



JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Sección Segunda
Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4°
Correo electrónico: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
Micrositio: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Acción Popular	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-31-016-2011-00468-00
Demandante:	MARCELA NAVARRO SEPÚLVEDA
Demandado:	TRANSMILENIO S.A. Y OTROS

1.- ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas y presupuestos procesales de la acción popular de la referencia sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, conforme al artículo 88 de Constitución Política de 1991 y la Ley 472 de 1998 dicta la sentencia dentro de la acción promovida por la señora **MARCELA NAVARRETE SEPULVEDA** contra la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. Y OTROS**, en la cual solicita que se acceda a las siguientes:

2.- PRETENSIONES:

Solicita que se ordene la protección de los derechos colectivos a la *moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y libre competencia económica*, previstos en los literales a), e) e i) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, vulnerados en su parecer por la adjudicación irregular, mediante la Resolución N° 327 de 15 de julio de 2011 del Gerente de Transmilenio S.A., de la Licitación Pública LP-003 de 2011 a la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., representada legalmente por la señora Nohora Patricia Acero Pérez; que se revoque la Resolución N° 327 del 15 de julio de 2011 y se ordene dar cumplimiento al pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-003 de 2011, respecto de las causales de rechazo propuestas previstas en el numeral 3.3. N° 14 del pliego de condiciones, “*cuando se compruebe confabulación entre los interesados o **proponentes** tendientes a alterar la aplicación de los principios fijados por **TRANSMILENIO S.A.** para la presente **licitación***” y

que se obligue al Distrito, por conducto de Transmilenio S.A., que los oferentes presenten una prueba piloto (fl. 138 del expediente).

3.- HECHOS DE LA DEMANDA:

Se plantean en la demanda, en síntesis, los siguientes hechos:

Indica la parte actora que el 5 de abril de 2011 el Distrito Capital abrió el proceso de Licitación Pública No. 003 de 2011, cuyo objeto era “*seleccionar la propuesta más favorable para la adjudicación del contrato de concesión cuyo objeto es realizar el diseño, suministro, implementación, operación y mantenimiento del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario (SIRCI) del sistema integrado de transporte público (SITP)*”. El proceso de licitación se cerró el 20 de mayo de 2011 y quedaron válidamente inscritas las propuestas de (i) Promesa de Sociedad Futura Recaudo Bogotá SAS (Recaudo Bogotá), (ii) Promesa de Sociedad Futura Bogotá se mueve SAS, (iii) Promesa de Sociedad Futura SIRCI Bogotá SAS (Operador SIRCI Bogotá), (iv) Promesa de Sociedad Futura Operador SIRCI S.A.S.

Que el 6 de julio de 2011 se publicó el informe de evaluación definitivo, en el cual se calificaron los aspectos jurídicos, financieros y técnicos de las 4 propuestas con 150 puntos y con el adjetivo de “CUMPLE”, es decir, que confirmó el informe de evolución preliminar, a pesar de que contra el mismo se presentaron observaciones y contra observaciones, que fueron resueltas por la entidad.

Posteriormente, el 7 de julio de 2011 se llevó a cabo la audiencia de adjudicación y se calificaron las propuestas con los siguientes puntajes:

Promesa de Sociedad Futura Bogotá se mueve SAS: 121.571

Promesa de Sociedad Futura Recaudo Bogotá SAS: 150.000

Promesa de Sociedad Futura SIRCI Bogotá SAS: 131.821

Promesa de Sociedad Futura Operador SIRCI SAS: 134.393

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante la Resolución N° 327 del 15 de junio de 2011 se le adjudicó el contrato al oferente Promesa de Sociedad Futura Recaudo Bogotá S.A.S.

No obstante, sostuvo que en el proceso licitatorio hubo colisión de proponentes, es decir, un acuerdo ilícito entre los oferentes Recaudo Bogotá S.A.S. y Operador SIRCI Bogotá S.A.S., lo cual afectó la libre competencia. Para sustentar su afirmación indicó que los

dos proponentes tienen sucursal extranjera, que fueron constituidas el mismo día, con el mismo capital suscrito y pagado y la misma aseguradora les expidió las pólizas de cumplimiento de la oferta. Señala que el pliego de condiciones del proceso de licitación No. 003/2011 fue direccionado para evitar que la señora Nohora Patricia Acero apoderada única de la propuesta ganadora Recaudo Bogotá SAS- incurriera en inhabilidades o incompatibilidades que le impidieran participar en el proceso de contratación, toda vez que ella fue contratada como asesora jurídica para elaborar la propuesta de concesión del contrato de recaudo del SITP y obtuvo información privilegiada que posteriormente utilizó en su favor, pues el objeto del contrato se encuentra directamente relacionado con la LP- 003-/2011.

En el mismo sentido afirma que se direccionaron los pliegos de condiciones para que las causales de inhabilidad, incompatibilidad y conflictos de intereses no afectaran a la señora Nohora Acero, puesto que las causales allí contempladas tienen efectos del 2007 hacia el futuro, que fue la fecha en que coincidentalmente la mencionada apoderada terminó su contrato de prestación de servicios con la Empresa de Transporte Tercer Milenio- TRANSMILENIO.

Igualmente, señala que hubo transversalidad de experiencia entre los proponentes Recaudo Bogotá S.A.S. y Operador SIRCI Bogotá S.A.S., toda vez que el oferente Recaudo Bogotá S.A.S. presenta como experiencia los contratos desarrollados entre Express Santiago Uno S.A. y CITIMOVIL S.A. (socio mayoritario de Recaudo Bogotá S.A.S.), que tuvo como representante legal al señor Alfredo Múnera Jaramillo; a su turno el Operador SIRCI S.A.S. presenta como experiencia los contratos desarrollados por Inversiones URSUS S.A.S., cuyo representante fue el señor Alfredo Múnera Jaramillo y quien se presentó al proceso licitatorio como Asistente Financiero del proponente Operador SIRCI S.A.S.

De otro lado, considera que las propuestas económicas presentadas por los proponentes Recaudo Bogotá S.A.S. y Operador SIRCI S.A.S. se realizaron a mano y no digitalizadas como se hace con una propuesta seria. Además, la propuesta de Recaudo Bogotá S.A.S. puede ser artificialmente baja, mientras que la de Operador SIRCI S.A.S. es muy alta.

Finalmente, señala que la propuesta escogida no es la más favorable a los intereses de la administración, pues la oferta ganadora no garantiza la cantidad de puntos de venta y de recarga de tarjetas suficientes para satisfacer los intereses de la comunidad, no se consagra un sistema de pago diferente a la tarjeta.

4.- TRAMITE DEL PROCESO:

La demanda fue presentada el 23 de agosto de 2011 (fl. 57, Cuaderno N° 1); mediante auto del 25 de agosto de 2011, fue inadmitida (fls. 111-113, Cuaderno N° 1); dentro del término legal la parte actora procedió a corregir la acción (fls. 114-149, Cuaderno N° 1), razón por la cual mediante providencia del 5 de septiembre de 2011 se admitió la acción y en dicha providencia se ordenó la notificación al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. y a los representantes legales de las promesas de sociedad futura Bogotá Se Mueve S.A.S., Sirci Bogotá S.A.S., Operador Sirci S.A.S., Recaudo Bogotá S.A.S. y a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – TRANSMILENIO S.A., así como del Ministerio Público y al Defensor del Pueblo (fls. 465-467 Cuaderno N°1). En la misma providencia se negó la solicitud de medida cautelar solicitada por la accionante.

A través de auto del 6 de septiembre de 2011 (fl. 469, Cuaderno N° 1) se adicionó el auto admisorio de la demanda en el sentido de negar el llamamiento en garantía solicitado por la accionante.

Posteriormente, por intermedio de la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá D.C. se realizó la notificación de la demanda y sus anexos a las partes (fls. 471-475, Cuaderno N° 1). Sin embargo, a pesar de la expedición de distintas providencias mediante las cuales se ordenó la notificación de todas las partes demandadas y vinculadas, no fue posible hacerlo por cuanto no todas las promesas de sociedades futuras nacieron a la vida jurídica al no acceder a la licitación pública y por lo tanto no podían acudir al proceso, en consecuencia, por auto del 27 de marzo de 2012 (fl. 774, Cuaderno N° 2) el juzgado decidió excluir del proceso a las promesas de sociedades futura Bogotá Se Mueve S.A.S., Operador Sirci Bogotá S.A.S. y Operador Sirci S.A.S. y continuar el proceso como entidades demandadas únicamente con el Distrito Capital de Bogotá, TRANSMILENIO S.A. y la Sociedad Recaudo Bogotá S.A.S.

