituto Nacional de Vías, el Fondo de Adaptación, el Tribunal de Arbitramento y el señor Danil Román Velandia Rojas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.”**

En dicha sentencia, para efectos de esta solicitud, se plasmaron las siguientes consideraciones:

“La accionante, en causa propia y en calidad de agente oficiosa de la comunidad de García Rovira, especialmente de los niños, niñas y personas de la tercera edad, consideró que la Sección Primera del Consejo de Estado, el Instituto Nacional de Vías, el Fondo de Adaptación, el Tribunal de Arbitramento y el señor Danil Román Velandia Rojas vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, salud, debido proceso, seguridad y ambiente sano.

*Para el efecto, **sostuvo que existe una mora judicial y administrativa injustificada para resolver la grave situación que se presenta en la vía los Curos-Málaga y la omisión en la entrega de los puentes Hisgaura, Alto de las Viejas y La Judía.***

PRETENSIONES

Solicitó amparar los derechos fundamentales referidos. En consecuencia, requirió ordenar: 1. Al despacho del magistrado Roberto Augusto Serrato Valdés de la Sección Primera del Consejo de Estado dictar sentencia de segunda instancia al interior del proceso de protección de derechos e intereses colectivos,

2. Al Fondo de Adaptación activar y entregar el puente de Hisgaura junto con el esquema de seguridad de la obra y energía artificial,

3. Al Tribunal de Arbitramento desatar la controversia contractual entre el Fondo de Adaptación y el contratista Sacyr y,

4. A INVÍAS construir los senderos peatonales en los puentes vehiculares.

(...)

Problema jurídico

El problema jurídico en esta instancia puede resumirse en las siguientes preguntas:

1. ¿La accionante está facultada para actuar como agente oficiosa de la comunidad de García Rovira, especialmente de los niños, niñas y personas de la tercera edad?

2. ¿La accionante agotó el mecanismo judicial con el que contaba para intervenir dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos?

3. ¿La accionante acreditó la vulneración de sus derechos fundamentales?

Para resolver el problema así planteado se abordarán las siguientes temáticas: (I) legitimación en la causa por activa y (II) análisis del caso concreto. Veamos:

(...)

En ese orden de ideas, no se advierte la existencia de ninguna prueba que acredite que las mencionadas personas no puedan ejercer como agentes oficiosos. Así como tampoco se repara en que los padres, tutores o familiares de las personas de la tercera edad sean a quienes se les imputa la transgresión de los derechos, lo cual podría dar lugar a que un tercero asumiera su representación. (...)



Empero, en este caso no se advierte una real vulneración de los niños y niñas de la comunidad de García Rovira que amerite pasar por alto dichas exigencias, ya que no obran pruebas de que estos transiten por dichas zonas y menos aún que se trate de un peligro inminente que ponga en riesgo sus derechos fundamentales. Así las cosas, se colige que la señora Lorein Elizabeth Osses Méndez no está facultada para actuar como agente oficiosa de la comunidad de García Rovira, concretamente de los niños, niñas y personas de la tercera edad.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la acción de tutela únicamente procede para la protección de derechos colectivos de forma excepcional, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1. La vulneración o amenaza del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la vulneración del derecho colectivo, 2. El accionante debe ser la persona directamente afectada en su derecho fundamental, 3. La vulneración o amenaza del derecho fundamental deben estar probadas y 4. La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental y no del colectivo, sin perjuicio de que resulte protegido también este último.

(...)

Lo anterior bastaría para declarar la improcedencia de la acción de tutela. Sin embargo, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia de la señora Osses Méndez, se examinará si hay lugar al amparo solicitado por la accionante para amparar sus propios derechos fundamentales frente a la mora judicial alegada dentro del proceso de protección de derechos e intereses colectivos y el contractual que se adelanta ante el Tribunal de Arbitramento.

(...)

Ahora, en cuanto a la argumento de la accionante de que existe una demora al interior del Tribunal de Arbitramento que lleva a cabo la controversia contractual entre Sacyr S.A. Construcción S.A. Sucursal Colombia y el Fondo de Adaptación se repara en que aquella tampoco es parte procesal dentro del mismo y no se observa de qué forma la mora que, según la accionante, se presenta en el mismo conlleva a una violación de sus derechos fundamentales, pues existe una ausencia de pruebas sobre ese aspecto en el plenario.

Por último, se aclara que, respecto a las pretensiones de ordenarle al Fondo de Adaptación activar y entregar el puente de Hisgaura junto con el esquema de seguridad de la obra y energía artificial y a Invías construir los senderos peatonales en los puentes vehiculares, dichas decisiones están pendientes de resolución dentro del proceso adelantado por el Tribunal de Arbitramento y la Sección Primera de esta corporación, respectivamente, por lo cual no hay lugar a efectuar un análisis de fondo en consonancia con lo ya expuesto.”

Se advierte al señor Juez que, **ESTA SENTENCIA FUE IMPUGNADA POR EL SEÑOR DANIL ROMAN VELANDIA** y mediante Sentencia de Segunda instancia fechada del 27 de febrero de 2019, la Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera – Subsección C, con ponencia del Honorable Magistrado JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, resolvió:

“Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2018, proferido por la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

Consideraciones para tal decisión, las siguientes:



Pasando ahora al análisis del caso, la Sala entiende que la queja del impugnante Danil Román Velandia Rojas, a su vez promotor del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos con radicado No. 680012333000- 2015-00847-01, **radica en que el fallo de tutela de primera instancia desconoció su calidad de coadyuvante, hecho que dijo haber manifestado en la "contestación de la tutela"**, de manera que ostenta un interés legítimo en los resultados del proceso; en tal virtud, debió estudiarse el fondo del asunto, ya que los requisitos generales se encontraban superados.

(...) y en el caso que nos ocupa, Danil Román Velandia Rojas, al intervenir como tercero interesado en los hechos de la acción de tutela, coadyuvó las pretensiones de la acción de amparo, razón por lo que la falta de legitimación en la causa por activa de Lorein Elizabeth Osses Méndez.

Sin embargo, esta Sala encuentra pertinente aclarar que el fallo de primera instancia, contrario de lo que expuso el impugnante, sí examinó a fondo la pertinencia de la tutela, y la hizo en consideración a los derechos fundamentales de la tutelante Lorein Elizabeth Osses Méndez, de modo que, a pesar de que no cumplía con los requisitos para actuar como agente oficiosa de quienes invocó como sus agenciados y agraviados en sus derechos fundamentales, hizo abstracción de ello y abordó el estudio de la acción constitucional, desde la óptica de la vulneración de los propios derechos fundamentales de la actora por la mora judicial alegada en el trámite del proceso de protección de derechos colectivos y el contractual adelantado por el Tribunal de arbitramento.

(...)

En el caso que nos ocupa, el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario -medida de control de protección de derechos e intereses colectivos – en consideración a las características procesales del mecanismo y la protección de los derechos colectivos que persigue, era el medio idóneo para asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidad la de i.) evitar el daño contingente, ii.) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses, iii.) o restituir las cosas a su estado anterior. Ergo, ese medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, porque salvaguarda de manera eficaz los derechos fundamentales invocados, en este caso, la protección de los derechos de las personas de la provincia que cruza la vía Curosa - Málaga.

Nótese que la acción de tutela en estudio, pretende la protección de los derechos a la vida de los niños, niñas y ancianos que transitan sobre el puente Hisgaura y sobre los cinco (5) puentes que se encuentran en la vía Curosa - Málaga, y busca, básicamente, que se ordene por esta vía constitucional la entrega del puente Hisgaura junto con toda la infraestructura de energía artificial y seguridad requerida, así como la construcción de los senderos peatonales de los puentes de la vía Curosa - Málaga, en otras palabras, la misma causa petendi del medio de control instaurado por Danil Román Velandia Rojas.

