

**MINISTERIOS - Naturaleza. Funciones / MINISTERIO DE TRANSPORTE - Naturaleza. Funciones / ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN NACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL - Acción de nulidad. Competencia / RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Ministerio de Transporte / RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Naturaleza**

El Ministerio de Transporte como organismo de carácter administrativo encuentra su fundamento en lo dispuesto en los artículos 206 de la Constitución Política y 58 de la Ley 489 de 1998. Se trata por tanto, de un organismo de dirección en el cual residen no sólo funciones de carácter político sino también de carácter administrativo. Por ello, al ser parte de la rama ejecutiva del poder público integra a la Administración pública de acuerdo con el concepto de carácter funcional consagrado en el artículo 39 de la ley 489 de 1998. Tal como se señala en la doctrina, el ministerio es una estructura administrativa compleja, dotada de medios tanto materiales como humanos, los cuales son utilizados para incidir e intervenir en sectores de actividad homogéneo. Su número y dimensión depende de cada realidad jurídica concreta y de la necesidad que se tenga de la especialización de la actividad administrativa. Se trata entonces de organismos bifrontes; de un lado integran el Gobierno; del otro, constituyen el vértice de la Administración. Se puede sostener que dentro del diseño constitucional y legal es el organismo destinado a cumplir una función de integración de todas aquellas piezas en que se descompone el aparato administrativo al fragmentarse funcionalmente mediante criterios de territorialidad, de especialidad o de reconocimiento de espacios de autonomía, lo cual hace necesario buscar la unidad mediante la identificación de un centro supremo de dirección y ordenación. Del anterior razonamiento se puede deducir fácilmente que entre las competencias encomendadas a dichos organismos, muchas de ellas constituyen verdadera función de carácter administrativo. Se puede constatar, sin dificultad, ejemplo de ello en el ordenamiento jurídico cuando se establece entre los objetivos principales del Ministerio de Transporte la regulación económica y técnica en el sector transporte, tránsito e infraestructura de los diferentes modos de transporte. De la naturaleza misma del Ministerio de transporte, se concluye que muchas de las competencias a él asignadas se materializan por medio de la expedición de verdaderos actos administrativos. Como consecuencia de ello, no existe incertidumbre alguna respecto de la procedencia en el proceso de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional de la Resolución demandada, ni de su contenido contractual.

**RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Ministerio de Transporte / RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Naturaleza / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL - Acción de nulidad simple. Idoneidad / CONTRATO DE CONCESION - Elementos que lo integran / CONTRATO DE CONCESION - Terceros. Situación jurídica de los usuarios**

De acuerdo con el artículo 32.4 de la ley 80 de 1993, los contratos de concesión tienen como objeto la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o

funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. Tal como ha señalado la jurisprudencia de ésta corporación, la noción del contrato de concesión tiene por lo menos dos elementos que la integran: por una parte, la existencia de un régimen legal y reglamentario consistente en una regulación previa del funcionamiento del servicio, el cual puede ser alterado por la Administración y que hace referencia a la organización y explotación misma del servicio así como al otorgamiento de algunas prerrogativas de poder en cabeza del concesionario; de otra, las condiciones pactadas con el particular y que se traduce en el cumplimiento de obligaciones concretas de una u otra parte del negocio jurídico. Esta doble naturaleza, permite explicar la situación jurídica de los usuarios, quienes a pesar de no ser parte del negocio jurídico, se ven afectados por los efectos del mismo, de hecho, algunas cláusulas les son directamente aplicables como es el caso del régimen tarifario. De este modo, entre la variedad de posibilidades que pueden darse, se halla la de expedir reglamentos en virtud del poder de dirección que es propio de la Administración, caso en el cual, aunque se trate de actos administrativos ligados al cumplimiento de obligaciones convencionales, tienen la virtualidad de afectar situaciones jurídicas de terceros (creándolas, modificándolas o extinguiéndolas), es decir que sus efectos van más allá de las partes que suscriben el acuerdo de voluntades. Esta situación ha sido identificada por la jurisprudencia de esta Sección tratándose de actos administrativos de alcance general expedidos, como en el presente caso, con ocasión del desarrollo de un contrato de concesión, ya que en el supuesto de regulación de tarifas por uso de la infraestructura vial, se reconoce la posibilidad de utilización de la acción de nulidad simple al ser incontestable que los usuarios del servicio u obra pública concesionada, es decir, los administrados, al encontrarse en una situación que se les configura como titulares de verdaderos derechos tanto frente a la administración concedente como al particular concesionario, deben encontrar en el ordenamiento cauces procesales a través de los cuales hacer efectivos esa situación y esos derechos. No reconocer a éstos la posibilidad de impugnación de dichas normas sería abiertamente contrario al derecho fundamental al correcto acceso a la Administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución. Vistas así las cosas, la Sala concluye que la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A es la idónea para cuestionar la legalidad de la resolución No 004291 proferida por el Ministerio de Transporte, toda vez que este acto administrativo aunque es proferido con ocasión del contrato de concesión No. 937, afecta situaciones jurídicas de terceros, específicamente de los usuarios de la infraestructura vial del sector de carretera Bogotá (Fontibón) - Facatativá - Los Alpes de la ruta 50 en el departamento de Cundinamarca.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, rad. 13074, MP. Alier E. Hernández Enríquez.

**CONCEPTO DE VIOLACION - Justicia rogada / CONCEPTO DE VIOLACION - Obligatoriedad / CONCEPTO DE VIOLACION - Falta de explicación impide decisión del juez / CONCEPTO DE VIOLACION - Requisito formal de la demanda / CONCEPTO DE VIOLACION - Inexistencia. Impide pronunciamiento de fondo / JUSTICIA ROGADA - Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación / CAUSA PETENDI -**

## **Delimitación / CONCEPTO DE VIOLACION - Causa petendi. Marco de juzgamiento**

En el libelo de demanda se señalan como vulnerados por las disposiciones cuestionadas los artículos 123 y 209 de la Constitución política. La Sala observa que, en el escrito presentado, se omite explicitar las razones que, en opinión del actor, soportan esta acusación. Esta circunstancia, pone de presente que no se determinó el “concepto de la violación” y ello impide un pronunciamiento favorable a las pretensiones, porque es a la parte demandante a quien corresponde, en los procesos de revisión de legalidad del acto administrativo, asumir la carga de ofrecer los argumentos que sean del caso para desvirtuar la presunción de legalidad propia de todo acto administrativo. La anterior consideración encuentra pleno sustento en el artículo 137.4 del C.C.A. Por tanto, cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, no sólo basta con señalar las normas que se consideran vulneradas, adicionalmente debe explicarse en qué consiste la contradicción. Tal como ya ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto. Es decir, el análisis que haga el operador jurídico sólo puede circunscribirse a los motivos de violación que se alegan dentro del proceso. La jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada, por ello, puede afirmarse que quien decide, no puede de oficio señalar razones de contradicción entre la norma demandada y la supuestamente infringida; esta posibilidad sólo es permitida por el ordenamiento jurídico cuando se constata la afectación de un derecho fundamental. Así, el concepto de la violación constituye la causa petendi en el proceso, motivo por el cual si esta Sala hiciera una confrontación entre los apartes demandados de la Resolución 4291 de 1998 y los artículos constitucionales que señala el actor como vulnerados, estaría modificando dicha causa petendi al incorporar en el proceso razones no alegadas; en otras palabras, se estaría decidiendo por fuera de lo pedido (“extra petita”), porque son precisamente los argumentos traídos por el demandante al proceso los que determinan el marco de juzgamiento.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencias de abril 18 de 2002, rad. 6536, MP. Olga Inés Navarrete Barrero y de abril 25 de 2002, rad. 7136, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sección Segunda - Sub-sección A, sentencia de noviembre 16 de 2006, rad. 5688, MP. Ana Margarita Olaya Forero. Respecto de la posibilidad de flexibilización de la obligación de señalar el concepto de la violación en los casos en los que se comprometan derechos fundamentales, Corte Constitucional, sentencia de abril 7 de 1999. MP. Antonio Barrera Carbonell.

**RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Expedida por el Ministerio de Transporte / RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Tarifas de peaje y procedimientos de ajuste para la concesión del sector de la carretera Fontibón-Facatativá-Los Alpes de la ruta 50 en el Departamento de Cundinamarca / RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Vulneración de los artículos 21 y 30 de la Ley 105 de 1993. Cosa Juzgada / COSA JUZGADA - Noción. Efectos / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Declaratoria de oficio. Procedencia**

La institución de la cosa juzgada, encuentra asiento en el derecho colombiano, como un instrumento orientado a garantizar el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y la economía procesal, entre otros. Por regla general, opera cuando se ventilen dos procesos sobre el mismo objeto, que se funden en la misma causa y en los cuales exista identidad jurídica de las

partes, y en uno de ellos se haya proferido sentencia que se encuentre debidamente ejecutoriada. Esta idea general, encuentra sin embargo, unas reglas más flexibles en el caso de la acción de nulidad, en atención a la naturaleza y características de esta. Es así como, de su connotación de acción pública se deriva la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponerla en búsqueda de una garantía del principio de legalidad que orienta las actuaciones administrativas; como consecuencia de esto, la identificación de las partes no es un presupuesto suyo, mas sí el de la existencia de identidad en el o los actos administrativos demandados en uno y otro proceso. Así mismo, y dada la connotación de rogada de la justicia administrativa en Colombia, unos son los efectos en el caso de que en uno de los procesos se declare la nulidad del acto administrativo demandado, y otros, aquellos que se derivan en caso de que no prosperen las pretensiones. Si bien en ambos, los efectos son erga omnes, en el segundo de los casos, los efectos de ésta estarán supeditados a la confrontación normativa propuesta en la demanda, de manera que resulta perfectamente posible un segundo pronunciamiento sobre la legalidad de un mismo acto administrativo, siempre que los cargos de ilegalidad alegados por el actor sean distintos. En el caso objeto de análisis, el actor señala que las disposiciones demandadas vulneran el artículo 30 de la ley 105 de 1993, puesto que en su entender la disposición sólo permite el establecimiento de peajes para recuperar la inversión de la construcción. Este concepto de la violación permite concluir que en el presente proceso se encuentra demostrada la excepción de cosa juzgada parcial, ya que la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 26 de julio de 2001 con ponencia del Consejero Manuel Urueta Ayola, resolvió denegar las pretensiones de la demanda de nulidad interpuesta contra la totalidad de la Resolución 4291 de 1998. Una de las razones esgrimidas por el demandante para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado era precisamente que “el pago anticipado de los peajes viola el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, por falta de aplicación, puesto que según dicha norma, en los casos de obra por concesión, los peajes se utilizan para la recuperación de la inversión y no para hacerla”. Como se puede observar los dos elementos para conformar la cosa juzgada en el proceso de nulidad simple se encuentran demostrados: tanto las disposiciones cuestionadas como la causa petendi son las mismas. Y es el último aspecto el que cobra relevancia para la Sala: la identidad del cargo aducido no posibilita un nuevo pronunciamiento del juez respecto de un asunto en el que ya se profirió sentencia negando la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas. En el escrito de contestación no se propuso la excepción de cosa juzgada parcial, razón por la cual, se procederá a declararla de oficio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 del C. C. A.

**NOTA DE RELATORIA:** Ver sentencia del 26 de julio de 2001, de la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Manuel Urueta Ayola.

**RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Expedida por el Ministerio de Transporte / RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Tarifas de peaje y procedimientos de ajuste para la concesión del sector de carretera Fontibón-Facatativá-Los Alpes de la ruta 50 en el Departamento de Cundinamarca / RESOLUCION 4291 DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998 - Falsa motivación. Inexistencia**

El artículo 84 del C.C.A. prevé la falsa motivación como causal de anulación de los actos administrativos. Este vicio de legalidad puede albergar las siguientes circunstancias: 1. Un desconocimiento de los supuestos fácticos en que debe soportarse la decisión porque la autoridad no los tiene en cuenta o, porque haciendo mención de los mismos, deforma la realidad de tal manera que deja por

fuera o introduce algunas circunstancias de tiempo modo y lugar, desconociendo la premisa según la cual, todo acto administrativo debe fundarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de su emisión, y; 2. Un desconocimiento de los supuestos jurídicos, porque no existen las normas en que se fundamentó la manifestación de voluntad de la administración, se utilizan preceptos que no tienen una relación con los supuestos de hecho objeto de decisión o se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas. Se trata entonces de un defecto que se traduce en la falta de coherencia entre los antecedentes a tener en cuenta por la administración y la decisión asumida. En el caso objeto de estudio no se constata un desconocimiento de los supuestos jurídicos o fácticos en que deben fundamentarse las disposiciones demandadas. El Ministerio de Transporte al modificar la resolución 2935 de 1994, por medio de la cual se fijan las tarifas de peaje y procedimientos de ajuste para la concesión del sector de la carretera Bogotá - Facatativá - Los Alpes, hizo uso de una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico en el artículo 11.8 del Decreto 2171, vigente para la época de expedición del acto administrativo. Cada uno de los supuestos fácticos indicados en las consideraciones de la resolución 4291 de 1998 se encuentran probados en el proceso; de tal manera que las disposiciones demandadas responden a una necesidad de recuperación del equilibrio económico del contrato N° 0937 de 1995. Por tanto, la autoridad administrativa con la expedición del acto administrativo no deformó la realidad, al contrario, la tuvo en cuenta. No le asiste la razón al demandante, ya que si bien es cierto los sistemas de compensación señalados hacen parte del contrato 0937 de 1995, también es verdad que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes decidieron optar por otra solución distinta: la reubicación de la estación del peaje ubicada en el sector Tres Esquinas - Mosquera al sector Río Bogotá –Tres esquinas y el cobro de peaje durante la etapa de construcción y la cesión por parte del INVIAS al concesionario del recaudo de algunos peajes. El actor cuestiona la legalidad de la solución acordada para buscar el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato. En primer lugar, el acto administrativo, a efectos de cuestionar su conformidad con el ordenamiento jurídico, no puede contrastarse con una cláusula de un negocio jurídico, su confrontación debe darse con aquellas normas superiores que deben servirle de fundamento; en segundo término, el cargo hecho por el actor responde a la lógica de la acción contractual, puesto que en realidad cuestiona la validez de la fórmula adoptada de común acuerdo por las partes para hacer frente a los mayores valores de construcción.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre los fundamentos de todo acto administrativo, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de junio 26 de 2008, rad. 0606, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2000-00005-01(19486)**

**Actor: RAUL RAMIREZ MUÑOZ**

**Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra la modificación de los artículos 1, 3 y 7 de la Resolución 2935 realizada en el artículo 1 de la Resolución 4291 de diciembre 24 de 1998, *“por la cual se modifica la Resolución No 2935 del 2 de agosto de 1995 mediante la cual se fijan tarifas de peaje y procedimientos de ajuste para la concesión del sector de carretera Santa fe de Bogotá (Fontibón) - Facatativá - los Alpes de la Ruta 50 en el Departamento de Cundinamarca”*, expedido por el Gobierno Nacional.

## **I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO**

Sin perjuicio de la naturaleza de acto administrativo que detenten la decisiones demandadas, la cual será analizada más adelante, se discute la legalidad de varios apartes del artículo 1 de la Resolución No. 4291 del 24 de diciembre de 1998. Se transcriben a continuación las disposiciones cuya legalidad es cuestionada por el actor<sup>1</sup>:

“RESOLUCIÓN No. 0004291 DE 1998  
(Diciembre 24)

*“Por la cual se modifica la Resolución No 002935 del 2 de agosto de 1994 mediante la cual “se fijan las tarifas de peaje y procedimientos de ajustes para la concesión del sector de carretera Santafé de Bogotá (Fontibón) - Facatativá - Los Alpes de la ruta 50 en el Departamento de Cundinamarca”*

EL MINISTRO DE TRANSPORTE

“En uso de las facultades legales contenidas por el artículo 11 numeral 8 del Decreto 2171 de 1992, y

CONSIDERANDO:

“Que mediante la Resolución número 0002935 del 2 de agosto de 1994, expedida por el Ministerio de Transporte, se fijaron las tarifas de peaje y

---

<sup>1</sup> Folios 165 a 160.

procedimientos de ajuste para la Concesión del sector de carretera Santafé de Bogotá (Fontibón) - Facatativá - Los Alpes de la Ruta 50 del Departamento de Cundinamarca.