A continuación, mediante auto del 30 de mayo de 2012 (fl. 792, Cuaderno N° 2) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de pacto de cumplimiento para el 10 de julio de 2012, fecha en la que efectivamente se realizó dicha diligencia, declarándose fallida conforme al literal b) del artículo 27 de la Ley 472 de 1998 y como consecuencia de ello se continuó con el trámite procesal (fls. 797-825, Cuaderno N° 2).

A través de auto del 10 de agosto de 2012 (fls. 830-834, Cuaderno N° 2) se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes, frente al cual fue interpuesto recurso de

reposición por parte del apoderado de TRANSMILENIO S.A. y resuelto mediante auto del 29 de agosto de 2012 negando la reposición de la providencia recurrida (fls. 845-847, Cuaderno N° 2). Resuelto lo anterior, el 2 de octubre de 2012 y 7 de febrero de 2013 se recaudaron las pruebas testimoniales decretadas en el auto de pruebas (fls 890-897 y 907-915, Cuaderno N° 2).

Surtida la etapa de pruebas, mediante auto del 27 de julio de 2013 (fl. 928, Cuaderno N° 2), se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes, quienes los presentaron mediante memoriales que reposan a folios 929-982.

Cumplida la etapa de alegaciones, el 17 de enero de 2017 (fls. 984-999) se profirió sentencia de primera instancia en la que se negaron las pretensiones de la acción.

La promesa de sociedad futura Sirci Bogotá S.A.S. presentó recurso de apelación contra la sentencia del 19 de enero de 2014, recurso que le fue asignado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección C en Descongestión, quien en providencia del 14 de mayo de 2014 decidió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó correr traslado para alegar de conclusión en primera instancia por considerar que no se integró debidamente el contradictorio con las promesas de sociedad futura Bogotá Se Mueve S.A.S., Sirci Bogotá S.A.S. y Operador Sirci S.A.S. (fls. 4-13, Cuaderno Apelación).

Contra la decisión anterior fueron ejercidos los recursos de reposición y suplica por parte de la Sociedad Recaudo Bogotá S.A.S. y de TRANSMILENIO S.A. (fls. 14-18, 22-38, Cuaderno Apelación), por considerar que no se configuró la causal de nulidad indicada por el Tribunal, recursos que fueron resueltos de manera negativa por el Tribunal mediante providencias del 25 de junio, 30 de julio y 24 de septiembre de 2014 (fls. 44-47, 52-56 y 58-66, Cuaderno Apelación).

Así las cosas, a través de auto del 16 de septiembre de 2015 el juzgado expidió auto de obedecer y cumplir de la decisión adoptada el 19 de enero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección C en Descongestión y en la misma providencia se indicó que se tenía por notificada por conducta concluyente a la promesa de sociedad futura Sirci Bogotá S.A.S. representada por ANGELCOM Ltda. y se requirió a las partes para que aportaran la dirección de notificación de las promesas de sociedades futura Bogotá Se Mueve S.A.S. y Operador Sirci S.A.S. (fl. 1085 del expediente), orden que fue reiterada mediante auto del 6 de abril de 2016 (fl. 1092 del expediente), sin embargo, no fue posible obtener la

dirección de notificación, razón por la cual a través de auto del 29 de junio de 2016 se ordenó el emplazamiento en un medio de amplia circulación nacional de las promesas de sociedad futura Bogotá Se Mueve S.A.S. y Operador Sirci S.A.S. (fl. 1111 del expediente).

Al no darse cumplimiento a la orden anterior, por auto del 12 de octubre de 2016 se ordenó oficiar a la Defensoría del Pueblo – Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos para que con cargo a dicho fondo se sufragaran los gastos del emplazamiento ordenado (fl. 1112 del expediente). Por auto del 26 de abril de 2017 se requirió nuevamente a la Defensoría del Pueblo para que diera cumplimiento a la orden dada en auto del 12 de octubre de 2016 (fl. 1120 del expediente). Una vez cumplida la carga señalada, mediante auto del 29 de junio de 2017 se puso en conocimiento de las partes la publicación del emplazamiento (fl. 1125 del expediente) y por auto del 27 de septiembre de 2018 (fl. 1138 del expediente) se agregó al plenario la constancia de la publicación realizada.

Agotado el trámite del emplazamiento sin que se hicieran presentes las promesas de sociedad futura, mediante auto del 2 de diciembre de 2019 se designó curador ad litem de la lista de auxiliares de la justicia (fls. 1144-1146 del expediente), apoderado que solicitó su exclusión (fls. 1149-1158 del expediente), razón por la cual a través de auto del 14 de febrero de 2020 (fls. 1159-1161 del expediente) se le exoneró y en su lugar se designó a otro profesional del derecho para que asumiera el cargo, quien a su vez presentó prueba para que también se le relevara de la designación (fl. 1166 del expediente), razón por la cual, a través de auto del 13 de marzo de 2020 (fl. 1169-1171 del expediente), se le exoneró y se designó a otra profesional del derecho para que asumiera la defensa de las promesas de sociedad futura vinculadas, quien aceptó el nombramiento y tomó posesión, como se evidencia en las constancias que reposan a folios 11-72-1173 del expediente.

La curadora *ad litem* contestó la demanda en nombre de las promesas de sociedad futura Bogotá Se Mueve S.A.S. y Operador Sirci S.A.S. mediante memorial aportado el 4 de agosto de 2022 visible a folios 1174-1176 del expediente.

Cumplido lo anterior, mediante auto del 16 de noviembre de 2022 (fl. 1187 del expediente) se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes.

5.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

5.1- PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que no se presentó ninguna irregularidad en el proceso de licitación pública No. 003/2011, pues no genera ninguna irregularidad que la apoderada general de Recaudo Bogotá SAS haya suscrito un contrato de prestación de servicios con TRASMILENIO antes de empezarse a implementar el SITP (2006), pues el proceso contractual en el cual participó es absolutamente diferente. Igualmente señala que no hay ninguna irregularidad en el hecho de que una asegurado expida las pólizas de cumplimiento de dos contendientes que se enfrentan en un proceso contractual, así como tampoco la hay en el hecho de que una persona haya ejercido la representación legal de una empresa y luego la de otro, pues la administración ejercida por el señor Alfredo Múnera se hizo en periodos diferentes, además la entidad que representó la LP -003/2011 perdió la concesión del contrato.

También afirmo que no se presentaron propuestas artificialmente bajas, toda vez que en el pliego de condiciones se estableció una fórmula geométrica para establecer parámetros para determinar el precio más bajo ofertado por los participantes, la cual resulta bastante segura para evitar manipulación.

No es cierto que la propuesta económica del participante Operador SIRCI SAS, por si sola, hubiera sido determinante para que el proponente Recaudo Bogotá SAS hubiera logrado el mayor puntaje, pues si se retirara al Oferente Operador SIRCI SAS, o a cualquiera de las demás propuestas presentadas, del proceso de selección, Recaudo Bogotá SAS quedaría, en todo caso, con el mayor puntaje.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó ***improcedencia de la acción popular para solicitar la revocatoria de actos administrativos***, porque la naturaleza de la acción popular es prevenir la vulneración de derechos colectivos, por lo cual, la nulidad de actos administrativos o contratos debe solicitarse a través de las acciones ordinarias de nulidad y restablecimiento del derecho y contractual; ***improcedencia de la acción popular para proteger derechos subjetivos e individuales***, aduce que la presente acción no persigue la protección de derechos colectivos, sino que el contrato de concesión del SIRCI le sea adjudicado a los oferentes que fueron vencidos en el proceso contractual; ***improcedencia de la acción popular por inexistencia de violación al principio de***

moralidad administrativa, de afectación al patrimonio público o a la libre competencia económica; ausencia de riesgo de vulneración a derechos colectivos porque el proceso licitatorio se encuentra concluido.

5.2.- EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.

Se opone a las pretensiones de la demanda indicando que las consideraciones de la demanda son el resultado de apreciaciones subjetivas de la demandante que se encuentran desligadas de la realidad, que parece omitir que a lo largo de la actuación adelantada en la estructuración, apertura, desarrollo y adjudicación del proceso licitatorio TMSA-LP-003-2011 TRANSMILENIO atendió todos y cada uno de los principios de la contratación estatal, efectuando con seriedad la valoración de cada uno de los requisitos de las propuestas y seleccionó a quien demostró y ofreció la mejor propuesta para la operación del Subsistema de Recaudo e Información al Usuario – SIRCI. Igualmente, afirma que el diseño de los pliegos de condiciones del contrato fue un proceso que se desarrolló desde el 12 de julio de 2010, por lo cual no pudo existir favorecimiento de la propuesta seleccionada.

Frente al argumento de la demanda de falta de prueba piloto aduce el demandado que la misma se realizaría después de celebrar el contrato de concesión, es decir, en la etapa de empalme y adecuación del sistema.

