



Radicado: 25000-23-36-000-2015-02529-02 (60586)

Demandantes: **CSG S.A.** y otros

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES**

**Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil veinticinco (2025)**

**Referencia:** REPARACIÓN DIRECTA – APELACIÓN DE SENTENCIA  
**Radicación:** 25000-23-36-000-2015-02529-02 (60586)  
**Demandantes:** **CSG S.A. Y OTROS**  
**Demandado:** INSTITUTO DE RECREACIÓN Y DEPORTE (IDRD)

**TEMAS:** ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS (APP) – Estos esquemas asociativos pueden ser de iniciativa pública o iniciativa privada. En los de iniciativa privada, la estructuración del proyecto es por cuenta y riesgo del originador; además, las decisiones que la entidad receptora del proyecto realice durante el proceso de estructuración, que se divide en etapa de prefactibilidad y etapa de factibilidad, no genera ningún derecho al originador, ni la aprobación de la misma, ni obligación alguna para el Estado. MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Es el adecuado para demandar la responsabilidad precontractual, teniendo en cuenta que en la demanda no se cuestiona ningún acto administrativo susceptible de ser enjuiciado por vía de la nulidad y restablecimiento del derecho. BUENA FE EXENTA DE CULPA – Deberes de la Administración en fase precontractual. CARGA DE LA PRUEBA - incumbe a la parte probar el supuesto de hecho que pretende hacer valer – principio de autorresponsabilidad.

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

---

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 18 de octubre de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

### **I. SÍNTESIS DEL CASO**

En el marco de Ley 1508 de 2012, *“por la cual se estable[ció] el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas —APP—”,* la Sociedad **CSG S.A.** — *en adelante, “CUSEGO”* — presentó ante el Instituto de Recreación y Deporte del Distrito Capital — *en adelante IDR D*— un proyecto de asociación público-privada —*APP*— de iniciativa privada para la remodelación y modernización de la Unidad Deportiva El Campín. En etapa de prefactibilidad, el IDR D declaró de interés público el proyecto y otorgó concepto favorable para que CUSEGO continuara con su estructuración y realizara los estudios de factibilidad, los cuales debían ser entregados en 18 meses.



Antes de cumplirse el plazo indicado, el IDRDR comunicó a CUSEGO que el proyecto de APP había perdido su interés público y, como consecuencia, sería rechazado, dado que se detectaron inconsistencias y variaciones injustificadas en el alcance de los compromisos asumidos para desarrollar la etapa de factibilidad. Considerando esta decisión como un acto administrativo, CUSEGO interpuso en contra de este recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, argumentando violación al debido proceso, por no haber tenido la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa frente a las situaciones fácticas y jurídicas expuestas por el IDRDR para finalizar el proceso de estructuración del proyecto de APP.

En respuesta a lo anterior, el IDRDR recordó que el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012 establece expresamente que el concepto favorable emitido en etapa de prefactibilidad no genera *“compromisos de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado”*, por lo que dicha determinación no puede considerarse como un acto administrativo vinculante, calidad que tampoco resulta ser predicable de la comunicación mediante la cual se había declarado la pérdida de interés público por hechos sobrevinientes y, por tanto, no es susceptible de recurso alguno.

Bajo este panorama, la parte demandante reclama la indemnización de los perjuicios materiales causados, referidos a los costos y gastos en los que incurrió para elaborar la propuesta de APP, argumentando que la actuación antijurídica del IDRDR, al dar por terminado de manera injustificada y anticipada la iniciativa privada presentada por CUSEGO, desconoció el principio de buena fe y las normas que regulan la conformación de las APPs.

## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda y su trámite procesal

1.1. El 6 de noviembre de 2015<sup>1</sup>, CUSEGO, INDECON S.A.S. y Martín Sánchez Palma presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra el IDRDR, con las siguientes pretensiones, que se transcriben de forma literal, incluso con eventuales errores:

---

<sup>1</sup> Folios 4 a 23 del cuaderno 1.