“Que el instituto Nacional de Vías y la Sociedad Concesiones CCFC S.A. celebraron el 30 de junio de 1995, el contrato de Concesión número 0937, cuyo objeto es: realizar por el sistema de concesión los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y mantenimiento de la carretera Santafé de Bogotá (Fontibón) - Facatativá - Los Alpes, del tramo 08, de la ruta 50, en el Departamento de Cundinamarca.

“Que en la cláusula quinta del contrato de concesión citado, se pactó que durante la vigencia de la concesión, el pago del valor total del contrato, mas los costos de la operación, el mantenimiento y en general todos los costos relacionados en la propuesta, se hará mediante la cesión de los derechos de recaudo del peaje de la caseta de la estación Tres Esquinas - Mosquera en dirección oriente - occidente durante la etapa de operación y de la caseta de la estación de Madrid - Facativá en sentido occidente - oriente durante la etapa de operación.

“Que de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por el Concesionario y aprobado por la interventoría de diseño del Instituto Nacional de vías, el costo de construcción del proyecto asciende a la suma 53,678 millones de pesos de Septiembre de 1994, presentándose una diferencia de 10.677 millones de pesos de Septiembre de 1994 entre el valor del diseño básico previsto en el contrato de concesión y el valor del diseño definitivo aprobado.

“Que el Instituto Nacional de Vías y el Concesionario acordaron modificar algunos de los elementos del Contrato de Concesión con el fin de hacer viable la ejecución del proyecto con el mayor valor de la construcción, dentro de los términos contractuales y en forma conveniente para las partes lo cual implica la reubicación de la estación de peaje ubicada en el sector Tres Esquinas - Mosquera y el cobro de peaje durante la etapa de construcción.

“Que el instituto Nacional de Vías y el Concesionario acordaron, mediante documento firmado el 14 de agosto de 1998, que el instituto cedería a la Concesionaria los derechos de recaudo de peaje de las estaciones que a continuación se enuncian, a partir de los meses siguientes: el cobro de la estación Corzo se cederá a partir del mes 18 del inicio de la etapa de construcción y el cobro en la estación Río Bogotá se cederá a partir del mes 8 del inicio de la etapa de construcción.

“Que igualmente las comunidades favorecidas con el proyecto solicitaron una serie de obras adicionales.

“Que después de varias reuniones realizadas durante el presente año, el día 9 de diciembre de 1998, el Instituto Nacional de Vías, la Gobernación de Cundinamarca, las Alcaldías de Funza, Mosquera, Madrid y Facatativá y los Concejos de Funza y Mosquera suscribieron un convenio, mediante el cual se adjudicó el compromiso de construir unas obras adicionales para los mencionados municipios y conceder unas tarifas diferenciales a los vehículos de servicio de transporte público legalmente constituidos en cada uno de los municipios de Funza, Mosquera, Madrid y Facatativá.

“Que para financiar dichas obras el Instituto Nacional de Vías consideró necesario anticipar el cobro de las tarifas de peaje de las estaciones “Corzo” y “Río Bogotá” a mas tardar el 03 de enero de 1999 y modificar la localización de las respectivas casetas.

“Que conforme a la Ley 105 de 1993 es competencia del Ministerio de Transporte establecer los sitios y las tarifas máximas del peaje que el concesionario cobre a los usuarios.

“En merito de lo expuesto,

#### RESUELVE:

“Artículo 1º- Modificar la Resolución No.002935 del 2 de agosto de 1994 que para todos los efectos, quedará así:

“(…) ARTÍCULO PRIMERO.- Localizar la Estación Río Bogotá entre el Río Bogotá y el sitio denominado el Cerrito y cobrará sólo en sentido Oriente - Occidente. Antes del inicio de la etapa de Operación de la Concesión, se podrá cobrar a los usuarios como máximo, las siguientes tarifas, expresadas en pesos corrientes:

CATEGORIA I	Automóviles, camperos y camionetas	\$2.600
CATEGORÍA II	Buses y Busetas	\$2.900
CATEGORÍA III	Camiones pequeños de dos ejes	\$2.700
CATEGORIA IV	Camiones grandes de dos ejes	\$3.100
CATEGORIA V	Camiones de tres y cuatro ejes	\$ 7.800
CATEGORIA VI	Camiones de cinco ejes	\$10.300
CATEGORIA VII	Camiones de seis o más ejes	\$11.800

“PARÁGRAFO PRIMERO.- En enero de cada uno de los siguientes años, iniciando el año 2000, se incrementarán las tarifas de acuerdo con el incremento del índice de Precios al Consumidor establecido por el Departamento Nacional de Estadística - DANE para el año anterior completo.

“PARÁGRAFO SEGUNDO.- En los ajustes de la tarifa de peaje, de acuerdo al procedimiento establecido, se aproximará el resultado al cien más cercano.

“(…) ARTÍCULO TERCERO.- Localizar la Estación Corzo entre el Madrid y el desvío a Bojacá y cobrará sólo en sentido Occidente - Oriente. Antes del inicio de la Operación del tramo dos (2) Madrid - Facatativá - Los Alpes se podrá cobrar a los usuarios como máximo, las siguientes tarifas, expresadas en pesos corrientes:

CATEGORIA I	Automóviles, camperos y camionetas	\$2.600
CATEGORÍA II	Buses y Busetas	\$2.900



CATEGORÍA III	Camiones pequeños de dos ejes	\$2.700
CATEGORIA IV	Camiones grandes de dos ejes	\$3.100
CATEGORIA V	Camiones de tres y cuatro ejes	\$ 7.800
CATEGORIA VI	Camiones de cinco ejes	\$10.300
CATEGORIA VII	Camiones de seis o más ejes	\$11.800

“PARÁGRAFO PRIMERO.- En enero de cada uno de los siguientes años, a partir del año 2000, se incrementarán las tarifas de acuerdo con el incremento del índice de Precios al Consumidor establecido por el Departamento Nacional de Estadística - DANE para el año anterior completo.

“PARÁGRAFO SEGUNDO.- En los ajustes de la tarifa de peaje, de acuerdo al procedimiento establecido, se aproximará el resultado al cien más cercano.

“(…) ARTÍCULO SEPTIMO: El inicio del cobro de las tarifas de los peajes mencionados, será a mas tardar el 03 de Enero de 1999.”

## II. LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR EL DEMANDANTE Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas violadas, indicó:

Constitución Política: Artículos 123 y 209.

Ley 105 de 1993: Artículos 21 y 30.

La parte demandante como concepto de la violación, en síntesis, estableció:<sup>2</sup>

1. Las disposiciones del acto administrativo demandado incurren en falsa motivación: Para el actor, los supuestos facticos y jurídicos que sirven de fundamento a la resolución cuestionada no son suficientes. En primer término señala que el contrato de concesión No. 0937 de 1995, celebrado entre el INVIAS y Concesiones CCFC, estipula en su cláusula trigésima sexta el sistema general de compensación que se debe implementar en el evento de existir sobrecostos por mayores valores de la obra o construcción. Por tanto, no era posible aplicar la medida de cobrar el peaje a partir del mes cero de construcción puesto que la autoridad debía utilizar

---

<sup>2</sup> Folios 15 a 27.

unas de las siguientes tres vías: a. aumentar el plazo de la etapa de operación; b. aumentar la tarifa de peaje durante el plazo de la etapa de operación fijada en el contrato; c. utilizar recursos del presupuesto general de la nación.

De igual modo, afirma que las obras contenidas en el convenio celebrado entre el Instituto Nacional de Vías, la Gobernación de Cundinamarca, las Alcaldías de Funza, Mosquera, Madrid y Facatativá y los Concejos de Funza y Mosquera, suscrita el 9 de diciembre, no pueden estar a cargo del proyecto de infraestructura terrestre, son ajenas al contrato No. 937. Las obras entonces deben ser asumidas por el Presupuesto general de la Nación o por el presupuesto de cada uno de los municipios interesados.