En criterio de esta Sala, la idoneidad del recurso ordinario, entiéndase -el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos- ofrece una solución integral en toda su dimensión, a la problemática planteada por la actora en cuanto al bienestar y la seguridad de la comunidad de la provincia de García Rovira, por lo que ante la existencia y vigencia de tal medio, que además, se encuentra surtiendo el trámite de la segunda instancia, por sí mismo excluye la procedencia de la acción de tutela.

En conclusión, la Sala no encuentra probado la configuración de un perjuicio irremediable y ante su carencia, confirmará el fallo del 6 de diciembre de 2018, proferido por la Sección



Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Lorein Elizabeth Osses Méndez en contra de la Sección primera del Consejo de Estado, el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), el Fondo de Adaptación, el Tribunal de Arbitramento.”

Además, el señor Danil Román Velandia Rojas manifestó que, **en la decisión del 21 de febrero de 2019, no hubo pronunciamiento sobre la mora judicial, por lo que SOLICITÓ ADICIONAR LA SENTENCIA PROFERIDA**, en el sentido de tutelar los derechos fundamentales vulnerados y ordenar a la Sección Primera del Consejo de Estado, que profiriera fallo en el término improrrogable de ocho (8) días dentro del trámite de la acción popular.

Al respecto, mediante providencia del 29 de mayo de 2019 de la Sala Contenciosa Administrativa, Sección Tercera – Subsección C, con ponencia del Honorable Magistrado JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS dispuso: **“Primero: NEGAR la solicitud de adición de la sentencia del 21 de febrero de 2019 proferida por la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado, presentada por Danil Román Velandi Rojas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia,**

- **Segunda tutela**

Ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia del Circuito de Málaga se tramitó la acción de tutela radicado 2019-00105-00 promovida por DANIL ROMAN VELANDIA, LOREIN ELIZABETH OSSES MENDEZ Y OTROS, la cual se decidió mediante sentencia del 08 de agosto de 2019 cuya parte resolutive dispuso:

“PRIMERO: RECHAZAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por DANIL ROMAN VELANDIA ROJAS y otros en contra de FONDO DE ADAPTACIÓN, INVIAS (...), por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales ACCESO A LA JUSTICIA, LA SEGURIDAD VIAL EN EL TRAMO DECLARADO EN FALLA GEOLOGICA, DERECHOS A LA LOCOMOCIÓN Y TRANSITO (...)

- **Tercera tutela**

Ante el CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A (Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO) se tramitó la acción de tutela radicado 11001031500020190392200 promovida por **EDGAR LEONARDO VELANDIA ROJAS**, pretendiendo *“Solicito se ordene al Tribunal de Arbitramento y conciliación de Bogotá, resolver el conflicto jurídico entre Sacyr y el Fondo de Adaptación frente a la discusión de los Puentes la Judía y el SC 43 de la Vía los Curos - Málaga, que se encuentra radicado bajo el No. 5475” (...)* *“Solicito se ORDENE AL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO CAMARA DE COMERCIO de BOGOT A, el cual se Encuentra Integrado por los Señores Fernando Sanniento Cifuentes - Presidente del Tribunal, Eduardo Fonseca Prada, Fernando Silva Garcia y como secretaria Patricia Zuleta Garcia, registrado el mismo Bajo el Radicado No. 5475, QUE EN TÉRMINO DE DIEZ (10) DÍAS HABLES RESUELVA DE FONDO LA CONTROVERSÍA y DE LAS ORDENES A LUGAR PARA DESATAR LOS OTROS DOS PUENTES DE LA MISMA VÍA NACIONAL ”*

Esta tutela se decidió mediante sentencia del 03 de octubre de 2019, cuya parte resolutive dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.”

En este trámite constitucional no se presentó recurso de impugnación. Se adjunta copia de la sentencia.



- **Cuarta tutela**

Ante el CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C (Consejero Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS) se tramitó la acción de tutela radicado 11001-03-15-000-2019-05094-00 promovida por EDILBERTO ROJAS, pretendiendo *“el amparo constitucional de sus derechos fundamentales y “de los niños, niñas y adolescentes de conformidad con los ARTS (sic) fines del estado, 13 principio de igualdad, 42 la familia (sic), 44 derechos fundamentales, acceso a la justicia, derecho a la seguridad vial en tramo declarado en falla geológica, derecho a la locomoción y tránsito, derecho a la vida, debido proceso constitucional, protección a los niños, niñas y adolescentes, dignidad humana y prevalencia constitucional conforme al arto 4 de la Carta Magna de 1991”, que consideró fueron vulnerados por el Tribunal Administrativo de Santander, el Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá, el Fondo de Adaptación, el Instituto Nacional de Vías-INVIAS, la Contratista Sacyr Construcción Sucursal Colombia y el señor Daniel Román Velandia Rojas, al desacatar las ordenes emitidas en el fallo de acción popular con radicado número 2015-00847 -00, que se tramitó en el Tribunal Administrativo de Santander.” (...). “El accionante en el escrito de tutela solicitó como medida provisional: i) habilitar el tránsito vial de peatones y automotores sobre el puente denominado Hisgaura, ubicado en jurisdicción del Municipio de San Andrés- Santander; ii) ordenar al Tribunal de Arbitramento y Conciliación de Bogotá, resolver el conflicto entre Sacyr y el Fondo de Adaptación frente a la discusión de los puentes la Judía y el SC 43 de la Via los Curos-Málaga que se encuentra radicado bajo el No. 5475.”*

Ésta tutela fue fallada mediante sentencia del 13 de febrero de 2020, cuya parte resolutive dispuso:

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa de Edilberto Rojas para actuar como agente oficioso, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de amparo presentada en nombre propio por Edilberto Rojas, por los motivos expuestos en las consideraciones de esta providencia.

- **Quinta tutela**

Ante el SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B (Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter) se tramitó la acción de tutela radicado 11001-03-15-000-2020-02550-00 promovida por **Édgar Leonardo Velandia Rojas**, contra los señores magistrados de la subsección C de la sección tercera y de las secciones primera y cuarta del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura y del Tribunal Administrativo de Santander, por la presunta vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, manifestando:

“La solicitud de amparo. El señor Édgar Leonardo Velandia Rojas, quien actúa en nombre propio, presenta acción de tutela con el fin de que se le protejan las garantías superiores a las que se hizo referencia, presuntamente quebrantadas por los señores magistrados de la subsección C de la sección tercera y de las secciones primera y cuarta del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura y del Tribunal Administrativo de Santander.

Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a los señores magistrados (i) de la sección cuarta y de la subsección C de la sección tercera del Consejo de Estado decidir las acciones de tutela 11001-03-15-000-2019-05113-00 y 11001-03-15-000-2019-05094-00, en su orden; (ii) del Tribunal Administrativo de Santander desatar el recurso de reposición interpuesto contra el



auto de 12 de diciembre de 2019, con el que se determinó el monto de las costas procesales dentro de la acción popular 68001-23-33-000-2015-00847-00, **y realizar audiencia de verificación de cumplimiento de la sentencia que se dictó en ese trámite;** (iii) de la sección primera de esta Corporación calcular en salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) las costas procesales fijadas en la referida acción de popular; y (iv) del Consejo Superior de la Judicatura incluir en las excepciones a la suspensión de términos judiciales establecida a causa del virus COVID-19 el trámite de las acciones populares.

Mediante sentencia del dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020), el Honorable Despacho resolvió:

1º. Declárase improcedente la acción de tutela de la referencia, al no satisfacer la exigencia de subsidiariedad, en relación con la súplica de ordenar a los señores magistrados de la sección primera del Consejo de Estado calcular en smlmv las costas procesales determinadas en dicha acción popular, conforme a la parte motiva.