5.3.- PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SIRCI BOGOTÁ S.A.S.

En síntesis, sostuvo que existieron irregularidades en la adjudicación de la licitación que se discute en la presente causa, como se extrae de las pruebas recaudadas, situación que generó la vulneración de los derechos colectivos indicados en la demanda.

5.4- PROMESAS DE SOCIEDADES FUTURA BOGOTÁ SE MUEVE S.A.S. Y OPERADOR SIRCI S.A.S.

En síntesis, indicó que no le constaban los hechos narrados por la parte accionante y en razón de ello se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

6.- PRUEBAS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante providencia del 10 de agosto de 2012 (fl. 830 C.2) se abrió el proceso a pruebas, teniendo como tales las aportadas al proceso. Las pruebas decretadas fueron practicadas.

Por auto del 16 de noviembre de 2022 se ordenó correr traslado conjunto a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión (fl. 1187 del expediente).

6.1.- Alegatos de la parte accionante. No presentó alegatos de conclusión.

6.2.- Alegatos de la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A. Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó que se negaran las pretensiones de la acción popular, porque ninguno de los elementos que configuran la responsabilidad del Estado por vulneración de derechos colectivos se configuró (acción u omisión por parte de la demandada; daño contingente, peligro o amenaza de derechos colectivos y el nexo causal), por el contrario –señala- la actuación de Transmilenio estuvo estrictamente apegada a la Constitución y la ley y a los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones. En el presente caso la parte demandante no probó la responsabilidad que imputa, porque ni siquiera participó en la práctica de las pruebas testimoniales, realizadas dentro del proceso.

Sobre el particular solicitó tener en cuenta las sentencias proferidas el 27 de octubre de 2022 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso 11001-33-31-715-0211-00029-01 y del 18 de julio de 2019 y la Resolución N° 3701 de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la controversia que se estudia en el sub examine.

6.3.- Alegatos de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA SIRCI BOGOTÁ S.A.S. No presentó alegatos de conclusión.

6.4.- Alegatos de las PROMESAS DE SOCIEDAD FUTURA BOGOTÁ SE MUEVE S.A.S. Y OPERADOR SIRCI S.A.S. Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en consecuencia solicitó que denieguen las pretensiones de la misma.

6.5.- Alegatos de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. No presentó alegatos de conclusión.

6.6.- Alegatos del DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. Manifestó que la actora no logró acreditar la vulneración de los derechos colectivos invocados, pues no se demostró cual fue el hecho de la administración que haya afectado los intereses colectivos. Por lo anterior, solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que la acción popular es improcedente para proteger derechos de tipo subjetivo como se extrae de las pretensiones de la de la demanda en la medida que en estas se solicita que se revoque el acto administrativo que adjudicó la licitación N° 003 de 2011 y que se de aplicación a las causales de rechazo previstas en el pliego de condiciones y se efectuó una prueba piloto, lo que claramente, no busca proteger los derechos colectivos que en la demanda se enuncian como amenazados o vulnerados e igualmente tampoco sería procedente en ningún evento, que el despacho accediera a tales pretensiones debido a que el proceso licitatorio se encuentra concluido, en consecuencia, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

6.7.- Concepto del Ministerio Público e intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. El delegado del Ministerio Público ante este Despacho y el representante de la ANDJE, se abstuvieron de presentar concepto e intervención en el presente asunto.

7.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La ciudadana **MARCELA NAVARRETE SEPULVEDA**, solicita a esta Jurisdicción que ordene la protección de los derechos colectivos previstos en los literales b), e) e i) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, denominados *moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y libre competencia económica*, vulnerados, en su concepto, por la adjudicación irregular mediante la Resolución 327 del 15 de julio de 2011 del Gerente de Transmilenio S.A., de la Licitación Pública LP-003 de 2011 a la Promesa de Sociedad Futura Recaudo Bogotá SAS, que dio lugar al *contrato de concesión cuyo objeto es realizar el diseño, suministro, implementación, operación y mantenimiento del sistema integrado de recaudo, control e información y servicio al usuario (SIRCI) del sistema integrado de transporte público (SITP)*.

Para tal efecto solicita que se revoque la **Resolución N° 327 del 15 de julio de 2011** y se ordene dar cumplimiento al pliego de condiciones de la Licitación Pública LP- 003

de 201, respecto de las causales de rechazo de las propuestas previstas en el numeral 3.3. N° 14 del pliego de condiciones, “*Cuando se compruebe confabulación entre los Interesados o **proponentes** tendiente a alterar la aplicación de los principios fijados por **TRANSMILENIO S.A.** para la presente **licitación**” y que se obligue al Distrito, por conducto de Transmilenio S.A. que los oferentes presenten una prueba piloto. (fl 138).*

7.1.- Problema jurídico: Corresponde al Juzgado determinar si la entidad y las empresas accionadas vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa, patrimonio público y el derecho a la libre competencia, en la adjudicación del contrato producto de la licitación pública No. 003-2011 a la Empresa Promesa de Sociedad Futura Recaudo Bogotá S.A.S.

7.2.- Excepciones.

La Empresa Promesa de Sociedad Futura Recaudo Bogotá S.A.S. propuso las excepciones de *improcedencia de la acción popular para solicitar la revocatoria de actos administrativos; improcedencia de la acción popular para proteger derechos subjetivos e individuales; improcedencia de la acción popular por inexistencia de violación al principio de moralidad administrativa, de afectación al patrimonio público o a la libre competencia económica; ausencia de riesgo de vulneración a derechos colectivos porque el proceso licitatorio se encuentra concluido*, las cuales tienen relación directa con el asunto de fondo, por lo tanto quedarán resueltas con la motivación y la decisión de mérito a que haya lugar.

Las demás entidades no propusieron excepciones.

7.3.- Procedencia de la acción popular.

La acción popular es un mecanismo constitucional por medio del cual toda persona puede reclamar la protección de los derechos e intereses colectivos, según el artículo 88 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 472/98, para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza o vulneración o agravio, o restituir las cosas a su estado anterior cuando ello fuere posible.

La **ley 1437 de 2011** en el artículo 144 reiteró el alcance de la protección de los derechos e intereses colectivos, pero añadió que cuando la vulneración provenga de la actividad de una entidad pública, inclusive producto de un **acto administrativo**

o de un contrato, puede demandarse la protección, “*sin que en uno y otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato*”¹, sin perjuicio de las medidas correctivas que estime pertinentes; también agregó la ley la obligación de requerir a la autoridad, antes de demandar, para que adopte las medidas de protección del derecho colectivo o interés amenazado o violado; si dentro de los 15 días siguientes a la solicitud la autoridad no responde o niega la protección, se puede acudir ante el Juez, Si existe perjuicio irremediable, no es necesario tal requerimiento.

De conformidad con tales disposiciones, para que prospere la acción popular se debe demostrar: i) la acción u omisión de la autoridad pública demandada y del particular; ii) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de los derechos o intereses colectivos y; iii) la relación de causalidad entre la acción u omisión de la entidad y el daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio a los derechos o intereses colectivos.

Ahora, la ley no definió qué son derechos colectivos; simplemente se limitó a relacionarlos en el artículo 4 de la ley 472 de 1998. Sin embargo, el Consejo de Estado² ha señalado que “*En el marco de las sociedades contemporáneas los derechos e intereses colectivos son sin duda una manifestación de la dimensión social del hombre, de su pertenencia a una comunidad, de su vida como miembro de un grupo, esto es, como parte de la sociedad.*”

Así las cosas, los derechos e intereses colectivos pueden definirse como aquellos derechos que pertenecen a la comunidad y que tienen como finalidad garantizar que las necesidades colectivas se satisfagan”³.

7.4.- Acción popular y contratación administrativa

La procedencia de la acción popular cuando se trata de proteger derechos e intereses colectivos con ocasión de la celebración y ejecución de contratos administrativos ha sido un tema controversial en la jurisprudencia colombiana, pues no solo no existía norma expresa, sino que el ejercicio desmesurado de esta acción constitucional podría conducir a dejar sin contenido la acción contractual que el legislador diseñó para resolver este tipo de controversias.

¹ Fragmento declarado exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C- 644 del 31 de agosto de 2011

² Sentencia del 08 de junio de 2011, SCA, Sección Tercera, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación Número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(Ap), Actor: Fernando García-Herreros Castañeda.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1993. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Inicialmente la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo que *“cuando existen mecanismos distintos a la Acción Popular para defender los derechos públicos o el interés general esta acción no es de recibo, como en efecto sucede en el sub-lite, ya que el cumplimiento de las cláusulas contractuales y las garantías se puede hacer efectivo a través de las acciones contenciosas”*. En otro pronunciamiento, esta misma Sala reiteró su tesis que *“en el caso de autos existen mecanismos distintos a la acción popular para defender los derechos públicos y el interés general y, en tales condiciones, la acción no es de recibo, ya que, si se presenta el incumplimiento de las cláusulas contractuales, su cumplimiento se puede hacer efectivo a través de las acciones contenciosas”*⁴.