2. Las disposiciones del acto administrativo demandado vulneran los artículos 21 y 30 de la ley 105 de 1993: Para el actor, la ley es clara al determinar el cómo debe realizarse la construcción y mantenimiento de la infraestructura vial. La primera forma es una asunción de la obra por parte de la Nación; la segunda, por medio de la celebración, por la Nación, Departamentos, Distritos o Municipios, de contratos de concesión con particulares.

En la segunda hipótesis, la ley sólo permite el establecimiento de peajes para **recuperar la inversión de la construcción**. Por tanto, se excluye el supuesto consagrado en la resolución demandada, al no permitir que se recauden ingresos por el cobro de tarifas de peaje en la etapa cero (0) de construcción y, al contemplar que éstos se utilicen para cubrir mayores valores de obra o para financiar obras adicionales al proyecto.

### III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada a esta Corporación el 4 de octubre de 2000<sup>3</sup>; en el escrito correspondiente se solicitó también la suspensión provisional de los apartes demandados<sup>4</sup>, por considerar que existía una contradicción directa de los mismos con las disposiciones constitucionales y legales alegadas como violadas.

---

<sup>3</sup> Folios 15 a 27.

<sup>4</sup> Folios 28 y 29.

El 3 de noviembre de 2000<sup>5</sup> la Sección Primera remitió el proceso a esta Sección, atendiendo al criterio de la especialización, dada la “naturaleza contractual de la controversia”<sup>6</sup>.

En auto de 19 de abril de 2001, la demanda fue admitida y se negó la solicitud de suspensión provisional al no constatarse una manifiesta violación a la ley 105 de 1993; violación que de existir exige una interpretación normativa que debe hacerse en el fallo.<sup>7</sup>.

El 9 de mayo de 2001, el demandante presentó escrito de sustitución de la demanda, con el objeto de corregir un error mecanográfico relacionado con las resoluciones 2935 de 1994 y 4291 de 1998 del Ministerio de Transporte. Se aclara que el último acto administrativo no tiene siete sino dos artículos, el primero de ellos modifica los artículos 1, 3 y 7 de la resolución 2935 de 1994 vulnerando la Constitución y la ley.<sup>8</sup> La solicitud presentada por el actor fue admitida en auto de 6 de agosto de 2001, al considerarse la aclaración realizada ajustada a derecho.<sup>9</sup>

La demanda fue contestada dos veces, dentro del término legal, por distintos apoderados del Ministerio Transporte.<sup>10</sup> Mediante auto de 10 de diciembre de 2001, se ofició al demandado para que aclarara cual de los dos escritos presentados se debía tener como contestación, así como cuál abogada iba actuar en su representación.<sup>11</sup> En escrito entregado el 13 de febrero de 2002 en la secretaria de la Sección Tercera, se solicitó al despacho el reconocimiento de personería jurídica de la doctora Aminta Rengifo López, y en consecuencia se tuviera por contestada la demanda en el memorial que esta profesional presentó.<sup>12</sup>

La apoderada del Ministerio de transporte, defiende la legalidad de la resolución cuestionada en los términos que se resumen a continuación<sup>13</sup>:

---

<sup>5</sup> Folios 32 y 33.

<sup>6</sup> Para sustentar el conocimiento de esta Sección, se citó el Acuerdo 039 de 4 de noviembre de 1990.

<sup>7</sup> Folios 39 a 42.

<sup>8</sup> Folios 44 y 45

<sup>9</sup> Folios 70 y 71.

<sup>10</sup> Una contestación de demanda fue presentada por la abogada Aminta Rengifo López (folios 81 a 91) el 8 de octubre de 2001; El otro escrito contestatorio fue presentado por la abogada Eulalia Inés Vanin Núñez el 9 de octubre de 2001.

<sup>11</sup> Folio 152

<sup>12</sup> Folio 155.

<sup>13</sup> Folios 81 a 91.

Consideró en primer lugar, que el demandante no hizo alusión a la supuesta violación de los artículos 123 y 209, omitiendo la exigencia del artículo 137.4 del C.C.A. que exige no sólo el señalamiento de las normas que se consideran violadas sino también el concepto de la violación. Señala la importancia del requisito pretermitido en una justicia de carácter rogado en donde no le es posible al juzgador entrar a completar la proposición jurídica que el actor ha dejado incompleta.

Controvirtió, así mismo, el cargo de falsa motivación esgrimido por el actor; el acto administrativo demandado se fundamenta en la existencia de actos y decisiones previas, como el contrato de concesión No 0937 del 30 de junio de 1997 y la Resolución No. 002935 del 2 de agosto de 1994. En cuanto al cargo referente a la imposibilidad de justificar el acto administrativo demandado en el mayor valor de la obra y para el adelanto de obras complementarias acordadas con las autoridades y comunidades de la región, afirmó que la Ley 80 de 1993 (artículo 27) contiene un imperativo legal al imponer el deber de mantener la equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos en el momento de contratar. Si la igualdad entre las partes se rompe, por causas no imputables a quien resulte afectado, éstas tienen que adoptar las medidas necesarias, en el menor tiempo posible, para su restablecimiento.

Señaló que en el presente caso se presentó una alteración en el costo del diseño definitivo, presentándose una diferencia de 10.677 millones de pesos; circunstancia que obligó a la Administración a adoptar las medidas requeridas para restablecer el equilibrio financiero del contrato y evitar la parálisis de las obras y futuras indemnizaciones. Esta situación condujo a que el INVIAS y Concesiones CCFC S.A, de común acuerdo, modificaran algunos elementos del contrato, para ajustar el mayor valor de la construcción y estructurar de forma adecuada los riesgos asumidos. En documento suscrito el 26 de marzo de 1999, se establece el cobro anticipado de los peajes y la reubicación de la Estación ubicada en el sector Tres Esquinas - Mosquera y el cobro del mismo durante la etapa de construcción. Concluyó diciendo que este acuerdo era viable jurídicamente y ajustado al principio de autonomía de la voluntad.

En cuanto a las obras adicionales, el demandado señaló que fueron pactadas por las partes en documento suscrito el día 11 de diciembre de 1998. Las obras que hacen parte de la infraestructura de transporte no son ajenas al proyecto de

rehabilitación, construcción, operación y mantenimiento de la vía Bogotá - Facatativá - los Alpes, en cuanto éstas se deben ejecutar en los mismos sectores, lo cual las hace compatibles con el objeto inicial del contrato.

Respecto de la vulneración de los artículos 21 y 30 de la Ley 105 de 1993, adujo que el demandante al momento de interpretarlos fue más allá de su tenor literal; también señaló, que en estas normas se halla establecida la competencia del Ministerio de Transporte para adoptar la decisión demandada.

De su derecho a alegar de conclusión hizo ejercicio la parte actora, reiterando lo expuesto en la demanda.<sup>14</sup> La Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación rindió concepto, dentro del término legal previsto y expuso los argumentos que se resumen a continuación<sup>15</sup>:

En primer lugar, consideró que en el presente caso se encuentra demostrada la excepción de cosa juzgada, respecto del cargo fundado en el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, al existir pronunciamiento judicial previo, y pidió a esta sala su declaratoria. De igual manera, solicitó la denegación de las restantes pretensiones de la demanda; en cuanto a la falsa motivación concluyó que realmente el cargo formulado hacía referencia a una insuficiente motivación, puesto que no se está aduciendo la falta de correspondencia entre el acto administrativo y la realidad sino que se está haciendo alusión a que las razones que adujo la entidad no eran suficientes para proferir la resolución cuestionada.

Luego de examinar los documentos que obran en el proceso concluyó que los motivos que adujo la autoridad administrativa estaban probados. Al analizar la disposición contenida en el artículo 21 de la ley 105 de 1993, arribó a la conclusión de que es competencia de la Nación, a través del Ministerio de Transporte, fijar los peajes sobre el uso de la infraestructura nacional que resulten necesarios para su conservación y construcción; esta competencia se ejerció mediante el acto administrativo demandado, el cual siguió la metodología establecida por el legislador para la determinación de los peajes.

Finalizó su argumentación, subrayando que sí existieron suficientes motivos para expedir las normas cuestionadas, ya que a *“la Nación compete establecer la forma*

---

<sup>14</sup> Folios 199 y 201.

<sup>15</sup> Folios 202 al 219.