2º. Niégase el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del señor Édgar Leonardo Velandia Rojas, respecto de las demás súplicas de la acción, por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

Sentencia que fue impugnada por la parte accionante, obteniendo como resultado en segunda instancia del diecinueve (19) de octubre de dos mil veinte (2020), fallo proferido por CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B - Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero que dispuso:

“PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de julio de 2020 proferida por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, por las razones aquí expuestas.”

- **Sexta tutela**

Ante el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B Consejero ponente (E): Alexánder Jojoa Bolaños, se tramita la tutela radicado 11001-03-15-000-2021-04698-00, cuyo accionante es Yeison Ferley Huertas Basto en contra del Tribunal Administrativo de Santander, Dirección General del INVIAS,, mediante la cual se pretende:

“SEGUNDO: ORDENE, realizar el comité de verificación en Malaga de manera presencial en un auditorio, alcaldía, con la presencia de todos, para que así transiten la vía, puedan ver sus condiciones. TERCERO: ORDENE, a los demás jueces del Tribunal, dar rapidez a sus procesos, para que arreglen las obras que están dañadas, los puntos críticos y las zonas siniestradas. CUARTO: ORDENE, al Señor director de INVIAS, comenzar las obras de pavimentación, en especial la de los quilómetros 2 al 9 y, 122 al 124 de la vía malaga los curros QUINTO: ORDENE, al Señor Director de INVIAS, y al Director del Fondo de Adaptación, realizar los manteamientos del puente hizgaura y hacer las obras de la judía y las viejas en el quilometro 43.” Sic.

Se describió traslado de la acción de tutela y estamos a la espera de fallo.

- **Acción popular**

De otra parte, consideramos relevante que el Honorable Despacho tenga conocimiento del trámite que surtió el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos 68-001-23-33-000-2015-00847-00 promovido por Danil Roman Velandia en contra Instituto Nacional de Vías –INVIAS- y Fondo Adaptación, que ya cuenta con sentencia de primera y segunda instancia, así:



Empiezo por precisar lo que el Consejo de Estado resolvió en segunda instancia en la acción popular 68-001-23-33-000-2015-00847-00, para posteriormente, articulando dicha decisión con la de primera instancia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, con lo que se puede observar que en lo que respecta al Fondo Adaptación solo se exhortó a que se **“continúe tomando las decisiones necesarias para la construcción de los puentes Hisgaura, La Judía y Sitio Crítico 43”**, lo cual se está acatando en debida forma, veamos:

La sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación, dispuso lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada, así:

“DECIMO PRIMERO: ORDENAR al INVIAS y al Fondo de Adaptación, que efectúen las actividades correspondientes para dar cumplimiento a los contratos objeto de la presente y que se encuentran en ejecución, como lo son el contrato de obra No. 1639 de 2015, contrato de interventoría No. 1756 de 2015 y el convenio interadministrativo marco No. 014 del 31 de mayo de 2012; y, en caso de ya haber iniciado las acciones pertinentes, se dé el impulso respectivo a tales actuaciones para lograr el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por los contratistas, así como la terminación de las obras contratadas y, a su vez, que comiencen las obras faltantes y demás que sean necesarias.”

QUINTO: ADICIONAR la sentencia apelada, así:

“DECIMO SEGUNDO: Conformar un comité para la verificación del cumplimiento de lo decidido, el cual estará integrado por el Tribunal Administrativo de Santander a través de su magistrado ponente, quien lo presidirá; por el señor Danil Román Velandia Rojas, en su calidad de actor popular, por el señor Edgar Leonardo Velandia Rojas, en su calidad de



coadyuvante de la parte actora; por las Alcaldías Municipales de Málaga, Molagavita, San Andrés, Guaca y Santa Bárbara; por el Instituto Nacional de Vías – INVIAS; por el Fondo de Adaptación; y por el Ministerio Público, de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, quienes harán seguimiento a lo ordenado en el fallo e informarán sobre las acciones que se adopten y ejecuten”.

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

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

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

En este orden de ideas el fallo final, luego de la modificación y adiciones que introdujo el Consejo de Estado con la sentencia de segunda instancia que resolvió la apelación quedó así:

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Octavo: Condenar en costas al INVIAS.

Noveno: Reconocer a (...)

Décimo: Una vez en firme este proveído, archívese este expediente (...)

“DECIMO PRIMERO: ORDENAR al INVIAS y al Fondo de Adaptación, que efectúen las actividades correspondientes para dar cumplimiento a los contratos objeto de la presente y que se encuentran en ejecución, como lo son el contrato de obra No. 1639 de 2015, contrato de interventoría No. 1756 de 2015 y el convenio interadministrativo marco No. 014 del 31 de mayo de 2012; y, en caso de ya haber iniciado las acciones pertinentes, se dé el impulso respectivo a tales actuaciones para lograr el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por los contratistas, así como la terminación de las obras contratadas y, a su vez, que comiencen las obras faltantes y demás que sean necesarias.”

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

Bajo este entendimiento, respetuosamente se debe advertir al Honorable Consejero que el fallo en mención fue favorable al Fondo Adaptación, pues las ordenes están en cabeza única y exclusivamente del INVIAS. No obstante, tanto el Honorable Tribunal Administrativo de Santander como el Consejo de Estado realizan de manera expresa y clara un exhorto al Fondo Adaptación que deberá ser atendido para que se **“continúe tomando las decisiones necesarias para la construcción de los puentes Hisguara, La Judía y Sitio Crítico 43”**, el cual encuentra sustento a numeral 2.2. de la parte motiva del fallo inicial referido a la **“Gestión contractual del Fondo Adaptación”** (páginas 27 a 35) que concluye, en cuanto al Fondo se refiere lo siguiente:

“De lo anterior, la Sala puede CONCLUIR que el Fondo de Adaptación: (i) atendió la reconstrucción de la vía Los Curos - Málaga en la mayoría de sus puntos críticos, haciendo entrega o devolución de un número relevante al INVIAS, (ii) su compromiso permanece en la construcción de tres puentes de importantes dimensiones cuya construcción ha encontrado importantes dificultades por las características del terreno, sin que se hubiese demostrado una falla en la planeación, (iii) y ante esta situación el Fondo de Adaptación dentro de su discrecionalidad decidió celebrar un otosí para continuar con la edificación de esos puentes.”



Es así que en la página 12 del proveído, el Tribunal resuelve el problema jurídico planteado para fallar así:

“Pj3: ¿La intervención que el Fondo de Adaptación ha realizado de la vía Los cueros-Málaga ha sido idónea para la reconstrucción de los sitios críticos los riesgos que esta presenta para el tránsito vehicular?”

Tesis3: Sí.

Fundamento jurídico3: Pese a que se han presentado retrasos en la construcción de tres importantes puentes, el Fondo de Adaptación ha hecho uso de las herramientas que la legalidad le otorga para superar y asegurar la conclusión de las obras.”