Sin embargo, ni la Constitución Política ni la Ley 472/98 restringieron el uso de la acción popular cuando se trata de proteger derechos e intereses colectivos que resultan afectados o amenazados por la contratación administrativa irregular y, por el contrario, es claro que la celebración ilegal o los sobrecostos en los contratos podrían afectar los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público o a la moralidad administrativa. Por ello, el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 disponía que *“para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma subsidiaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”*, pero esta norma fue expresamente derogada por la ley 1425 de 2010, no porque no procediera la acción popular frente a actos y contratos estatales, sino porque simplemente hacía parte del capítulo de los incentivos de la ley 472 de 1998, que el legislador tuvo a bien eliminar en las acciones populares.

Precisamente, interpretando esa disposición, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que *“las irregularidades en que puede incurrirse en la actividad contractual pueden vulnerar derechos colectivos, que podrán traducirse en sobrecostos, sin que ello signifique que cuando éstos se presenten necesariamente se viole el patrimonio público, ya que será el juez en cada caso en particular, el que determine si se configura o no esa trasgresión”*⁵. Finalmente, esa sentencia aclaró que *“a pesar de que la acción de nulidad absoluta de los contratos sólo puede ser intentada, en principio, por las personas señaladas en la ley, cuando se ejerce una acción popular estará legitimada ‘cualquier persona’ o podrá el juez declararla de oficio, cuando esa decisión sea*

⁴ Consejo De Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de julio de 2003, exp. No. 17001-23-31-000-2001-1186-01(AP-1186), consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla.

⁵ Sentencia del 31 de octubre de 2006, expediente AP-518

necesaria para proteger los derechos colectivos, siempre y cuando en este último evento se cumplan las condiciones previstas en el artículo 87 del C.C.A”.

En otra decisión la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶ fue más allá al sostener que *“el juicio de legalidad de los actos administrativos no es el objeto ni la finalidad de las acciones populares, pero de probarse que un acto administrativo vulnera derechos o intereses colectivos el juez de la acción popular podrá declarar su nulidad”*

Finalmente esta controversia jurisprudencial vino a resolverse, como ya se dijo, con la **ley 1437 de 2011**, en cuyo artículo 144 precisó que cuando la vulneración de derecho o interés colectivo provenga de la actividad de una entidad pública producto de un **acto administrativo o de un contrato**, puede demandarse la protección, *“sin que en uno y otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato”*, circunstancia que no obsta para que se adopten las medidas correctivas o preventivas que el caso concreto requiera, a criterio del Juez, respetando la prohibición legal referida.

Así, las pretensiones de la demanda están encaminadas a la *“revocatoria”* de la Resolución 327 del 15 de julio de 2011, por la cual el Gerente de TRANSMILENIO S.A., adjudicó la Licitación Pública LP- 003 de 2011 a la Promesa de Sociedad Futura Recaudo Bogotá S.A.S. (fl. 138)

Al respecto observa el Juzgado que la *revocatoria* de los actos administrativos no es competencia de los jueces sino de las mismas autoridades que los hayan expedido o de sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte y por los motivos previstos en el artículo 93 de la ley 1437 de 2011, que también contempla el Decreto 01 de 1984.

Por lo anterior, en este caso, es decir en el marco de la acción popular, no es posible revocar el acto acusado ni anularlo, por la prohibición legal ya señalada.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, dentro del Expediente N° 52001-33-31-008-2008-00304-01(AP)REV-SU_20211004 del 4 de octubre de 2021, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, unificó jurisprudencia, en los siguientes términos:

⁶ Sentencia del 23 de agosto de 2012 Consejero ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación número: 13001233100020100071901(AP), Actor Alfredo Luis Gravini Simancas y otros.

“(...) improcedencia de la anulación de contratos estatales en las acciones populares iniciadas en vigencia del C.C.A. “En criterio de la Sala Especial de Decisión, en las acciones populares iniciadas en vigencia del Decreto 01 de 1984 la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene facultad para decretar la nulidad de contratos administrativos que se consideren causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez tiene la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro de ello. [...] Conforme al contenido [del artículo 87 del C.C.A.], la sede en la que debe discutirse la legalidad del contrato es en el proceso contractual, de forma que es al juez natural de conocimiento al que le corresponde declarar la nulidad total o parcial del referido acto jurídico y determinar las consecuencias jurídicas que tal declaración implica. En este supuesto es que la Sala considera que el control de la legalidad del contrato debe exceptuarse del conocimiento del juez popular, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual. [...] A]l realizar una interpretación sistemática de los artículos 2º, 9º y 34 de la Ley 472 de 1998, se establece que el hecho de que el juez popular no pueda decidir sobre la anulación de los contratos estatales, en nada afecta el carácter principal o autónomo de la acción la acción popular. [...] El anterior argumento encuentra sustento en los antecedentes de la Ley 472 de 1998 [...] que muestran que pese a que el legislador le dio el carácter de principal a la acción popular no quiso entregarle competencias anulatorias al juez. La interpretación de la Sala también encuentra apoyo en el análisis del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 [...]. Conforme a su sentido literal, la disposición señala de forma inequívoca una regla de competencia para el fallador que sólo puede revestir tres modalidades: i) una orden de hacer o no hacer, ii) la condena al pago de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y; iii) "exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible". Así, se puede establecer que la norma no determinó de forma expresa la posibilidad de la anulación de contratos administrativos.”

8.- De los derechos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la libre competencia económica, cuya protección se solicita.

8.1.- Sobre el derecho colectivo a la moralidad administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷ ha precisado que “Con el fin de definir la moralidad administrativa y así establecer el objeto de protección de las acciones populares, la jurisprudencia de esta Corporación ha desarrollado una intensa construcción conceptual a partir del análisis de sus relaciones con la legalidad, así como con fenómenos como el de la corrupción, la mala fe, la ética, el recto manejo de bienes y recursos del Estado y la lucha contra propósitos torcidos o espurios, entre otros⁸.”

⁷ Sentencia del 08 de junio de 2011, SCA, Sección Tercera, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación Número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(Ap), Actor: Fernando García-Herreros Castañeda.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01.

Ahora bien, lo cierto es que el Consejo de Estado también ha resaltado la dificultad de definir en abstracto la noción de moralidad administrativa, ante lo cual se ha establecido que su alcance y contenido será determinado por el Juez en el caso concreto “de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada”⁹.

Por otra parte, resulta importante señalar que a la luz de la Constitución Política, la moralidad administrativa ostenta naturaleza dual. En efecto, funge como principio de la función administrativa (Constitución Política, artículo 209 y ley 489 de 1998, artículo 3) y como derecho colectivo. En el primer caso, esto es como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido esta corporación en fallos anteriores¹⁰.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos.

En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación”¹¹. (...)

En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone

⁹ Véase, entre otras sentencias, CONSEJO DE ESTADO. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007, Exp. AP 2002-2943, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de septiembre de 2009.

¹⁰ En este sentido véase CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01 y Sentencia de 2 de septiembre de 2009.

¹¹ *Ibidem*. “Así las cosas, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo permite censurar la actividad de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública, puesto que el juicio en estos eventos se relacionará con el respeto por los parámetros éticos que, desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales, deben regir el cumplimiento de la función pública. En esa perspectiva, no corresponderá al juez de la acción popular imponer una postura subjetiva o individual de la moralidad, sino que, conforme a la multiplicidad de principios y valores reconocidos expresamente a lo largo del texto constitucional, junto con el sentido común (*sensus communis*), definir si en el caso concreto se vulneró o trasgredió el derecho”.

generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad¹². En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que:

“(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.”¹³.

Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con “el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero”¹⁴, noción que sin duda se acerca a la desviación de poder¹⁵.”

También ha sostenido el Consejo de Estado¹⁶ que “... significa el derecho - deber que tienen todas las personas que hacen parte de la comunidad de respetar y exigir el respeto por que lo público sea orientado de manera idónea, eficiente y transparente, sin que existan ánimos o intereses subjetivos en el manejo de las funciones estatales, sino que, por el contrario, la ejecución de las actividades y tareas públicas se haga atendiendo al interés general, con plena honestidad y pulcritud. En ese contexto, la moralidad como derecho colectivo supone la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir ante la jurisdicción para hacer cesar el peligro o restituir las cosas al estado anterior. En ese contexto, **debe puntualizarse que no todo comportamiento injusto o ilegal puede tacharse de inmoral, por cuanto, este último concepto supone, específicamente, una distorsión maliciosa**

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-913 de 2009. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. AP-166 de 2001.C.P.: Alier Hernández.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007. Exp. 35501 y CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. “*Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la ‘moralidad administrativa’ con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública*”.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2005. Expediente AP-03113. “*En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa*”

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Exp. AP-2305- 01. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, Exp. AP-2214. C.P.: Ruth Stella Correa.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de abril de 2010, Radicación número: 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP), C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno, citando la sentencia AP-25000-23-27-000-2001-00509-01;M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

en el comportamiento del funcionario o del particular que cumple funciones públicas; ánimo subjetivo torticero y malicioso que implica el desconocimiento de los postulados constitucionales y legales que informan el recto y adecuado ejercicio de las funciones estatales.”