*de recuperar las inversiones que realice en infraestructura de transporte, como lo es el cobro de peaje por la utilización de tal infraestructura”.*

En cuanto a la violación de normas constitucionales señaló que no es posible pronunciamiento alguno, porque el demandante no explicó en qué consistía la vulneración de los artículos 123 y 209; al ser la jurisdicción contencioso administrativa de carácter rogado, el juez sólo puede analizar la legalidad del acto acusado con base en las causales de nulidad que se consignent en la demanda.

Respecto de la presunta violación del artículo 21 de la ley 105 de 1993, indicó que se debe separar la relación existente a raíz del contrato estatal del ejercicio de competencias que la ley otorga al Ministerio de Transporte de imponer peajes en las carreteras nacionales.

En auto de 11 de febrero de 2008<sup>16</sup>, esta Sección resolvió la solicitud de impedimento formulada por el Consejero de Estado ponente: Mauricio Fajardo Gómez, declarándola fundada.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Para adoptar una decisión de fondo, se revisará, en primer lugar, la naturaleza del instrumento normativo en que se insertan las disposiciones demandadas, para efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 1); luego, se hará alusión a la competencia de esta Sección (punto 2); posteriormente se hará un análisis de la idoneidad de la acción de nulidad en el presente caso (punto 3); para finalmente, resolver los cargos presentados por el actor (punto 4).

##### **1. La naturaleza de la Resolución 4291 de diciembre 24 de 1998**

La revisión de la naturaleza de la Resolución demandada es un aspecto fundamental, toda vez que la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad

---

<sup>16</sup> Folios 224 y 225

solamente frente a actos administrativos<sup>17</sup>, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos.

El Ministerio de transporte como organismo de carácter administrativo encuentra su fundamento en lo dispuesto en los artículos 206 de la Constitución Política y 58 de la Ley 489 de 1998; la primera disposición referenciada se enmarca en la regulación que a nivel constitucional se realiza de la rama ejecutiva y confía al legislador la tarea de determinar el número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos; por su parte, el legislador señala que el objetivo de estas instituciones de carácter administrativo consiste en la formulación y adopción de políticas, planes generales y proyectos del sector administrativo que dirigen.

Se trata por tanto, de un organismo de dirección en el cual residen no sólo funciones de carácter político sino también de carácter administrativo. Por ello, al ser parte de la rama ejecutiva del poder público integra a la Administración pública de acuerdo con el concepto de carácter funcional consagrado en el artículo 39 de la ley 489 de 1998:

***“Integración de la Administración Pública. La administración pública se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado. La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la administración.”***  
(Subraya la sala)

---

<sup>17</sup> En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...” Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra “circulares de servicio” y contra “actos de certificación y registro”; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de Octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

Tal como se señala en la doctrina, el ministerio es una estructura administrativa compleja, dotada de medios tanto materiales como humanos, los cuales son utilizados para incidir e intervenir en sectores de actividad homogéneo. Su número y dimensión depende de cada realidad jurídica concreta y de la necesidad que se tenga de la especialización de la actividad administrativa.<sup>18</sup> Se trata entonces de organismos bifrontes; de un lado integran el Gobierno; del otro, constituyen el vértice de la Administración.<sup>19</sup> Se puede sostener que dentro del diseño constitucional y legal es el organismo destinado a cumplir una función de integración de todas aquellas piezas en que se descompone el aparato administrativo al fragmentarse funcionalmente mediante criterios de territorialidad, de especialidad o de reconocimiento de espacios de autonomía, lo cual hace necesario buscar la unidad mediante la identificación de un “*centro supremo de dirección y ordenación.*”<sup>20</sup>

Del anterior razonamiento se puede deducir fácilmente que entre las competencias encomendadas a dichos organismos, muchas de ellas constituyen verdadera función de carácter administrativo. Se puede constatar, sin dificultad, ejemplo de ello en el ordenamiento jurídico cuando se establece entre los objetivos principales del Ministerio la regulación económica y técnica en el sector transporte, tránsito e infraestructura de los diferentes modos de transporte.<sup>21</sup> A su vez dicho objetivo se traduce en funciones tales como: el establecimiento de políticas para el desarrollo de la infraestructura mediante sistemas como concesiones u otras modalidades de participación de capital privado o mixto;<sup>22</sup> el establecimiento de los plazos y condiciones para reponer los vehículos de servicio público colectivo de pasajeros y/o mixto con radio de acción distinto al urbano;<sup>23</sup> la construcción de bahías de establecimiento sobre las zonas aledañas a las carreteras nacionales;<sup>24</sup> el

---

<sup>18</sup> Cfr. FRANCHINI, Claudio. “*La organizzazione*” En: Trattato di Diritto Amministrativo. Tomo I Milán, Giuffrè Editore. 2000. Pág. 131 Y ss.

<sup>19</sup> Cfr. SANTAMERIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios Generales del Derecho Administrativo. Madrid, Iustel. 2004.

<sup>20</sup> OVIEDO GARCÍA, Carlos. Derecho Administrativo. Volumen 1. Introducción – Doctrina General – Organización Administrativa. Madrid, Librería General del Victoriano Suárez. 1943.

<sup>21</sup> Artículo 1 Decreto 2053 del 2003, “*Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte, y se dictan otras disposiciones.*”

<sup>22</sup> Artículo 2 del Decreto 2053 de 2003, “*Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte, y se dictan otras disposiciones.*”

<sup>23</sup> Parágrafo 2 del artículo 6 de la ley 105 de 1993, “*Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación del sector transporte y se dictan otras disposiciones.*”

<sup>24</sup> Parágrafo 1 del artículo 13 de la ley 105 de 1993, “*Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación del sector transporte y se dictan otras disposiciones.*”



establecimiento de peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte;<sup>25</sup> entre otras.

De la naturaleza misma del Ministerio de transporte, se concluye que muchas de las competencias a él asignadas se materializan por medio de la expedición de verdaderos actos administrativos. Dentro de este supuesto se encuentra la resolución cuestionada al fijar “*las tarifas de peaje y procedimientos de ajuste para la concesión del sector de carretera Bogotá (Fontibón) - Facatativá –Los Alpes de la Ruta 50 en el Departamento de Cundinamarca*”. Del contenido de los artículos demandados, se deriva, de manera indiscutible, la imposición de una obligación de pago de las tarifas fijadas de acuerdo con la clase de vehículo que transite por el tramo de infraestructura vial delimitada; esto sin duda, evidencia no sólo una manifestación de la voluntad de una autoridad de carácter administrativo sino también la producción de efectos directos que afectan situaciones jurídicas. Como consecuencia de ello, no existe incertidumbre alguna respecto de la procedencia en el proceso de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

## **2. La competencia de esta Sección para conocer del caso objeto de estudio**

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional del Decreto demandado, ni de su contenido contractual.

## **3. Idoneidad de la acción.**

La sala debe entrar a precisar la idoneidad de la acción de nulidad simple, teniendo en cuenta que la resolución demandada tiene una relación directa con el

---

<sup>25</sup> Artículo 21 de la ley 105 de 1993, “*Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación del sector transporte y se dictan otras disposiciones*”.

contrato de concesión No. 937 celebrado entre el INVIAS y el concesionario, pues obedece a la necesidad de implementar una fórmula que posibilite el restablecimiento del equilibrio financiero del negocio jurídico. La cuestión merece toda la importancia como quiera que es necesario indagar sobre la naturaleza jurídica de las relaciones que se originan entre las partes que suscribieron el contrato y los terceros. Este cuestionamiento cobra relevancia en el presente caso, porque de la respuesta ofrecida se desprende la viabilidad de utilización de la acción de nulidad simple para examinar la legalidad del acto administrativo proferido por el Ministerio de Transporte. En otros términos, la pregunta a responder, es si dicha resolución constituye una decisión administrativa impugnabile por cualquier persona o si, por el contrario, es un acto contractual que sólo puede ser cuestionado por las partes del negocio jurídico a través del cauce procesal previsto en el código contencioso administrativo para la solución de controversias contractuales.