Respuesta a la que se arribó con fundamento en la conclusión que se plasma en la página 36 del acápite de “Ordenes a impartir” al decir esa corporación jurisdiccional:

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

Ahora bien, sobre este punto el fallo de segunda instancia en el aparte referido a la “Apelación del actor popular y del coadyuvante de la parte actora” (páginas 81 a 82) puntualiza:

“De otro lado, si bien el actor popular, en su escrito de apelación, refutó que solo se “exhortó” al Fondo de Adaptación para efectos de que continuara tomando las decisiones necesarias para la construcción de los puentes Hisquara, La Judía y Punto Crítico (o Sitio Crítico) 43, la Sala concretará aún más dicha orden (prevista en el numeral sexto de la sentencia apelada), y la adicionará; en el sentido de disponer que también al INVIAS, en lo que a sus competencias se refiere, continúe tomando las decisiones necesarias y realizando las gestiones pertinentes al interior del contrato de obra No. 285 de 2013, para efectos de la construcción, edificación y entrega de los tres (3) puentes denominados La Judía, Hisquara y Sitio Crítico (SC) 43 – Pangote, y una vez sea resuelta de fondo la controversia contractual sometida al Tribunal de Arbitramento en Cámara de Comercio de Bogotá, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

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

Resalta la Sala que en atención a los escritos dirigidos por el actor popular al despacho del Magistrado Sustanciador, visibles de folios 1828 a 1836 del expediente, en los que solicita que al momento de emitir sentencia se pronuncie respecto del estado del puente La Hisquara, se observa que al tenor de las pretensiones elevadas en el libelo introductorio, dichos aspectos no



fueron puestos de presente ni involucrados en el mismo. Sin embargo, cabe resaltar que el Fondo de Adaptación, al darle respuesta a los derechos de petición le pone de presente al hoy accionante que, en relación con dicha obra se han presentado incumplimientos contractuales por parte del contratista que hoy están siendo objeto de controversia ante un tribunal de arbitramento.”

Al respecto se informa que el actor popular, y aquí coadyuvante, presentó un incidente de desacato frente al cual el Tribunal resolvió mediante auto de trámite del 15 de agosto de 2019, “**QUE SE ABSTIENE DE DAR APERTURA FORMAL AL INCIDENTE DE DESACATO Y ORDENA CONTINUAR EL TRAMITE COMO UNA VERIFICACION DE CUMPLIMIENTO.**”

Dicho y probado lo anterior, se considera que en este caso se configura la causal de rechazo del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 que **respecto a la temeridad** señala:

“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

En desarrollo de esta normatividad la Corte constitucional ha reiterado en abundante jurisprudencia¹ que la actuación temeraria y la cosa juzgada en materia de tutela buscan evitar la presentación sucesiva y/o múltiple de acciones de tutela, puntualizando que:

“La Sala precisa que promover sucesivas o múltiples solicitudes de amparo en procesos que versen sobre un mismo asunto pueden generar las siguientes situaciones: “i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y iii) **los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada”.** En suma, la Corte concluye que las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia.”²

De igual manera, en la sentencia T-266 de 2011, la Corte Constitucional manifestó:

“El artículo 38 del decreto 2591 de 1991 prohíbe que con base en idénticos supuestos de hecho y con el fin de satisfacer la misma pretensión material, se presenten dos o más acciones de tutela. Esta disposición tiene el objeto de evitar conductas que, mediante el ejercicio abusivo del derecho a la tutela judicial efectiva y el desconocimiento del principio de lealtad procesal, congestionen de manera dolosa o caprichosa el aparato judicial y restrinjan el derecho fundamental del acceso a la administración de justicia de otros ciudadanos. Asimismo, esta Corte ha precisado que en la medida en que el ejercicio de la acción de tutela es un derecho fundamental, las restricciones que se impongan al mismo con el fin de proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, deben ser limitadas. En ese orden, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la improcedencia del amparo constitucional por virtud de un actuar doloso y de mala fe

¹ Al respecto se puede consultar entre muchas otras las siguientes sentencias: T-883/00, T-502/03, T-583/06, T-939/06, T-981/06, T-242/08, T-1103/08, T-1204/08, T-1233/08, T-759/08, T-560/09.

² T-185 de 2013.



del demandante, supone una legítima restricción a este derecho. Así las cosas, corresponde a la autoridad judicial comprobar que la conducta de quien interpone la acción de tutela ha estado precedida por un actuar doloso o de la mala fe, ya que si el mismo se evidencia en el trámite, la acción de tutela no solo deviene improcedente en razón del mandato contenido en el artículo 38 del decreto 2591 de 1991, sino además, temeraria y merecedora, por ende, de sanción.”

Es así como recabo de su Honorable Despacho dar aplicación al precedente judicial según el cual no procede tramitar una acción de tutela cuando, como ocurre en este caso, mediante el ejercicio abusivo del derecho a la tutela “con base en idénticos supuestos de hecho y con el fin de satisfacer la misma pretensión material, se presenten dos o más acciones de tutela”, con lo cual es claro que procede el rechazo de la acción en este caso.

Sobre los requisitos descritos la Corte Constitucional en la **Sentencia SU-713/06**, precisó:

“Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar: (i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental. (iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción.”

Esta postura fue ratificada por el máximo órgano de la justicia Constitucional en sentencia T- 272 de 2019, al decir:

“Temeridad en la acción de tutela

La Constitución de 1991 indica que la acción de tutela es un medio judicial residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. No obstante, existen reglas que no pueden ser desconocidas por quienes pretenden que se les reconozca el amparo a través de esta vía, una de ellas es no haber formulado con anterioridad una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones.

Cuando una persona promueve la misma acción de tutela ante diferentes operadores judiciales, bien sea simultánea o sucesivamente, se puede configurar la temeridad, conducta que involucra un elemento volitivo negativo por parte del accionante. La jurisprudencia ha establecido ciertas reglas con el fin de identificar una posible situación constitutiva de temeridad. Sobre el particular, esta Corporación señaló:

“La Sentencia T-045 de 2014 advirtió que la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones y (iv) la ausencia de justificación razonable en la presentación de la nueva demanda vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del demandante. En la Sentencia T-727 de 2011 se definió los siguientes elementos “(...) (i) una identidad en el objeto, es decir, que “las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental”; (ii) una identidad de causa petendi, que hace referencia a que el ejercicio de las acciones se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa; y, (iii) una identidad de partes, o sea que las acciones de tutela se hayan dirigido contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado”. (negrilla fuera del texto original)



En caso de que se configuren los presupuestos mencionados anteriormente, el juez constitucional no solo debe rechazar o decidir desfavorablemente las pretensiones, sino que además deberá imponer las sanciones a que haya lugar.”

De no prosperar la anterior solicitud, solicito al Honorable Consejero, atender los siguientes argumentos de defensa para resolver esta acción, veamos:

CON RELACIÓN A LOS HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Al respecto debemos anotar desde ya que salvo lo relacionado específicamente con el Fondo Adaptación, sobre lo que nos pronunciaremos en el acápite de excepciones, las demás circunstancias fácticas que plantea el accionante no nos constan, razón por la que al carecer de información que nos permita pronunciarnos con certeza sobre su veracidad o no, nos atenemos a lo que resulte probado en el proceso, teniendo en cuenta que le corresponde al accionante la carga de la prueba³.

Frente a estos acápites el Sector Transporte del Fondo Adaptación, presentó el siguiente informe:

“Teniendo en cuenta que el Fondo Adaptación carece de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA en la presente acción constitucional por cumplimiento de fallo, solo nos pronunciaremos sobre los siguientes hechos para dar claridad al despacho:

PRIMERO: *Es parcialmente cierto, es importante resaltar que el Fondo Adaptación realizó las gestiones correspondientes para dar cumplimiento al fallo mencionado, por lo que se dio la **terminación final del puente Hisgaura**, bajo el contrato de obra 285 de 2013, el cual fue recibo el 23 de enero de 2020 por parte del INVIAS.*

SEGUNDO: *No nos consta ya que NO son de competencia de la entidad.*

TERCERO: *Es cierto, dentro de las obras contratadas por el Fondo Adaptación en el marco del proyecto No. 459, denominado “Recuperación de la carretera Málaga – Los Curos”, postulado a través del Ministerio de Transporte, y en convenio con el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), el FONDO tuvo la necesidad de entablar demandas por fallas que se generaron posterior a la ejecución de las obras.*