(Negrillas del texto original)

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, para que se pueda predicar la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa se deben probar: **i)** la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación, **ii)** el quebrantamiento del principio de legalidad y **iii)** la desviación de poder.

8.2.- El derecho colectivo al patrimonio público, según el Consejo de Estado¹⁷ “alude no solo a *“la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado”*¹⁸ (...) implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial¹⁹. A su vez, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones *“que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa”* por cuanto generalmente supone *“la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos”*²⁰

Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: *“la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva”*²¹.”, sostuvo la Alta Corporación.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. AP - 1594 de 2001.

¹⁹ *Ibidem*. Véase también la Sentencia del 31 de mayo del 2002. Exp. AP-300 que “ (...) *la regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular*”.

²⁰ Véase CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 12 de octubre de 2006. Exp. AP 857 - 01.C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. *“De allí su consagración expresa en el literal e) y f) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, como derecho a la “defensa del patrimonio público” y “defensa del patrimonio cultural de la Nación”*.

8.3.- El derecho colectivo a la libre competencia económica, que comprende la libertad de empresa y la libre competencia, es un derecho de orden constitucional, previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, en los siguientes términos: “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos, ni requisitos sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación*” (Negrillas del Juzgado)

El derecho a la libre competencia económica, “*el Consejo de Estado lo ha definido en diferentes pronunciamientos desde una perspectiva particular, como una atribución propia del agente económico que participa en el mercado, y desde una perspectiva pública, como el derecho que propugna por la defensa del mercado, de la libertad de oferta y demanda en sí, con los límites y restricciones correspondientes a la iniciativa particular. Respecto de la protección que le puede ser dada a este derecho mediante las acciones colectivas, se exige a las autoridades judiciales que en el momento de descender al caso concreto la afectación trascienda del ámbito individual al colectivo.*”²²

9. Caso concreto.

Inexistencia de vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público y libre competencia económica.

Tomando como punto de partida los requisitos para la procedencia de la acción popular, entrará el Despacho a establecer si existió vulneración de los derechos colectivos invocados por la demandante, con ocasión de la adjudicación de la licitación pública No. 003-2011 al proponente Promesa de Sociedad Futura Recudo Bogotá S.A.S. Es decir, si dentro del proceso se probó: **i)** la existencia de unos bienes jurídicos

²² Sentencia del 21 de mayo de 2008, SCA, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación Número: 76001-23-31-000-2005-01423-01(Ap); Actor: Oscar Antonio Morales Pinzón

afectados y su real afectación, **ii)** el quebrantamiento del principio de legalidad y; **iii)** la desviación de poder, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, para el caso concreto de la vulneración del *derecho colectivo a la moralidad administrativa*, pues de ser así de contera se habrían vulnerado los otros derecho invocados, es decir, los de *defensa del patrimonio público y la libre competencia económica*.

De la demanda (subsanción) se puede extraer que, en síntesis, son cuatro los cargos que dieron lugar a la violación de los derechos colectivos invocados: **i)** la negativa de modificar el pliego de condiciones de la LP-003 de 2011 a efecto de que TRANSMILENIO S.A. exigiera a los proponentes *“una prueba piloto estructurada técnicamente en la cual cada uno de los proponentes demuestre su desempeño por medio de pruebas reales y de esta manera se puedan conocer los errores que puedan aparecer”* y que sobre tal prueba o factor se asignara un puntaje para evaluación de la propuesta, solicitada por la ORGANIZACIÓN FEMSO COLOMBIA (Fl 171 a 174); **ii) colusión** entre dos de los proponentes: entre la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO BOGOTA SAS, quien resultó ser la adjudicataria de la licitación en cuestión, y la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA OPERADOR SIRCI SAS, que se advirtió durante la audiencia de adjudicación de la licitación por parte de proponentes y varios ciudadanos interesados *“no obstante la Entidad omitió pronunciarse de fondo sobre esta situación”* (fl 116). Agrega que la apoderada única de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO BOGOTA SAS, Nohora Patricia Acero Pérez (ganadora de la Licitación) fue representante de la empresa corredora de seguros AON que contribuyó a la expedición de a póliza de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA OPERADOR SIRCI. Sostiene la demandante que la colusión referida se presentó al existir actos jurídicos idénticos en el tiempo modo y lugar de constitución de las dos empresas SAS para la presentación de las ofertas, expedición de las dos pólizas de cumplimiento de las ofertas por la misma aseguradora; considera que *“es claro que los puntos en común en la conformación de las empresas que tienen mayor participación en la promesa de sociedad futura, no obedece a la casualidad sino a un acuerdo premeditado, al conformarlas en la modalidad de SAS, corresponder a una sucursal extranjera, en la misma sede de la Cámara de Comercio de Chapinero, el mismo día, con el mismo capital suscrito y pagadlo de \$1.000.000”* (fls. 118 -119), **iii) direccionamiento del pliego de condiciones** para evitar alguna inhabilidad o incompatibilidad de la representante legal Nohora Patricia Acero Pérez y para tal fin en el Pliego de condiciones de la LP 003 de 2011 se estipuló el conflicto especial de intereses solo a partir de 2007, pues la mencionada señora había suscrito en 2003 un contrato de asesoría con Transmilenio S.A. en las actividades de estructuración de los proceso de contratación de los servicios

alimentadores de la Fase II, lo cual se permitió manejar información confidencial que le sirvió para la estructuración de la oferta ganadora, y **iv) transversalidad de experiencia** entre las dos sociedades citadas.

9.1. Sobre la negativa de modificar el pliego de condiciones de la LP-003 de 2011 a efecto de que TRANSMILENIO S.A. exigiera a los proponentes *“una prueba piloto”* y se asignara un puntaje para evaluación de las propuestas, el Despacho no encuentra que ese hecho por sí solo pueda constituirse como un factor vulnerador de los derechos colectivos invocados. No hay discusión y las partes así lo aceptan, que la entidad se pronunció sobre tal petición, pero lo que no es de agrado de la parte actora es la negativa.

A juicio de la entidad, desde el punto de vista técnico, no era pertinente establecer como requisito a los proponentes la mentada prueba piloto, condición que la actora, en cambio, consideró de trascendental importancia. Esta diferencia de criterios no puede resolverse en contra de la Transmilenio S.A., por cuanto la accionante no presentó fundamento técnico, objetivo y sustentado de su dicho; simplemente lo justifica de manera gaseosa considerando que *“de esta manera se puedan conocer los errores que puedan aparecer ; por su parte Transmilenio S.A explica que su determinación por razones operativas, pues no solo devino del periodo de ensayo y acople que tendrá lugar al momento de la celebración del contrato de concesión, sino de la exigencia a los proponentes de acreditar experiencia en la operación en otros países donde ya se hiciera uso de de la tecnología que requiere el modelo de transporte que se implementa en Bogotá., lo cual es de suma importancia y que la actora desconoce, Colombia, a diferencia de otros países, tiene un parque automotor muy antiguo. Por tal motivo la entidad en la respuesta a la actora le recordó que “es importante reiterarle que de acuerdo con la Licitación TMSA LP- 04 de 2009 únicamente podrán operar en el Sistema Integrado de Transporte Público los vehículos modelos 2000 y posteriores (fl. 548).*

De otro lado, la citada prueba piloto no era la mejor alternativa para acreditar idoneidad en la materia de los proponentes, pues con razón el testigo JAVIER ALBERTO HENANDEZ LOPEZ²³, quien para la época de los hechos era contratista

²³ A Folio 912 declaró ante el Juzgado: “En la estructuración mi tarea fundamental era recopilar la información de los distintos equipos técnicos, jurídicos y financieros y proponerle a TRANSMILENIO los documentos para su aprobación. En la licitación durante la etapa previa a la presentación de ofertas coordinaba el equipo responsable de responder las preguntas y presentaba para aprobación de TRANSMILENIO los proyectos de respuesta a las mismas. Durante la evaluación respondía inquietudes asociadas a la estructuración que formulaba el comité evaluador de forma genérica y sin identificar a los proponentes y durante la audiencia de adjudicación hice parte de la mesa directiva de la misma y apoyé en la proyección de las respuestas a las observaciones formuladas en la audiencia. PREGUNTADO: Diga qué cargo ostentaba para el momento de la licitación 003 de 2011. CONTESTÓ: Durante todo este proceso tenía un contrato de prestación de servicios con TRANSMILENIO S.A cuyo objeto era ejercer la gerencia del SITP.”