De acuerdo con el artículo 32.4 de la ley 80 de 1993, los contratos de concesión tienen como objeto la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Tal como ha señalado la jurisprudencia de ésta corporación, la noción del contrato de concesión tiene por lo menos dos elementos que la integran: por una parte, la existencia de un régimen legal y reglamentario consistente en una regulación previa del funcionamiento del servicio, el cual puede ser alterado por la Administración y que hace referencia a la organización y explotación misma del servicio así como al otorgamiento de algunas prerrogativas de poder en cabeza del concesionario; de otra, las condiciones pactadas con el particular y que se traduce en el cumplimiento de obligaciones concretas de una u otra parte del negocio jurídico.<sup>26</sup> Esta doble naturaleza, permite explicar la situación jurídica de

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Noviembre 30 de 2006. C. P. Alier E. Hernández Enríquez. Exp. 13074.

los usuarios, quienes a pesar de no ser parte del negocio jurídico, se ven afectados por los efectos del mismo, de hecho, algunas cláusulas les son directamente aplicables como es el caso del régimen tarifario.<sup>27</sup>

De este modo, entre la variedad de posibilidades que pueden darse, se halla la de expedir reglamentos en virtud del poder de dirección que es propio de la Administración, caso en el cual, aunque se trate de actos administrativos ligados al cumplimiento de obligaciones convencionales, tienen la virtualidad de afectar situaciones jurídicas de terceros (creándolas, modificándolas o extinguiéndolas), es decir que sus efectos van más allá de las partes que suscriben el acuerdo de voluntades.

Esta situación ha sido identificada por la jurisprudencia de esta Sección tratándose de actos administrativos de alcance general expedidos, como en el presente caso, con ocasión del desarrollo de un contrato de concesión, ya que en el supuesto de regulación de tarifas por uso de la infraestructura vial, se reconoce la posibilidad de utilización de la acción de nulidad simple al ser *“...incontestable que los usuarios del servicio u obra pública concesionada, es decir, los administrados, al encontrarse en una situación que se les configura como titulares de verdaderos derechos tanto frente a la administración concedente como al particular concesionario, deben encontrar en el ordenamiento cauces procesales a través de los cuales hacer efectivos esa situación y esos derechos”*.<sup>28</sup> No reconocer a éstos la posibilidad de impugnación de dichas normas sería abiertamente contrario al derecho fundamental al correcto acceso a la Administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución.

Vistas así las cosas, la Sala concluye que la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A es la idónea para cuestionar la legalidad de la resolución No 004291 proferida por el Ministerio de Transporte, toda vez que este acto administrativo aunque es proferido con ocasión del contrato de concesión No. 937, afecta situaciones jurídicas de terceros, específicamente de los usuarios de la infraestructura vial del sector de carretera Bogota (Fontibón) - Facatitivá - Los Alpes de la ruta 50 en el departamento de Cundinamarca.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Noviembre 30 de 2006. C. P. Alier E. Hernández Enríquez. Exp. 13074.

#### 4. Análisis de los cargos presentados por el actor

Para decidir en el caso objeto de estudio, la sala se ocupará de los siguientes puntos: la supuesta vulneración de los artículos 123 y 209 de la Constitución y la importancia del “concepto de la violación” en las acciones de nulidad simple (3.1); la supuesta vulneración de los artículos 21 y 30 de la ley 105 de 1993 y la configuración de la excepción de cosa juzgada dentro del proceso (3.2), y; el análisis de la causal de nulidad de “falsa motivación” propuesta por el actor.

##### 4.1. La supuesta vulneración de los artículos 123 y 209 de la Constitución y la importancia del “concepto de la violación” en las acciones de nulidad simple.

En el libelo de demanda se señalan como vulnerados por las disposiciones cuestionadas los artículos 123 y 209 de la Constitución política. La sala observa que, en el escrito presentado, se omite explicitar las razones que, en opinión del actor, soportan esta acusación. Esta circunstancia, pone de presente que no se determinó el “concepto de la violación” y ello impide un pronunciamiento favorable a las pretensiones, porque es a la parte demandante a quien corresponde, en los procesos de revisión de legalidad del acto administrativo, asumir la carga de ofrecer los argumentos que sean del caso para desvirtuar la presunción de legalidad propia de todo acto administrativo.<sup>29</sup>

La anterior consideración encuentra pleno sustento en el artículo 137.4 del C.C.A., el cual preceptúa:

*“Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:  
(...) 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.”*

Por tanto, cuando se pretende la nulidad de un acto administrativo, no sólo basta con señalar las normas que se consideran vulneradas, adicionalmente debe explicarse en qué consiste la contradicción. Tal como ya ha reiterado la

---

<sup>29</sup> La jurisprudencia de la Corporación ha señalado la obligación que corresponde a la parte demandada en la delimitación de los argumentos que sustentan la solicitud de declaratoria de nulidad de los actos administrativos. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de abril 25 de 2002. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello. Exp. 7136.

jurisprudencia de esta corporación en varias oportunidades, el control de legalidad que el juez contencioso administrativo realiza no es general sino particular y concreto. Es decir, el análisis que haga el operador jurídico sólo puede circunscribirse a los motivos de violación que se alegan dentro del proceso. La jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente rogada, por ello, puede afirmarse que quien decide, no puede de oficio señalar razones de contradicción entre la norma demandada y la supuestamente infringida; esta posibilidad sólo es permitida por el ordenamiento jurídico cuando se constata la afectación de un derecho fundamental.<sup>30</sup>

Así, el concepto de la violación constituye la *causa petendi* en el proceso, motivo por el cual sí esta sala hiciera una confrontación entre los apartes demandados de la Resolución 4291 de 1998 y los artículos constitucionales que señala el actor como vulnerados, estaría modificando dicha *causa petendi* al incorporar en el proceso razones no alegadas; en otras palabras, se estaría decidiendo por fuera de lo pedido (*“extra petita”*), porque son precisamente los argumentos traídos por el demandante al proceso los que *“determinan el marco de juzgamiento.”*<sup>31</sup>

Por las razones expuestas la sala se inhibirá de pronunciarse sobre la supuesta contradicción existente entre el acto administrativo cuestionado y los artículos 123 y 209 de la Constitución Política.

#### 4.2. La supuesta vulneración de los artículos 21 y 30 de la ley 105 de 1993 y la configuración de la excepción de cosa juzgada dentro del proceso.

La institución de la cosa juzgada, encuentra asiento en el derecho colombiano, como un instrumento orientado a garantizar el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y la economía procesal, entre otros.

Por regla general, opera cuando se ventilen dos procesos sobre el mismo objeto, que se funden en la misma causa y en los cuales exista identidad jurídica de las

---

<sup>30</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sub-sección A. Sentencia de noviembre 16 de 2006. C. P. Ana Margarita Olaya Forero. Exp. 5688. C. P. Respecto de la posibilidad de flexibilización de la obligación de señalar el concepto de la violación en los casos en los que se comprometan derechos fundamentales se puede consultar: Corte Constitucional. Sentencia de Abril 7 de 1999. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>31</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de Abril 18 de 2002. C. P. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp. 6536.

partes, y en uno de ellos se haya proferido sentencia que se encuentre debidamente ejecutoriada.

Esta idea general, encuentra sin embargo, unas reglas más flexibles en el caso de la acción de nulidad, en atención a la naturaleza y características de esta. Es así como, de su connotación de acción pública se deriva, la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponerla en búsqueda de una garantía del principio de legalidad que orienta las actuaciones administrativas; como consecuencia de esto, la identificación de las partes no es un presupuesto suyo, mas sí el de la existencia de identidad en el o los actos administrativos demandados en uno y otro proceso.

Así mismo, y dada la connotación de rogada de la justicia administrativa en Colombia, unos son los efectos en el caso de que en uno de los procesos se declare la nulidad del acto administrativo demandado, y otros, aquellos que se derivan en caso de que no prosperen las pretensiones. Si bien en ambos, los efectos son *erga omnes*, en el segundo de los casos, los efectos de ésta estarán supeditados a la confrontación normativa propuesta en la demanda, de manera que resulta perfectamente posible un segundo pronunciamiento sobre la legalidad de un mismo acto administrativo, siempre que los cargos de ilegalidad alegados por el actor sean distintos.