CUARTO al SEXTO: *No nos consta ya que No son de competencia de la entidad.*

SEPTIMO: *Es competencia del INVIAS, sin embargo se aclara que en el contrato de Obra 285 de 2013, en el numeral 7.3. del la comunicación del tutelante, se encontraban incluidos los puntos críticos La Judia y SC43, los cuales fueron resuletos por el Tribunal de Arbitramento instaurado por el contratista de obra, el cual falló hasta febrero de 2021.*

OCTAVO al DECIMO SEXTO: *No nos constan ya que NO son competencia de La entidad.*

1. PRETENSIONES

Nos oponemos a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la accionante, toda vez que, el Fondo Adaptación NO es el competente para dar solución a lo manifestado en la presente acción constitucional, teniendo en cuenta lo establecido en el Convenio Interadministrativo 014 de 2012 y el acta de entrega del Puente Hisgaura al INVIAS mediante

³ En la sentencia T-1270 de 2001 la Sala Sexta de revisión precisó: “Los hechos afirmados en la acción de tutela deben ser probados siquiera sumariamente para que el juzgador tenga la plena certeza sobre los mismos. No es posible sin ninguna prueba acceder a la tutela. La valoración de la prueba se hace según la sana crítica pero es indispensable que obren en el proceso medios probatorios que permitan inferir la verdad de los hechos”.



el cual la entidad dio cumplimiento a la orden judicial, no obstante damos claridad frente a las pretensiones así:

Es importante resaltar que el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2010-2014 –Prosperidad Para Todos, en su Capítulo VI: –Sostenibilidad y Prevención del Riesgo, estableció una estrategia en su aparte C como respuesta a la ola invernal 2010-2011 (fenómeno de la Niña). En dicha estrategia se presentó un balance parcial de daños, como consecuencia del fenómeno de La Niña 2010-2011, así: –751 vías, 66 puentes vehiculares y 134 peatonales afectados. Los departamentos más impactados en términos de infraestructura vial son Antioquia, Santander, Caldas, Risaralda, Norte de Santander, Atlántico, Magdalena, Sucre, Córdoba, Bolívar, Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Boyacá.

Con el fin de atender adecuadamente esta situación de desastre, el Plan Nacional de Desarrollo planteó tres fases estratégicas: a) Atención temprana, b) Rehabilitación y c) Reconstrucción y Recuperación. De esas tres fases, al FONDO ADAPTACIÓN, en adelante EL FONDO, le correspondió la Fase de Reconstrucción y recuperación, mediante la ejecución de proyectos estratégicos que permitan soluciones definitivas a los problemas de exposición de la infraestructura vial.

Una de las vías más afectadas fue Málaga - Los Curos, en el Departamento de Santander, dificultando la conectividad regional ente Boyacá y Santander, en la que se evidenciaron 18 puntos críticos entre el PR 0 y el PR 97 y la afectación de 9 puentes que requieren su sustitución debido a diferentes causas como socavación, desestabilización, agrietamientos en muros y vigas, etc.

Por la intensidad y frecuencia de las lluvias registradas como consecuencia del Fenómeno de la Niña, en el año 2011 la vía presentó cierre total durante 14 días y pasos restringidos durante 65 días.

En virtud de las grandes afectaciones ocasionadas por el Fenómeno de la Niña 2010-2011, el Ministerio de Transporte postuló ante el FONDO el proyecto N° 459, denominado –Recuperación de la carretera Málaga – Los Curos, con el fin de construir las obras para mitigar y controlar la inestabilidad de los taludes y el riesgo geológico, que den solución a la vulnerabilidad de esta vía, disminuyendo la probabilidad de cierres y garantizando a los usuarios seguridad, circulación permanente y ahorros en tiempo de viaje y en costos de operación vehicular.

El Consejo Directivo del FONDO, en sesión del 21 de marzo de 2012, que consta en Acta N° 10, aprobó la postulación –Recuperación de la carretera Málaga – Los Curos. Adicionalmente, el FONDO ADAPTACIÓN suscribió con el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) el Convenio Interadministrativo Marco No 014 del 31 de mayo de 2012, con el objeto de aunar esfuerzos para el desarrollo y ejecución de los grandes proyectos y la solución de los sitios críticos de la red vial nacional no concesionada afectados por el fenómeno de La Niña 2010 -2011. Así mismo, suscribieron el Convenio Interadministrativo Derivado No 020 del 25 de julio de 2012, con el objeto de apropiar recursos, adelantar la contratación y ejecución de varios proyectos, entre los cuales se encuentra la Recuperación de la carretera Málaga – Los Curos

Para la ejecución del proyecto –Recuperación de la carretera Málaga – Los Curos se debieron realizar inicialmente los estudios y diseños a nivel Fase III de los sitios críticos de dicha vía (46 en total), para posteriormente adelantar las obras de construcción necesarias, con base en el resultado de aquellos. Con tal fin, el Fondo Adaptación, celebró el contrato No 106 de 2012, para la realización de los estudios y diseños a nivel Fase III de los sitios críticos de la Carretera Málaga – Los Curos entre los PR 0+000 al PR 113+000.



Los estudios y diseños correspondientes para los Sitios Críticos del corredor vial fueron aprobados por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe, de la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS), en su calidad de interventora y validados por el INVIAS.

Del resultado de dichos diseños, se realizaron cinco (5) contratos de obra para la intervención de 46 sitios críticos en el corredor, de los cuales fueron entregados la totalidad de estos sitios críticos al INVIAS, de acuerdo con lo acordado en el Convenio 014 de 2012 y el manual operativo del mismo.

Con relación a la Acción popular mencionada por el tutelante, esta tuvo sentencia de segunda instancia, y allí, el Consejo de Estado el 6 de junio de 2019, en relación con el Fondo Adaptación dispuso:

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

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

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

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada, así:

“DÉCIMO PRIMERO: ORDENAR al INVIAS y al Fondo de Adaptación, que efectúen las actividades correspondientes para dar cumplimiento a los contratos objeto de la presente y que se encuentran en ejecución, como lo son el contrato de obra No. 1639 de 2015, contrato de interventoría No. 1756 de 2015 y el convenio interadministrativo marco No. 014 del 31 de mayo de 2012; y, en caso de ya haber iniciado las acciones pertinentes, se dé el impulso respectivo a tales actuaciones para lograr el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por los contratistas, así como la terminación de las obras contratadas y, a su vez, que comiencen las obras faltantes y demás que sean necesarias.”

De lo cual, el Fondo Adaptación ha realizado todas las acciones correspondientes para el recibo y puesta en funcionamiento del Puente Hisgaura, el cual fue entregado al INVIAS el 23 de enero de 2020 y puesto en funcionamiento el 24 de enero del mismo año, de acuerdo con la sentencia antes relacionada.

De igual forma, y luego del fallo del primer tribunal de arbitramento, el Fondo Adaptación realizó las gestiones solicitadas por el INVIAS para devolución de los sitios críticos Judía y SC 43 (Pangote), llevada a cabo mediante comunicación E-2021-004453 del 11 de junio del 2021.

Por otro lado, el fallo de segunda instancia de la Acción Popular radicada 68001-23-33-000-2015-00847-01, ordenó al INVIAS la formulación de un proyecto para la culminación de la pavimentación total de la vía Málaga – Los Curos, incluyendo la solución a todos los puntos críticos actualmente existentes. Teniendo en cuenta que dentro de dicho corredor se localizan los sitios críticos La Judía y SC43 (Pangote), el Fondo Adaptación consideró pertinente que, en el marco de dicha intervención integral, sea el Instituto, como operador natural y responsable de ese tramo vial en su integridad, quien ejecute la construcción de las soluciones idóneas que permitan atender de manera definitiva las afectaciones que se presentan en los sitios críticos citados.