asesor de Transmilenio S.A., sobre este aspecto, que fue de su conocimiento y manejo, manifestó al Juzgado “PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho si en la licitación pública a la que hicimos referencia en pregunta anterior se exigió o no a los participantes una prueba piloto. CONTESTÓ: No se exigió una prueba piloto como parte de los requisitos de la licitación. PREGUNTADO: Informe al Despacho si Transmilenio en este proceso licitatorio realizó algún tipo de actuación o verificación en el sentido de reemplazar esa prueba piloto en los proponentes. CONTESTÓ: Durante la estructuración e incluso durante el proceso licitatorio se planteó el debate sobre la necesidad de esta prueba piloto, **en su momento TRANSMILENIO con el apoyo de la gerencia del SITP consideró que era más conveniente, transparente y sobre todo respetaba el principio de igualdad entre los proponentes, realizar una verificación de experiencias y no de ingeniería. En esta medida la forma en que se consideró se acreditaba la idoneidad de los proponentes fue a través de la inclusión como requisitos habilitantes de factores de experiencia que demostraran que los proponentes habían realizado con éxito operaciones similares a las que se pretendía concesionar.**” (Las negrillas son del Juzgado) (fl. 909).

9.2. Frente a la **colusión** alegada entre los proponentes PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO BOGOTA SAS, quien resultó ser la adjudicataria de la licitación en cuestión, y la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA OPERADOR SIRCI S.A.S., observa el Juzgado que este asunto fue puesto de presente a la entidad antes de la adjudicación del contrato respectivo, debate en el cual el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación no estuvo ausente y la administración llegó a la conclusión, después de examinar los argumentos y pruebas a que hicieron mención los quejosos, de que tal colusión no se presentó, debido, además, a las previsiones, requisitos y controles que se fijaron en el pliego de condiciones.

El testigo antes mencionado, sobre este puntual aspecto declaró: “PREGUNTADO: Indique al Despacho si sabe o le consta que tipo de previsiones se tomaron en TRANSMILENIO encaminadas a garantizar el principio de transparencia en esta licitación. CONTESTÓ: TRANSMILENIO solicitó y obtuvo el acompañamiento preventivo de la Procuraduría General de la Nación durante todo el proceso licitatorio. Adicionalmente se adoptaron medidas que incluso superaban los mínimos legales en cuanto a la realización de audiencias previas al proceso, puesta a disposición de toda la información técnica, financiera y jurídica disponible, posibilidad de los proponentes de obtener copia de las propuestas de los otros proponentes, prácticamente desde su presentación y no solamente durante los 5 días de traslado para observaciones que prevé la ley, inclusión de la etapa de contra observaciones para garantizarles a los proponentes un espacio en el cual pudieran pronunciarse sobre lo señalado por los demás proponentes, operación permanente de un cuarto de datos con acceso a la información disponible no solo del SIRCI sino del SITP y en

general toda una serie de mecanismos para garantizar que cada una de las observaciones formuladas en el proceso fuera respondida oportuna y detalladamente. Finalmente, TRANSMILENIO contaba con asesoría jurídica especializada que acompañó todo el proceso de selección, incluyendo las etapas de evaluación y adjudicación. PREGUNTADO: Se afirma en la demanda que se puso de presente a TRANSMILENIO una presunta colusión entre la PROMESA DE SOCIEDAD RECAUDO BOGOTA SAS Y LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA OPERADOR SIRCI SAS. Sabe usted o le consta qué tipo de verificación hizo el comité evaluador de la licitación al respecto. PREGUNTADO: Efectivamente durante el proceso de evaluación se formularon observaciones en este sentido las cuales fueron contestadas por el comité evaluador designado por el gerente de TRANSMILENIO S.A respuestas que constan en el documento de respuesta a las observaciones y en el acta de adjudicación de la licitación. Adicionalmente y por instrucciones directas de la entonces alcaldesa Mayor de la ciudad se procedió a solicitar un concepto a un experto sobre estos temas de colusión, concepto que señaló que no existían elementos de juicio que permitieran afirmar la existencia de esta figura con lo cual el comité reiteró su concepto y procedió a recomendar la adjudicación bajo las reglas definidas en la licitación.” (fl. 910). (...) La Procuraduría como parte de su proceso de acompañamiento formuló observaciones y recomendaciones al proceso incluyendo algunas a las respuestas presentadas por Transmilenio. Toda esta información fue en su momento contestada en detalle a la Procuraduría, y hasta donde recuerdo, sobre esas respuestas no se formularon nuevas observaciones. Es importante precisar que incluso en su momento Transmilenio decidió revocar u primer proceso con el fin de atender las observaciones y recomendaciones del ente de control.” (fl. 914).

Con respecto a las coincidencias de las propuestas de las citadas Sociedades y el valor alto de una de ellas y bajo de la otra, que la actora considera que fue pre -acordado entre las mismas, el declarante precisó: “PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si dentro de la evaluación de las propuestas presentadas, en especial por la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA RECAUDO BOGOTÁ SAS y PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA OPERADOR SIRCI SAS se presentó algún tipo de coincidencias en la oferta económica de cada una de ellas que pudiere inferir algún tipo de acuerdo o colusión por parte de los mencionados proponentes. CONTESTÓ: Como lo señale anteriormente, el comité evaluador verificó esta situación concluyendo que no había elementos de juicio para considerar la existencia de una colusión. A mí en particular no me correspondía la evaluación de las ofertas pero naturalmente conocí el trabajo del comité evaluador y por los documentos que se produjeron y lo tratado en la audiencia de adjudicación de la cual hice parte me consta que analizaron en detalle todas las observaciones incluyendo aquella relacionada con la supuesta colusión. Recuerdo que dentro de los análisis efectuados se pudo verificar que de no presentarse la oferta del proponente OPERADOR SIRCI el resultado de la evaluación económica hubiere sido exactamente el mismo. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si la formulación diseñada para la presentación de la oferta económica permitía beneficiarse a proponentes que acordaran presentar ofertas bajo la figura de la colusión para que tuviera

beneficio alguno de los dos y permitiendo impedir que los demás proponentes salieran adjudicados en el proceso de licitación. CONTESTÓ: No. Como consta en los documentos y en los estudios previos a la licitación, la fórmula para la evaluación económica con base en el criterio de los expertos financieros contratados por TRASNMILENIO, se definió con el fin de realizar una comparación objetiva de las ofertas bajo dos principios fundamentales, el primero definir un techo para evitar impactos negativos sobre el costo del sistema y el segundo definir un piso bajo una formulación matemática que evitaba ofertas artificialmente bajas en desmedro de la calidad del servicio. Bajo el criterio de los expertos financieros, con esta fórmula y en el escenario de múltiples oferentes que efectivamente se dio, era muy difícil que se presentaran fenómenos de colusión por el riesgo que implicaría para los interesados. ...PREGUNTADO: En esta diligencia se ha dicho que entre las sociedades futura de las cuales se predica colusión no existieron coincidencias económicas, sin embargo, si las existieron respecto de aspectos como la fecha de conformación, el monto, a la compañía aseguradora que utilizaron, entre otras emotiva el argumento de colusión expuesto por la demandante. Sírvase decir si este aspecto fue examinado por el Comité evaluador o en general dentro del proceso licitatorio. CONTESTÓ: Hasta donde recuerdo sí, pero la información detallada se puede encontrar en los documentos del proceso en particular en las respuestas a las observaciones. Con seguridad si la observación fue formulada dentro del trámite del proceso fue contestada por cuanto TRANSMILENIO contaba con un esquema de control de calidad para garantizar que todas las observaciones fueran contestadas. En la audiencia de adjudicación ninguno de los proponentes o de los ciudadanos que intervinieron señaló que no se hubieren contestado las observaciones lo cual me permite afirmar que si se formuló en el proceso fue contestado. (Fl. 914).

El Despacho no puede dejar pasar por alto que la accionante señora MARCELA NAVARRETA SEPULVEDA no compareció y no justifico su inasistencia a las diligencias de testimonio decretadas y practicadas por el Juzgado, pese a la oportunidad que tenía para que conainterrogara a fin de desvirtuar las afirmaciones de los testigos.

Sostiene la demandante que la colusión referida se presentó al existir actos jurídicos idénticos en el tiempo modo y lugar de constitución de las dos empresas SAS para la presentación de las ofertas, y por la expedición de las dos pólizas de cumplimiento de las ofertas por la misma aseguradora, pero no presentó ninguna otra prueba demostrativa de la conducta dolosa o mal intencionada de perjudicar a terceros en el proceso licitatorio.