Estas particularidades de la institución de la cosa juzgada en materia de acciones de nulidad, encuentra referente jurídico positivo, en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

*“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada “erga omnes”. “La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada “erga omnes” pero solo en relación con la “causa petendi” juzgada”.*

En el caso objeto de análisis, el actor señala que las disposiciones demandadas vulneran el artículo 30 de la ley 105 de 1993, puesto que en su entender la disposición sólo permite el establecimiento de peajes para **recuperar la inversión de la construcción**. Por tanto, se excluye el supuesto consagrado en los artículos 1 y 3 de la resolución 4291 de 1998, al no permitir que se recauden ingresos por el cobro de tarifas de peaje en la etapa cero (0) de construcción y al contemplar que

éstos se utilicen para cubrir mayores valores de obra o para financiar obras adicionales al proyecto.

Este concepto de la violación permite concluir que en el presente proceso se encuentra demostrada la excepción de cosa juzgada parcial, ya que la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 26 de julio de 2001 con ponencia del Consejero Manuel Urueta Ayola, resolvió denegar las pretensiones de la demanda de nulidad interpuesta contra la totalidad de la Resolución 4291 de 1998. Una de las razones esgrimidas por el demandante para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado era precisamente que *“el pago anticipado de los peajes viola el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, por falta de aplicación, puesto que según dicha norma, en los casos de obra por concesión, los peajes se utilizan para la recuperación de la inversión y no para hacerla”*.

Como se puede observar los dos elementos para conformar la cosa juzgada en el proceso de nulidad simple se encuentran demostrados: *tanto las disposiciones cuestionadas como la causa petendi son las mismas*. Y es el último aspecto el que cobra relevancia para la sala: *la identidad del cargo aducido no posibilita un nuevo pronunciamiento del juez respecto de un asunto en el que ya se profirió sentencia negando la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas*.

En el escrito de contestación no se propuso la excepción de cosa juzgada parcial, razón por la cual, se procederá a declararla de oficio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 del C. C. A.

La sala a continuación transcribirá los argumentos expuestos por la Sección Primera de esta Corporación, a efectos no sólo de ofrecer mayor claridad respecto de la imposibilidad de pronunciamiento sobre la supuesta vulneración del artículo 30, sino también porque el actor extendió el cargo formulado al artículo 21 de la ley 105 de 1993. En la mencionada sentencia se afirmó:

*“La anticipación del cobro de los peajes a la etapa de construcción de la obra la consideran violatoria del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, porque en casos de obras por concesión, los peajes se utilizan para la recuperación de la inversión, y no para hacerla. Esta decisión efectivamente aparece en la resolución acusada, al modificar los artículos primero y tercero de la Resolución núm. 002935 de 1994, ya que el texto original de los mismos preveía el cobro del peaje a partir del inicio de la etapa de operación. Ella está circunscrita a las*

estaciones “Río Bogotá”, entre el río Bogotá y el sitio denominado el cerrito, y “Corzo”, entre Madrid y el desvío a Bojacá.

*Pero sucede que tal disposición se tomó debido, en primer lugar, a la modificación del contrato acordada por las partes del mismo, a fin de hacer viable la ejecución del proyecto con el mayor valor de 10.677 millones de pesos entre el valor del diseño básico previsto en el contrato (\$53.678 millones de pesos) y el del diseño definitivo elaborado por el concesionario y aprobado por la interventoría. En segundo lugar, el **INVIAS** consideró necesario anticipar el citado cobro a más tardar el 3 de enero de 1999, con el fin de financiar unas obras adicionales para los municipios de **FUNZA, MOSQUERA y FACATATIVA**, a las cuales se comprometió dicho Instituto, mediante convenio suscrito el 9 de diciembre de 1998 con la Gobernación de Cundinamarca, las alcaldías y los concejos de esos municipios, según se indica en la parte motiva de la resolución enjuiciada. Por consiguiente, cabe decir que el anticipo del cobro del peaje para antes de la etapa de operación tiene como objeto cubrir el mayor valor de la inversión del concesionario y los costos de las obras adicionales.*

*El artículo 30 de la Ley 105 de 1993, en lo pertinente, prescribe:*

*“Artículo 30. **Del contrato de concesión.** La nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada, o a través de sus entidades descentralizadas del sector transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.*

*“Para la recuperación de la inversión, la nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia.*

*“La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes”.*

*Cabe señalar sobre el punto, que la recuperación de la inversión no está circunscrita a una etapa determinada de la obra, de modo que nada obsta para que de acuerdo con las circunstancias se pueda iniciar desde el momento en que se empieza a realizar dicha inversión, pues el concepto de ésta comprende todos los costos que demande la obra en sus distintas etapas, como son planos, estudios de factibilidad, estudios de suelos, etc.*

*De otra parte, se observa que la decisión censurada fue tomada inicialmente por las partes del contrato de concesión, de donde corresponde a su contenido, el cual, según el precitado artículo 30 de la Ley 105 de 1993, es ley para las partes, y su examen escapa a la Sala y a la acción de simple nulidad que ha sido incoada, por lo cual no es posible examinar su legalidad en la presente causa.*



*En estas circunstancias, no se vislumbra que la resolución acusada viole el artículo 30 de la Ley 105 de 1993, por ende, el cargo no prospera.”*

En cuando a la confrontación de las normas demandadas con el artículo 21 de la ley 105 de 1993, no puede la sala declarar la existencia de cosa juzgada, aún cuando la demanda en el presente caso se soporte en idéntico cargo. No obstante, lo que sí está permitido al operador jurídico, es hacer suyo el análisis realizado en otro proceso con el que se presente identidad en las normas cuya legalidad se cuestiona y en el concepto de la violación expuesto por el actor. Por esta razón, esta Corporación no se separará en el presente caso de la motivación contenida en el fallo de la Sección primera, en el entendido que, del análisis del artículo 21, no puede desprenderse que la recuperación de la inversión en la generación de infraestructura de transporte se circunscribe a una etapa determinada de la obra.

Es el uso de las carreteras una de las circunstancias que habilita a la Administración la posibilidad de establecer peajes y esta competencia tiene razón de ser en la imperiosidad de recuperar lo invertido. Así, en la norma no existe una restricción para que dicha recuperación pueda comenzar a llevarse a cabo en diferentes momentos de la obra; ello, porque los costos en que se incurren comprenden también fases como estudios de suelos, diseños de factibilidad, realización de planos, etc. Por esto, el literal “a” de la disposición en comento señala que el establecimiento y cobro de tarifas se sustenta en el siguiente principio: *“Los ingresos provenientes de la utilización de la infraestructura de transporte, deberán garantizar su **adecuado mantenimiento, operación y desarrollo**”*. (Subraya la sala).

#### 4.3. La causal de nulidad de falsa motivación formulada por el actor:

El artículo 84 del C.C.A. prevé la *“falsa motivación”* como causal de anulación de los actos administrativos. Este vicio de legalidad puede albergar las siguientes circunstancias: 1. Un desconocimiento de los supuestos fácticos en que debe soportarse la decisión porque la autoridad no los tiene en cuenta o, porque haciendo mención de los mismos, deforma la realidad de tal manera que deja por fuera o introduce algunas circunstancias de tiempo modo y lugar, desconociendo

la premisa según la cual, todo acto administrativo debe fundarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de su emisión,<sup>32</sup> y; 2. Un desconocimiento de los supuestos jurídicos, porque no existen las normas en que se fundamentó la manifestación de voluntad de la administración, se utilizan preceptos que no tienen una relación con los supuestos de hecho objeto de decisión o se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas.<sup>33</sup> Se trata entonces de un defecto que se traduce en la falta de coherencia entre los antecedentes a tener en cuenta por la administración y la decisión asumida.<sup>34</sup>

En el caso objeto de estudio no se constata un desconocimiento de los supuestos jurídicos o fácticos en que deben fundamentarse las disposiciones demandadas. El Ministerio de Transporte al modificar la resolución 2935 de 1994, por medio de la cual se fijan las tarifas de peaje y procedimientos de ajuste para la concesión del sector de la carretera Bogotá - Facatativá - Los Alpes, hizo uso de una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico en el artículo 11.8 del Decreto 2171, vigente para la época de expedición del acto administrativo.<sup>35</sup> La norma en comento consagraba:

*“ARTÍCULO 11.- DESPACHO DEL MINISTRO: Son funciones del Ministro de Transporte además de las señaladas por la Constitución Política y la ley, las siguientes:*

*8. Establecer los sitios y las tarifas de peajes que deban cobrarse por el uso de las vías a cargo de la Nación.”*

De otra parte, si bien es cierto que en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión No. 0937 de 1995, celebrado entre el INVIAS y Concesiones CCFC, se señala el sistema de compensación a implementar en caso de presentarse sobrecostos por mayores valores de obra y construcción,<sup>36</sup> también es verdad que dentro del proceso se encuentra demostrado:

---

<sup>32</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Junio 26 de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp. 0606.