Por lo expuesto, es claro que el Fondo Adaptación actualmente y de conformidad al fallo judicial ya dio cumplimiento total a lo ordenado por lo que no es el competente para llevar a cabo lo solicitado por parte de la accionante, razón por la cual, bajo estos argumentos, se puede observar que en este caso existe justificación material sobre la imposibilidad de realizar lo solicitado, pues, como lo ha reiterado la jurisprudencia **“nadie está obligado a lo imposible”**.

Adicionalmente, de manera respetuosa se solicita tener en cuenta la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado N.º 73001 23 31 000 2006 01328 01(36565). Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA en la cual se sostuvo:

“La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la *“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas”*. Negrillas y subrayado fuera de texto

De esta forma, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación.

Por último, es importante manifestar que si la accionante no está de acuerdo con el actuar de los accionados existen otros mecanismos de defensa para garantizar sus presuntos derechos vulnerados, razón por la cual solicito al despacho tener en cuenta el principio de subsidiariedad mencionado en la sentencia T-177 de 2011 el cual sostiene: (...) **“En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”**. Subrayado fuera de texto

Así las cosas, **se solicita de manera respetuosa la DESVINCULACIÓN del Fondo Adaptación en la presente acción constitucional por no ser quien está llamado a responder lo solicitado por la accionante conforme a lo expuesto en el informe. Adicional a ello porque debe tener en cuenta que para dar cumplimiento a lo ordenado en un fallo judicial debe tramitarse de conformidad con la Ley 472 de 1998 - artículo 41.”**

Por lo anterior y con base en los argumentos que paso a exponer a continuación, nos oponemos a cualquier vinculación y/o asignación de responsabilidad a esta Entidad con ocasión del presente proceso, veamos:



EXCEPCIONES

1. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR AUSENCIA DE DERECHO FUNDAMENTAL A SER PROTEGIDO Y POR NO CUMPLIR EL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución la acción de tutela se consagra así:

“Art. 86. Acción de Tutela. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública....”**

El Decreto 2591 de 1991: establece:

“Artículo 1º. Objeto.: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por los menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción.” (Negrilla fuera de texto)

“Artículo 5 del decreto 2591 de 1991: “Procedencia de la acción de tutela: La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.” (Negrilla fuera de texto)

Con base en esta normatividad y teniendo en cuenta lo expuesto por el mismo accionante y el pronunciamiento del Sector Transporte, resulta pertinente anotar que en el presente caso NO existe vulneración a derecho fundamental alguno, pues la inconformidad que determina a la accionante al presentar la acción de tutela es el trámite que han surtido las actuaciones judiciales dentro de la acción popular 2015-00847-00 en tanto no se encuentra satisfecho con el trámite que ha impartido y las decisiones que ha proferido el Despacho Judicial de conocimiento, alegando meras apreciaciones de carácter subjetivo y que en forma alguna son probadas.

Se informa que el día de hoy, 07 de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Santander, notificó mediante Estado No. 158 que profirió 2 autos en el trámite del proceso, uno de ellos donde decide **NO APERTURAR FORMALMENTE INCIDENTE DE DESACATO**, requiere al INVÍAS y señala que **“En tratándose de aspectos que bien pueden dilucidarse con las pruebas documentales que aporte el INVÍAS, no se accederá, por el momento, a programar audiencia de verificación de cumplimiento.”** Se adjunta.

Entonces, **debe advertir el Honorable Despacho que la acción de tutela NO es el tipo de proceso judicial para adelantar los tramites y acciones que aquí se recaban**, pues, ello no es susceptible de ser decidido por la vía de la tutela, en tanto esta acción tiene un carácter subsidiario y al tenor de lo establecido por la Corte Constitucional, entre otras en la Sentencia T-177 de 2011 **“En los casos**



en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:

- (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados;
- (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y,
- (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”

Además, sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela la Corte Constitucional, entre otras en la Sentencia T-241 del 19 de abril de 2013, ha reiterado:

“PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

*La Corte ha manifestado de forma reiterada que acudir a la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de defensa, desconoce que los procedimientos administrativos y los procesos ante la administración de justicia son los primeros y más propicios escenarios para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. En particular, si el mecanismo con que cuenta la persona que considera afectados sus derechos es una acción judicial, desconocer la prevalencia de ésta “desfigura el papel institucional de la acción, ignora que los jueces ordinarios tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y vulnera el debido proceso al convertir los procesos de conocimiento en procesos sumarios”. Por estas razones, **un requisito de procedencia formal de la acción de tutela es que se hayan agotado todas las instancias y recursos en los cuales el afectado hubiera podido solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado. No obstante, la Corte ha establecido dos eventos en los que, reconociendo la existencia de otro medio de defensa judicial, es procedente la acción de tutela. Uno de ellos ocurre cuando se determina que el medio o recurso existente carece de eficacia e idoneidad y, el otro, cuando la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”** (Resaltado Fuera de texto).*

Requisitos que en el presente caso no se cumplen, puesto que no se acreditó, ni siquiera en forma sumaria, la existencia de la vulneración o amenaza de violación de un derecho fundamental y mucho menos de un perjuicio irremediable, toda vez que para tal efecto no basta la invocación general de la eventual o contingente violación de derechos fundamentales, sino que resulta necesaria la acreditación de un daño real, material y evidente frente a los derechos del demandante que hace impostergable su amparo a través de la acción de tutela.

Por el contrario, de los supuestos fácticos que cita el accionante, se reitera que se infiere que se trata de afirmaciones no sustentadas ni probadas, que se amparan más en un beneficio particular que en hechos reales y concretos, pues se insiste, no se ha vulnerado ningún derecho que amerite ser tutelado, amén que lo que realiza el accionante es la reiterada interposición de tutela, haciendo uso desbordado de dicho mecanismo, tal y como se señaló en primer momento.

Conforme a las precisiones fácticas y jurídicas realizadas, al no existir vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno que pueda atribuirse a mi Representada, y por resultar improcedente la acción de tutela para el fin recabado se solicita relevar al Fondo Adaptación de cualquier tipo de



responsabilidad con relación a las pretensiones reclamadas y/o declararla improcedente conforme a los argumentos esgrimidos en precedencia.

2. FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA DEL FONDO ADAPTACIÓN EN ESTA ACCIÓN DE TUTELA

Sea lo primero precisar que la acción de tutela se sustenta en el trámite que ha surtido la Acción Popular radicado 68001233300020150084700 ante Despachos Judiciales, así como el trámite que le ha impartido el Tribunal Administrativo de Santander a su cumplimiento, recabando “VALORAR, si INVIAS Y EL FONDO DE ADAPTACIÓN, están incumpliendo las Sentencias de Primera y Segunda Instancia del Tribunal Administrativo de Santander, Consejo de Estado dentro de los radicados Nos. 2015- 00847-00, 2015-00847-01, conforme el Cronograma de pavimentación total, la atención de puntos críticos en comparación con el Conpes y el contrato de obra ya enunciado. TERCERO: Si como consecuencia de lo anterior, no prospera, ORDENAR FIJAR, al Tribunal Administrativo de Santander, llevar a cabo comité de Verificación de manera presencial (En el Municipio de Guaca y/o de Málaga) o semi-presencial”

En este orden de ideas, tiene la mayor importancia precisar al Honorable Magistrado cuál es la competencia que la normatividad le atribuyó al Fondo Adaptación, toda vez que la causa y el objeto por el cual se promueve esta tutela escapa por completo a nuestras funciones, en tanto la competencia del Fondo se limita con exclusividad **a la tercera fase de atención a las afectaciones que produjo el Fenómeno de la Niña 2010-2011, que conforme lo certificó el Director General del IDEAM “sucedió entre los años 2010-2011, inició a mediados de junio de 2010 y terminó a finales de mayo de 2011”,** veamos:

El objeto y finalidad del Fondo Adaptación se encuentra claramente establecido en el artículo 14 del Decreto 4819 de 2010, sobre el que la Corte Constitucional en Sentencia C-251 de 2011 al examinar la constitucionalidad de dicho Decreto precisó: **“el Fondo Adaptación se enfoca en la tercera fase de la emergencia, atinente a la “prevención y reconstrucción”, para de esta manera cumplir el mandato establecido en el artículo 1 del Decreto 4819 de 2010, que a la letra dice: “(...) Créase el Fondo Adaptación, cuyo objeto será la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de “La Niña” (...)”** (Resaltados fuera de texto).