La **colusión** es “*un pacto que acuerdan dos personas u organizaciones con el fin de perjudicar a un tercero*”²⁴, conducta de la cual no se puede predicar certeza absoluta

²⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

en este caso por el mero hecho de que se haya presentado identidad en el tiempo, modo y lugar de la constitución de las dos empresas SAS para la presentación de las ofertas, y por la expedición de las pólizas de cumplimiento de las ofertas por la misma aseguradora. De hecho, estos actos son lícitos en sí mismos, pues están autorizados por la ley y se presume que realizaron conforme a la ley. Su propósito doloso, es decir que posteriormente se emplearan deliberadamente para defraudar a terceros o al a entidad licitante, es del fuero subjetivo y volitivo de quien o quienes se incrimina, circunstancia que no fue probada por la accionante, ni se infiere de las pruebas que obran en el expediente.

En relación con la carga de la prueba del actor popular, el Consejo de Estado²⁵ ha reiterado:

“Sobre la carga de la prueba en acciones populares, esta Corporación ha señalado que: “...la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba. Entonces, para que la acción popular proceda se requiere que: - de los hechos de la demanda se pueda al menos deducir una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra la persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo y, - por tanto este último requisito supone que la actuación (acción u omisión) sea probada por el actor, o que del expediente el juez la pueda deducir, de lo contrario, el juzgador no podrá ordenar nada en su sentencia. Por tanto, la carga de la prueba impone al actor popular el deber de precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda”

Además, si se tiene en cuenta que el término para presentarse a este tipo de concursos es perentorio, es común que muchos de los proponentes concurren en la misma fecha o en fechas cercanas a protocolizar y solicitar los documentos requeridos para poder participar en el proceso de selección y no resulta sospechoso que concurren a la misma notaria a constituir la promesa de sociedad futura utilizando para ello el

²⁵ Sentencia del 18 de abril de 2007, SCA, Sección Primera, consejero Ponente Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, Radicación Número: 41001-23-31-000-2004-00425-01(Ap).

monto de capital suscrito y pagado que por liberalidad decidan los futuros socios, según lo permitido por la Ley societaria.

Ahora, la observación sobre la eventual colusión, que fue planteada por la señora María Florangela Izquierdo, según lo expuesto por Tramilenio S.A., fue materia de examen dentro del proceso licitatorio, a la cual dio respuesta en el documento denominado “*Respuesta a las observaciones del informe final- sobre económico*” publicado en el SECOP el 15 de julio de 2011, sin hallar que tal hecho se hubiere configurado. Informa la entidad que la observación fue examinada por el Comité de Evaluación de la Licitación, pese a que la información que aportó la quejosa no ofrecía suficientes elementos de juicio, amén de que sobre el manejo tecnológico del recudo y la implementación del SIRCI, el pliego de condiciones estableció una serie de previsiones encaminadas a garantizar la transparencia del proceso licitatorio, sobre las cuales fueron evaluadas las propuestas, bajo el principio de la buena fe los documentos aportados por los proponentes, sumado el hecho que la aludida coincidencia sobre la constitución resultó no ser cierta. (fls. 553-554).

Calificar de reprochable o censurable, sin más, la coincidencia material de los actos jurídicos realizados por los proponentes en cuestión, para luego imputarles responsabilidad por violación de los derechos colectivos invocados en la demanda, implica estructurar *responsabilidad objetiva* sobre los accionados, proscrita de manera enfática por Constitución Política en el artículo 29, según el cual, el derecho fundamental del debido proceso permite que solo mediante pruebas legamente aportadas al proceso, se puede desvirtuar la presunción de inocencia de toda persona. Este principio debe gobernar y gobierna el caso que nos ocupa.

Igualmente llama la atención que la accionante tampoco presentó alegatos de conclusión en los que controvirtiera las pruebas y argumentos que presentaron los entes demandados.

9.3. Sostiene la actora popular que existió **direccionamiento del pliego de condiciones** para evitar alguna inhabilidad o incompatibilidad de la representante legal Nohora Patricia Acero Pérez a cuyo efecto en el Pliego de condiciones de la LP 003 de 2011 se estipuló el conflicto especial de intereses solo a partir de 2007, en razón a que la mencionada señora había suscrito en 2003 un contrato de asesoría con Transmilenio S.A. en las actividades de estructuración de los proceso de contratación de los servicios alimentadores de la Fase II, lo cual se permitió manejar información confidencial que le sirvió para la estructuración de la oferta ganadora.

La imputación de esta conducta, que envuelve igualmente una actitud premeditada y dolosa, atribuida por la demandante a la entidad al momento de confeccionar el pliego de condiciones, tampoco fue probada; no se aportó al expediente prueba alguna de que estableciendo en el pliego de condiciones de la licitación el conflicto especial de intereses desde 2007, la entidad estuviera direccionando o beneficiando en forma torticera a una persona, en particular a la señora Nohora Patricia Acero Pérez. Para esta acusación tan enfática de la señora Marcela Navarrete Sepúlveda, trascendental como grave, debe demostrarse de manera externa y objetiva la voluntad o querer subjetivo de la entidad o sus agentes de consumir o perseguir tal propósito anómalo. Pero, dentro del expediente no hay prueba de nada de ello.

Si en el pliego de condiciones de la LP 003 de 2011 se estipuló el conflicto especial de intereses a partir de 2007 y la mencionada señora había suscrito en con Transmilenio S.A., un contrato de asesoría en 2003, no por ello se puede afirmar de manera categórica que existió direccionamiento de la licitación, pues para esto, se insiste, debe demostrarse la intención preconcebida del favorecimiento, pero esta circunstancia no se demostró por ningún medio probatorio.

Adicionalmente, la señora Nohora Patricia Acero Pérez, en su declaración ante el Juzgado precisó que el contrato que tuvo con Transmilenio S.A. nada tenía que ver con la licitación LP- 003 de 2011: “Asesoré a Transmilenio S.A en la estructuración de la operación de alimentación del sistema Trasmilenio mediante contrato que fue celebrado aproximadamente en el año 2003. Como resultado de dicha estructuración se adjudicaron las concesiones para la operación de alimentación de las fases I y II del sistema Transmilenio. Ese contrato tuvo una vigencia aproximadamente de 1 año o un poco menos porque se limitó a la estructuración de la licitación y el contrato y el acompañamiento al proceso licitatorio hasta su adjudicación todo lo cual se llevó a cabo cuando aún no había cambiado el gobierno del alcalde MOCUS. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si como parte del contrato que acaba de mencionar, se contemplaba algún sistema de recaudo de la Fase II. CONTESTÓ: No, en absoluto, de hecho, todas las licitaciones de la fase II particularmente la de recaudo para ese entonces, si no estoy mal, ya se habían llevado a cabo o se habían estructurado por parte de otros consultores. PREGUNTADO: Manifieste al Despacho según su conocimiento profesional si entre el contrato que acaba de mencionar, relacionado con la fase II de Transmilenio, y el proceso contractual objeto de este asunto que culminó en la adjudicación del sistema de recaudo denominado SIRCI existe alguna relación complementación o correspondencia que pueda influir uno en otro. CONTESTÓ: No existe ninguna relación por cuanto los procesos que asesoré en primer lugar se refieren a la operación alimentadora del sistema Transmilenio (que corresponde a la operación de buses a través de algunas zonas de la ciudad para llevar pasajeros de los barrios hacia las troncales del sistema Trasmilenio

que en ese momento, en fases I y II comprendía las troncales avenida Las Américas, NQS y Suba en la Fase II y las troncales Calle 80 Avenida Caracas y Auto Norte), mientras que esta última licitación a la que se refiere es un contrato de tecnología que se orienta a servir y gestionar el recaudo y la información al usuario de la Fase III de Transmilenio que está conformada por la Calle 26, Carrera 10 y Carrera 7ª, y el SITP o SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO, que solo se originó muchos años después en el Acuerdo del Concejo 309 del 2008 y que corresponde a un concepto muy diferente al de sistema Transmilenio y a la actividad de operación que en su momento yo estructuré” (fls. 895 -896).

De esta forma se puede verificar la señora Nohora Patricia Acero Pérez no participó en actividades relacionadas con la elaboración de los estudios de estructuración de la concesión de la licitación 003 de 2011, ni en la estructuración del SIRCI, como lo exigía la Licitación mencionada en el numeral 2.1.1.; además, los conceptos del SITP y el SIRCI surgieron con el Decreto 319 de 2006, por lo cual para 2003 la mencionada señora no era posible que asesorara en dichos temas y tampoco lo hizo, como ella lo reconoce y lo expresan la entidad accionada.