<sup>3333</sup> Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín, Señal Editora. 1999. Pág. 270.

<sup>34</sup> Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 399 y ss.

<sup>35</sup> Derogado parcialmente por el Decreto 2056 de 2003 y por el Decreto 101 de 2000 y por la Ley 105 de 1993.

<sup>36</sup> CONTRATO O937 de 1995. Objeto: Realizar por el sistema de concesión los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Santafé de Bogotá (Fontibón) – Facatativá – Los Alpes, del tramo 08, de la ruta 50, en el Departamento de Cundinamarca. Plazo: Doscientos sesenta y cinco (265) meses. **CLAÚSULA TRIGÉSIMA SEXTA: ECUACIÓN CONTRACTUAL:** “...la ecuación contractual prevista en el

1. Que el valor del diseño definitivo elaborado por el concesionario y aprobado por la interventoría de diseño del INVÍAS sobrepasó el valor previsto para la construcción dentro del contrato No. 0937 de 1995. Esta circunstancia ocasionó que, el 15 de agosto de 1995 las partes aclararan la Cláusula cuarta del negocio jurídico celebrado incorporando la diferencia existente de 10.677 millones de pesos de septiembre de 1994.

*“...hemos convenido aclarar la cláusula cuarta “valor del contrato” en el sentido de indicar que el precio de construcción es de CUARENTA Y TRES MIL UN MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$43.001’ 096.351) MONEDA CORRIENTE y no de 43.000’000.000, como quedó consignado en la citada cláusula. En consecuencia el valor total de la inversión inicial será de SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$61.473’096.351) MONEDA CORRIENTE...”<sup>37</sup>*

2. Que el INVÍAS y el concesionario, para hacer viable la ejecución del contrato, dado el mayor valor generado, modificaron el contrato No 0937 de 1995 y pactaron el restablecimiento de la ecuación contractual. En el acuerdo de modificación se asumió la alternativa propuesta por el contratista, consistente en la reubicación de la estación del peaje ubicada en el sector Tres Esquinas - Mosquera al sector Río Bogotá –Tres esquinas y el cobro de peaje durante la etapa de construcción.

Se acordó, que el INVÍAS cedería al concesionario los derechos de recaudo de peaje de las siguientes estaciones: la Estación Corzo a partir del mes 18 del inicio de la etapa de construcción y la Estación Rio Bogotá a partir del mes 8 del inicio de la etapa de construcción.<sup>38</sup>

---

*artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se mantendrá constante, mediante la aplicación de uno o varios de los siguientes procedimientos o sistemas: 1. Aumento en el plazo de la etapa de operación. 2. Aumento en el valor de las tarifas de peaje, durante la etapa de operación, por encima del índice de precios al consumidor del DANE. Este incremento adicional no podrá ser superior al 30% del índice de precios al consumidor. 3. Los valores que dada la limitación anterior, no lograsen compensarse mediante el aumento de tarifas, se compensaran con pagos en moneda nacional, con recursos del presupuesto general de la Nación, en un término de doce (12) meses a partir del establecimiento del faltante. Para los sobrecostos de construcción y déficits de la demanda, la compensación se hará prefiriendo, en lo posible, el primer sistema de compensación al segundo sistema, y éste al tercero, de modo que el tercer sistema sólo se utilice cuando los dos anteriores resulten inidóneos o insuficientes para lograr el cometido de restablecer el equilibrio económico del contrato.” Cfr. Cuaderno 2 del expediente.*

<sup>37</sup> La copia auténtica de la aclaración realizada por el INVÍAS y el concesionario reposa en el cuaderno 2 del expediente.

<sup>38</sup> La copia auténtica del documento de acuerdo para la ejecución del contrato de concesión No 937 de 1995, realizada el 14 de agosto de 1998, reposa en el cuaderno 2 del expediente.

3. Que entre el concesionario y el INVIAS se celebró un contrato modificatorio, en el cual se comprometió el primero a construir unas obras adicionales para los municipios de Funza, Mosquera, Madrid, y Facatativá. Para la construcción de dichas obras se consideró necesario anticipar el cobro de las tarifas de peaje de las estaciones el “Corzo” y “Rio Bogotá” a más tardar el 03 de Enero 1999 y modificar la localización de las casetas.<sup>39</sup>

Como puede verse, cada uno de los supuestos fácticos indicados en las consideraciones de la resolución 4291 de 1998 se encuentran probados en el proceso; de tal manera que las disposiciones demandadas responden a una necesidad de recuperación del equilibrio económico del contrato No 0937 de 1995. Por tanto, la autoridad administrativa con la expedición del acto administrativo no deformó la realidad, al contrario, la tuvo en cuenta. El actor alega que los motivos esgrimidos no son suficientes, pero en el escrito de la demanda no desarrolla esta afirmación, dado que no demuestra que existan hechos o fundamentos jurídicos que la autoridad debió tener en cuenta y que fueron omitidos en el momento de tomar la decisión.

Adicionalmente, el actor considera que la autoridad incurrió en causal de nulidad al contemplarse en la resolución demandada una forma diferente de recuperar el equilibrio económico presentado, puesto que en su entender debió haberse hecho uso de una de las alternativas consagradas en la cláusula trigésima sexta del contrato. Es decir, no podía la entidad disponer un cobro de tarifas desde el mes cero de la construcción, sino que debió haber hecho uso de alguna de las siguientes posibilidades: a. aumentar el plazo de la etapa de operación; b. aumentar la tarifa de peaje durante el plazo de la etapa de operación fijada en el contrato; c. utilizar recursos del presupuesto general de la nación.

No le asiste la razón al demandante, ya que si bien es cierto los sistemas de compensación señalados hacen parte del contrato 0937 de 1995, también es verdad que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes decidieron optar por otra solución distinta: la reubicación de la estación del peaje ubicada en el sector Tres Esquinas - Mosquera al sector Río Bogotá –Tres esquinas y el cobro de peaje durante la etapa de construcción y la cesión por parte del INVIAS al

---

<sup>39</sup> Las copias auténticas del contrato modificatorio al contrato de concesión No. 937 de 1995 y del acta de acuerdo concesión Fontibón – Facatativá – Los Alpes reposan en el cuaderno 2 del expediente.

concesionario del recaudo de algunos peajes. El actor cuestiona la legalidad de la solución acordada para buscar el restablecimiento de la ecuación económica y financiera del contrato. En primer lugar, el acto administrativo, a efectos de cuestionar su conformidad con el ordenamiento jurídico, no puede contrastarse con una cláusula de un negocio jurídico, su confrontación debe darse con aquellas normas superiores que deben servirle de fundamento; en segundo término, el cargo hecho por el actor responde a la lógica de la acción contractual, puesto que en realidad cuestiona la validez de la fórmula adoptada de común acuerdo por las partes para hacer frente a los mayores valores de construcción.

Finalmente, la sala extiende el anterior razonamiento a la inclusión dentro del contrato No 937 de concesión de las obras contenidas en el convenio celebrado entre el Instituto Nacional de Vías, la Gobernación de Cundinamarca, las Alcaldías de Funza, Mosquera, Madrid y Facatativá y los Concejos de Funza y Mosquera; nuevamente se está ante un cuestionamiento del uso de la libertad negocial de las partes, aspecto que escapa del análisis de legalidad del acto administrativo censurado.

Vistas así las cosas, en el presente caso no se logra desvirtuar la presunción de legalidad de las disposiciones demandadas, por ello en la parte resolutive de la sentencia se negaran las pretensiones del actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**Primero. INHÍBESE** para pronunciarse sobre la presunta vulneración de los artículos 123 y 209 de la Constitución política, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**Segundo. DECLARASE** probada la cosa juzgada respecto del cargo sustentado en la presunta vulneración del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**Tercero. DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MIRIAM GUERRERO ESCOBAR**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente

**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**  
Impedido