En esta misma Sentencia la Corte Constitucional, en punto del objeto y las funciones del Fondo Adaptación, puntualizó:

“... el Departamento Nacional de Planeación explica que el Gobierno planea conjurar la crisis que dio lugar a la declaración del estado de excepción y evitar la expansión de sus efectos, por medio de un plan de acción que comprende tres etapas: una etapa de atención humanitaria de emergencia, que se ejecutará en el 2011, una etapa de rehabilitación, a desarrollarse entre el 2012 y el 2014, y una etapa de prevención y reconstrucción con una duración estimada de otros cuatro años, lo que significa que el plan terminará de implementarse hacia el 2018. Esta entidad precisa que el Fondo concentrará sus esfuerzos en la tercera fase del plan. Al respecto expresa:

“El Fondo de Adaptación se enfoca en la tercera fase de la emergencia. La existencia del Fondo asegura los recursos de inversión necesarios para impedir la prolongación y repetición de la situación causada por este fenómeno climatológico. (...)”.

⁴ “(...) Créase el Fondo Adaptación, cuyo objeto será la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de “La Niña”, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Este Fondo tendrá como finalidad la **identificación, estructuración y gestión de proyectos, ejecución de procesos contractuales, disposición y transferencia de recursos para la recuperación, construcción y reconstrucción de** la infraestructura de transporte, de telecomunicaciones, de ambiente, de agricultura, de servicios públicos, de vivienda, de educación, de salud, de acueductos y alcantarillados, humedales, zonas inundables estratégicas, rehabilitación económica de **sectores** agrícolas, ganaderos y pecuarios **afectados por la ola invernal y demás acciones que se requieran con ocasión del fenómeno de “La Niña”, así como para impedir definitivamente la prolongación de sus efectos, tendientes a la mitigación y prevención de riesgos y a la protección en lo sucesivo, de la población de las amenazas económicas, sociales y ambientales que están sucediendo.**” (Resaltado fuera del texto).



“En ese sentido, es claro que las acciones que debe emprender el Fondo Adaptación para la atención de la emergencia y prevenir la extensión de sus efectos pueden iniciarse durante el 2011, pese a que **sus funciones se centren especialmente en el desarrollo de la tercera fase, esto es, la concebida para la prevención y reconstrucción, con un enfoque más que asistencialista y coyuntural de prevención estructural.** En esta etapa se tiene previsto realizar actividades como las de **rectificación de trazados viales, reasentamiento preventivo de viviendas, mitigación de riesgos como taludes y canalizaciones, reparación de las infraestructura de acueductos y alcantarillados, saneamiento de cuencas y programas de saneamiento de aguas residuales, etc.,** que implican proyectos de mediano y largo plazo, que excederían el ámbito de lo que se considera una situación excepcional de emergencia y por tanto deberían ser debatidas en el marco del Sistema Nacional de Planeación e incluidas en los planes nacionales y territoriales de desarrollo.

(...) **Es importante señalar sí, que las medidas de prevención, atención y reconstrucción deben concentrarse en las zonas afectadas por la ola invernal, igualmente, que las actividades del Fondo Adaptación no pueden ser diversas a esa atención.** (...)”

En efecto, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en su intervención en el examen de constitucionalidad del Decreto 4819 de 2010 que realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-251 de 2011, explicó que son tres las etapas de atención a la emergencia invernal Fenómeno de la Niña 2010-2011, a saber:

- 1) La atención humanitaria que se prolongó durante el 2011;
- 2) La rehabilitación que estuvo en curso hasta el 2014, y
- 3) **La etapa de prevención y reconstrucción que se extenderá hasta el 2018.**

Ahora bien, el citado artículo 1 del Decreto 4819 de 2010 debe interpretarse de manera sistemática con la **Ley 1450 de 2011**, con la que se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, que en los literales a. y b., del numeral 2, del literal C., del Tomo II, Capítulo VI (Sostenibilidad Ambiental y Prevención del Riesgo), establece las fases de intervención, los sectores estratégicos y el esquema institucional de la respuesta del Gobierno Nacional a la Ola Invernal 2010 – 2011 en los siguientes términos:

“VI. SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y PREVENCIÓN DEL RIESGO

(...) C. Respuesta a la Ola Invernal 2010-2011

2. Lineamientos y acciones estratégicas

a. Fases de intervención y sectores estratégicos

Para el manejo de la situación de desastre se han considerado tres fases principales, esto es: atención, rehabilitación y recuperación y reconstrucción.

(...)

b. Esquema institucional

Para hacer frente a la emergencia se han conformado dos instancias para el manejo de las diferentes fases ya descritas, esto es, una Gerencia para el Fondo Nacional de Calamidades encargada de acciones dirigidas a la atención y rehabilitación.

Asimismo, se ha conformado un Fondo de Adaptación cuyo objeto será la recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de la Niña, con personería jurídica, autonomía presupuestal y financiera, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Resaltado fuera del texto).

Es decir, **la estrategia diseñada por el Gobierno Nacional para la atención de las afectaciones que produjo el Fenómeno de la Niña 2010-2011 comprende las tres fases arriba mencionadas, habiéndose asignado las fases 1 y 2 de atención humanitaria y rehabilitación a Colombia Humanitaria, que posteriormente pasó a ser competencia de la UNGRD, donde se incluyó lo atinente a subsidios de arrendamiento, y la fase 3 al Fondo Adaptación.**

Es claro entonces que a la luz de la normatividad en mención la competencia funcional del Fondo Adaptación se contrae a la fase tres de atención a la emergencia, cuyo objeto consiste en la



recuperación, construcción y reconstrucción de las zonas afectadas por el fenómeno de "La Niña" 2010-2011, conforme a las condiciones y requisitos establecidos para ello, sin que exista posibilidad jurídica de que realice actividades distintas.

Bajo este entendimiento, el Fondo Adaptación no está llamado a atender las actuaciones que se demandan con esta tutela, en tanto éstas no corresponden a la tercera fase de atención de la emergencia ocasionada con el Fenómeno de la Niña 2010 / 2011, con lo cual, la aplicación del marco normativo de competencias que se explicó con antelación impone relevar al Fondo Adaptación, toda vez que de conformidad con el principio de legalidad no es posible sustraer competencias atribuidas a un determinado ente público para asignarlas a otro, sin que medie una norma legal que expresamente así lo disponga.

Se repara en este principio básico de asignación legal de competencias, propio de los Estados de derecho como el nuestro, toda vez que el Decreto 4819 de 2010 no derogó la asignación de las competencias territoriales que la propia Constitución y la ley realizan.

Conforme a las precisiones fácticas y jurídicas realizadas, es claro que al no existir una relación de causalidad entre lo que se pretende con esta tutela y la competencia funcional del Fondo Adaptación, se configuran los presupuestos de la excepción de falta material de legitimación por pasiva, en tanto no existe disposición constitucional o legal que establezca en cabeza de mi representada la competencia para realizar la actuación a que se refiere esta tutela, y merced a esta acción no puede imponérsele funciones para las cuales carece de vocación normativa, pues ello resultaría contrario a los claros mandatos del artículo 6 de la Constitución Nacional. Motivo suficiente para solicitar comedidamente a su Honorable Despacho se declare la improcedencia de la acción tutela contra el Fondo Adaptación y en consecuencia se releve a mi representada de cualquier tipo de responsabilidad al respecto.