No existe relación entre los procesos asesorados por la señora Patricia Acero en el 2003 y el proceso de contratación pública adelantado a través de la LP-003/2011, por cuanto el primero se refería a la operación alimentadora del sistema Transmilenio, mientras que la licitación 003/2011 es un contrato de tecnología para el recaudo y la información al usuario del SITP, es decir, que el objeto de los dos contratos fue diferente, por lo cual la mencionada señor Acero no se encontraba impedida para participar la licitación pública para adjudicar el contrato de concesión de recaudo e información al usuario del SITP- SIRCI-. También, resalta el Juzgado que al proceso no se allegaron pruebas idóneas que le permitan inferir que realmente haya existido un acuerdo fraudulento entre la administración y el proponente al cual se le adjudicó el contrato de concesión.

El testigo Javier Hernández, sobre este aspecto declaró: “PREGUNTADO: Manifieste al Despacho si usted dentro del desarrollo de las funciones anotadas en esta diligencia, cuando prestó sus servicios para la empresa TRANSMILENIO pudo verificar o supo de que el pliego de condiciones evidenciara algún tipo de direccionamiento a favor de la empresa proponente representada por la señora NOHORA PATRICIA ACERO. CONTESTÓ: No, el pliego de condiciones y los demás documentos de la licitación se construyeron sobre las necesidades del sistema y en ningún caso buscando favorecer a potenciales proponentes. Como mencioné anteriormente lo que se establecieron fueron requisitos objetivos de experiencia y calidad. De hecho, si mal no recuerdo, todos los proponentes que participaron en la licitación cumplieron con estos requisitos y lo que definió la adjudicación fue la oferta más favorable en cuanto a las condiciones económicas presentadas. (...) PREGUNTADO: Fue materia de

examen en algún momento de una posible inhabilidad el hecho de que la Doctora NOHORA PATRICIA ACERO tuviera antecedentes contractuales con el DISTRITO específicamente en materia de transporte público que de alguna manera sería el objeto de la licitación 003 de 2011. CONTESTÓ: Como señalé anteriormente el comité evaluador verificó esta situación no solo frente a la Doctora ACERO sino frente a otras personas que participaron en la licitación bajo las reglas establecidas en la ley en materia de inhabilidades y en el pliego de condiciones en materia de conflicto de intereses concluyendo que no se presentaba ninguna de estas figuras. Es importante señalar que la reorganización de transporte público adelantada en los años 2001-2003 en nada tienen que ver con el sistema integrado de recaudo, control e información al usuario, pues se trata de procesos distintos no solo desde su concepción jurídica, sino desde sus componentes técnicos altamente especializados que se incluyeron en la licitación del SIRCI. También debo señalar que en esta licitación el tema de conflicto de interés fue abordado con especial cuidado estableciendo una regla específica para quienes hubieran participado en la estructuración del proceso evitando que estas personas pudieran asesorar a proponentes y estableciendo como consecuencia de este hecho el rechazo de las ofertas. PREGUNTADO: Dentro de esas reglas específicas o criterios objetivos cuál fue la razón que se tuvo en cuenta para fijar las inhabilidades desde el año 2007 y no antes, si se tiene en cuenta que la apoderada de la SOCIEDAD RECAUDO BOGOTÁ SAS había tenido una relación con el Distrito en asuntos relacionados hasta el año 2005 CONTESTÓ: El pliego de condiciones no señaló nuevas inhabilidades, por mandato de ley las inhabilidades son taxativas y no puede las entidades públicas generar nuevas causales sobre ellas. Es por esta razón que el pliego de condiciones lo que estableció fue una causal de conflicto de interés para evitar que quienes tuvieron acceso a la estructuración del sistema y contaban por tanto con información que podían desequilibrar las reglas de contratación no pudieran asesorar a proponentes. Esta regla no se fijó pensando en personas particulares que en el pasado hubieran laborado con el Distrito pues no podíamos prever si harían o no parte de las propuestas, se fijó en función de un criterio objetivo de evitar que información de estructuración que no fuera pública pudiera afectar la selección objetiva. Respecto del periodo sobre el cual se previó el conflicto de interés es importante señalar que los conceptos de SITP y SIRCI nacen a la vida jurídica en el año 2006 con la expedición del Plan Maestro De Movilidad. A finales de dicho año la entonces Secretaría de Transito adjudica un contrato para la estructuración del SITP incluyendo el componente del SIRCI es desde ese momento (inicios del año 2007) cuando se empieza a estructurar el sistema y por ende se cuenta con información específica del mismo, toda la documentación anterior a ese año sobre el transporte público, el recaudo, el sistema Transmilenio etc., era información pública no sujeta a reserva. En este sentido el conflicto de interés lo que buscaba evitar era que los que habían trabajado en la estructuración del SIRCI hicieran parte de las ofertas, y es bajo ese criterio que se definió la regla y no atendiendo a ningún otro argumento. Esta situación fue consultada durante la etapa de observaciones y la entidad respondió precisando los argumentos al respecto. PREGUNTADO: Diga si dentro de este proceso licitatorio hubo alguna inconformidad por parte de los organismos de control que intervinieron respecto de la respuesta de la entidad ante los cuestionamientos u observaciones que se presentaron.

CONTESTÓ: La Procuraduría como parte de su proceso de acompañamiento formuló observaciones y recomendaciones al proceso incluyendo algunas a las respuestas presentadas por Transmilenio. Toda esta información fue en su momento contestada en detalle a la Procuraduría, y hasta donde recuerdo, sobre esas respuestas no se formularon nuevas observaciones.” (fl. 911).

Como se observa, no hay ninguna prueba en el expediente que ponga de manifiesta la intención de la entidad de favorecer irregularmente a la señora Acero Pérez o la sociedad que representó.

9.4. Sobre la argüida **transversalidad de experiencia** entre las dos sociedades citadas que formula la accionante, no existe dentro del expediente pruebas que la documenten.

En efecto, la accionante se apoyó en comentarios extraídos de la página de internet www.skyscrapercity.com (fl. 127), ante lo cual el apoderado del Transmilenio S.A. manifestó que la entidad, de todas maneras a trves del Comité Evaluador de la Licitación, en su momento investigó el tema y no encontró elementos constatables en términos jurídicos, pues el sitio referenciado es un Gestor de Foros Abiertos y el comentario que soportaba la observación o queja que hizo la actora, no resultó suficiente, dado que fue realizado por un anónimo (fl 564), amén de que consideró –razonablemente- que se debía tener en cuenta la legislación colombiana para evaluar y dar valor probatorio al mensaje de datos, conforme al artículo 2 de la ley 527 de 1999.

Atendiendo las anteriores precisiones, en el caso sub examine no puede entenderse amenazado o conculcado el derecho colectivo a la moralidad administrativa y los demás derechos colectivos invocados porque, la actora, no logró acreditar que los hechos se produjeron como consecuencia de una distorsión maliciosa, o del ánimo torticero de los funcionarios de la administración Distrital, ni de la Empresa de Transporte Público del Tercer Milenio TRANSMILEIO, ni de la Empresa PSF Recaudo Bogotá SAS, producto de la inobservancia de la normativa constitucional y legal que informa la materia, elemento necesario para considerar conculcados los referidos derechos colectivos.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista o teleológica de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas prosperar, por cuanto no se demostró

la violación o amenaza a los derechos colectivos invocados en la demanda, sumado al hecho que la actora popular abandonó el proceso desde antes de la diligencia de pacto de cumplimiento.

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. - Declarar no probada la violación o amenaza de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y los derechos de los consumidores y usuarios. Por lo tanto, se niegan las pretensiones de la demanda. No se condena en costas.

SEGUNDO. - **NOTIFÍQUESE** a las partes y al Ministerio Público la presente providencia.

TERCERO. - **REMÍTASE** copia de esta Sentencia a la **DEFENSORÍA DEL PUEBLO**, con destino al registro público de acciones populares, de conformidad con el Artículo 80 ley 472 de 1998.

CUARTO. - Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, según lo señalado en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998.

QUINTO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia a los correos electrónicos de las partes, esto es, marialiae@hotmail.com; medellinc@hotmail.com; carlosfedericosm@gmail.com; caninos@secretariajuridica.gov.co; notificacionesjudiciales@gobiernobogota.gov.co; notificaciones.judiciales@transmilenio.gov.co; recaudobogotasas@gmail.com; correo@angelcom.com.co; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co; ngclavijo@procuraduria.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS
JUEZ

Hjdg

Firmado Por:
Blanca Liliana Poveda Cabezas
Juez
Juzgado Administrativo
016
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **eedd3321fe90ec2499c50676b6956737cd5e1bab0277431bf5f11aa72efa05d4**

Documento generado en 13/02/2023 09:43:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>