Con relación a la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella como la "*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*"⁵, **de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el Juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.**

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones, pues supone que la persona contra la que se adujeron las pretensiones no era la titular de la obligación correlativa alegada. Al respecto la Jurisprudencia ha dicho:

*"(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)"*⁶.

Conforme a los argumentos esgrimidos, es claro que en este caso se configuran los presupuestos de la excepción de Falta de Legitimidad por Pasiva, sobre la que la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado también puntualizó:

"De ahí, pues, que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

⁶ Sentencia de 23 de octubre de 1990, expediente: 6054.



conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores”⁷.

3. INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN A LOS DERECHOS QUE SE CONSIDERAN VULNERADOS, POR PARTE DEL FONDO ADAPTACIÓN.

Sea lo primero traer a colación los siguientes apartes de la sentencia T-186 de 2017, en tanto constituye precedente aplicable a los derechos que se alegan vulnerados:

“DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Vulneración por dilación injustificada e inobservancia de los términos judiciales

MORA JUDICIAL-Definición

Se definió la mora judicial como un fenómeno multicausal, muchas veces estructural, que impide el disfrute efectivo del derecho de acceso a la administración de justicia, y que se presenta como resultado de acumulaciones procesales estructurales que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución de los procesos.

MORA JUDICIAL INJUSTIFICADA-Circunstancias en que se presenta

Tal fenómeno, contrario a los derechos fundamentales y debido proceso, se evidencia cuando: (i) se presenta un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial; (ii) no existe un motivo razonable que justifique dicha demora, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo; y (iii) la tardanza es imputable a la omisión en el cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial.

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS-No vulneración cuando la mora judicial no es imputable a la negligencia del funcionario judicial, sino que se encuentra justificación en la falta de capacidad logística y humana.”

Dicho esto, se tiene que la accionante promueve esta tutela solicitando el amparo al debido proceso, el acceso a la justicia y mora judicial.

Bajo este entendimiento, y de conformidad con las premisas fácticas y jurídicas que se tienen del pronunciamiento realizado por el Sector Transporte del Fondo Adaptación, transcrito en el acápite de hechos y pretensiones, es claro que no existe la alegada vulneración al debido proceso, y mucho menos aún puede endilgársele al Fondo Adaptación mora administrativa y judicial, amén que, por el contrario, se demuestra el cabal cumplimiento que mi representada ha dado a la sentencia de la acción popular aquí mencionada.

Esto es así, pues, de una parte, es imposible imputarle responsabilidad al Fondo Adaptación por los tiempos, actuaciones y trámites procesales que normalmente se toma un Despacho Judicial, así como tampoco puede ser el Fondo responsable por las decisiones con las que el accionante manifiesta no estar de acuerdo.

De modo que si la parte actora considera que los Despachos Judiciales accionados han incurrido en la vulneración de estos derechos por dilación injustificada, inobservancia de los términos procesales

⁷ La Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Sección Tercera, sentencia de 20 de septiembre 2001. Exp.10973.



y demás argumentos por él alegados, no basta con que lo diga sino que es su deber demostrarlo, lo cual no ocurre si quiera en forma sumaria en este caso.

4. EXCEPCIÓN GENÉRICA

De la manera más respetuosa y comedida solicito al señor Juez que se sirva decretar de oficio, cualquier excepción que advierta, o que resulte probada dentro del proceso, conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia aplicable al respecto, entre ellas la sentencia del 13 de febrero de 2013 en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, con ponencia del Consejero Dr. Hernán Andrade Rincón, dentro del proceso Radicado 110010326000201100063 00, puntualizó:

“Respecto del imperativo que constituye para el juez –y desde luego para el árbitro- el reconocimiento de las excepciones que encuentre probadas, se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sección, entre otras, mediante sentencia que se cita in extensum, dada la pertinencia para el caso del cual se ocupa la Sala en esta oportunidad:

“En desarrollo de este principio, dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que ese código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley. Complementariamente, el artículo 306 del mismo código prevé, en su inciso primero, que cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.⁸”

Con fundamento en lo anterior me permito realizar la siguiente.

PETICIÓN

Conforme a las precisiones fácticas, jurídicas y probatorias realizadas, al no existir ninguna vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que se pide tutelar que sea imputable al obrar del Fondo Adaptación en ejercicio de su competencia funcional se solicita a su bien servido Despacho relevarlo de cualquier tipo de responsabilidad con relación a las pretensiones reclamadas con la presente acción de tutela, o declararla improcedente conforme a lo expuesto en precedencia, advirtiéndose de la temeridad del accionante y su coadyuvante.

PRUEBAS

Para soportar lo descrito en el pronunciamiento realizado por el Sector Transporte, se adjuntan en el Google Drive de la siguiente dirección:

- Acta de Entrega del Puente Hisgaura al INVIAS
- Otrosí No. 3 al contrato No. 285 de 2013.
- Comunicación E-2021-004453 del 11 de junio de 2021
- Constancia de no intervención de los puntos Judía y SC 43
- Convenio Interadministrativo 014 de 2012 y sus otrosíes.

⁸ Original de la Sentencia en cita: “Al respecto, el profesor Hernando Devis Echandía explica que la ausencia de limitaciones del juez contencioso administrativo para decidir sobre todas las excepciones que resulten probadas, propuestas o no, dejando a salvo la prohibición de reformatio in pejus, se explica porque los representantes del Estado no pueden renunciar a la prescripción, ni sanear la nulidad sustancial relativa, dado que ello equivaldría a disponer, sin las formalidades legales, de derechos sustanciales de las entidades públicas. Cfr., Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso, Tomo 1, 13ª edición, Diké, Medellín, 1993, p. 243. Por su parte, el profesor Carlos Betancur Jaramillo expresa que la facultad oficiosa del juez, respecto de la declaración de las excepciones de fondo, no comprende el caso de la nulidad relativa, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1743 del C.C. y 46 de la Ley 80 de 1993. Manifiesta, además, que aquella facultad “parte del supuesto que sea la entidad pública la parte demandada, porque, si lo fuere el particular, las reglas, tanto del código civil como las de procedimiento civil, conservan su vigencia a ese respecto. Cfr., Derecho procesal administrativo, Señal Editora, 5ª edición, Medellín, 1999, p. 319.”



- Manual Operativo del Convenio 014 de 2012

ANEXOS

Para acreditar la facultad para actuar en este proceso en representación del Fondo Adaptación se adjunta copia de la Resolución 1029 del 19 de Septiembre de 2017, mediante la cual la Secretaría General del Fondo Adaptación delegó “en Juan Carlos Hernández Ávila, (...) del Equipo de Trabajo de Defensa Judicial, Extrajudicial y Cobro Coactivo de la Secretaría General del Fondo Adaptación, la representación del Fondo Adaptación en el trámite judicial de las **Acciones de Tutela** de que trata el Decreto 2591 de 1991, y demás normas complementarias, a las que se vincule el Fondo Adaptación de oficio o a petición de parte.”.

NOTIFICACIONES

El Fondo Adaptación las recibe en la Calle 16 No. 6 - 66 (Piso 12) Edificio Avianca, de la ciudad de Bogotá D.C. o en el siguiente correo electrónico:

notificacionesjudiciales@fondoadaptacion.gov.co

Del despacho con todo respeto.

JUAN CARLOS HERNANDEZ AVILA

C.C. No. 1.067.927.655 de Montería

T.P. No. 285.739 del C.S.J.