«**PRIMERA:** Que se declare que el IDRDR actuó de manera antijurídica pues violó el principio de la buena fe en la etapa precontractual, la Ley 1508 y sus propias actuaciones, al terminar de manera injustificada el proceso de elaboración de la propuesta de Asociación Público Privada (APP) en etapa de factibilidad, presentada el 3 de septiembre de 2012 por CUSEGO para un “Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín”.

**SEGUNDA:** Que con fundamento en lo anterior se condene a la administración, en cabeza del IDRDR a pagar el daño económico causado a los demandantes por valor de dos mil cuatrocientos trece millones seiscientos setenta y cinco mil ocho pesos (\$2.413.675.008) correspondientes a los costos y gastos incurridos por estos en la elaboración de la propuesta de Asociación Público Privada para un “Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín” y la posterior defensa de sus derechos, más los intereses moratorios a las tasa máxima legal permitida que se causen sobre la suma anterior hasta la fecha efectiva del pago, o la suma que resulte probada en el proceso».

**1.2.** Como **fundamento fáctico** de sus pretensiones, el extremo activo relató los hechos que, a continuación, se sintetizan:

**1.2.1.** Manifestó que, en el marco de la Ley 1508 de 2012, CUSEGO presentó el 3 de septiembre de 2012 un proyecto de APP de iniciativa privada ante el IDRDR, denominado “Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín”, que consistía en la intervención organizada de la Unidad Deportiva el Campín, orientada a la remodelación y modernización del estadio, así como a la construcción de nuevas edificaciones para el coliseo y los servicios complementarios y de soporte, las cuales incluirían áreas deportivas, auditorios, alojamientos, oficinas, locales comerciales, restaurantes, estacionamientos, plazas, plazoletas y zonas verdes, entre otros. En la propuesta, CUSEGO indicó que, aunque actuaba como originador del proyecto, contaría con un equipo de trabajo y apoyo integrado, entre otros, por INDECON S.A.S. y el arquitecto Martín Sánchez Palma.

**1.2.2.** Afirmó que, con posterioridad a la presentación del proyecto APP en etapa de prefactibilidad, la Secretaría Distrital de Planeación del Distrito Capital —en lo sucesivo, “SDP”— profirió la Resolución 0043 del 18 de enero de 2013, mediante la cual adoptó el “Plan de Regularización y Manejo de la Unidad Deportiva el Campín”, dentro del cual se impusieron un conjunto de obligaciones y condiciones para la adecuación de la zona que se pretendía intervenir.



**1.2.3.** Refirió que el IDRDR profirió la decisión 214 del 22 de abril de 2013, por medio de la cual: **(i)** declaró de interés público el proyecto de APP presentado por CUSEGO y, en tal virtud, otorgó concepto favorable para que este continuara con su estructuración, dando por culminada la etapa de prefactibilidad y ordenando el inicio de la etapa de factibilidad, cuya duración fijó en dieciocho (18) meses; y **(ii)** incorporó unos requerimientos para que el originador del proyecto adelantara la fase de factibilidad de conformidad con las nuevas exigencias adoptadas en el “*Plan de Regularización y Manejo de la Unidad Deportiva el Campín*” emitido por la SDP.

**1.2.4.** Indicó que, el 21 de junio de 2013, el IDRDR le comunicó a CUSEGO la forma como debía acreditar la experiencia en inversión, así como la capacidad financiera y de financiación del proyecto, la cual debía ser entregada a más tardar el 22 de agosto de 2014.

**1.2.5.** Aseveró que, luego de haberse surtido diversas reuniones, CUSEGO y el IDRDR acordaron un cronograma y un plan de trabajo (protocolos) para adelantar la estructuración del proyecto en fase de factibilidad, cuya versión definitiva fue entregada al Instituto el 24 de junio de 2013

**1.2.6.** Señaló que, conforme a los protocolos acordados, los cuales se ajustaron a los nuevos requerimientos del SDP incluidos en el “*Plan de Regularización y Manejo de la Unidad Deportiva el Campín*”, CUSEGO solicitó al IDRDR información necesaria para desarrollar adecuadamente los estudios de factibilidad; de igual manera, presentó ante ese mismo ente varias solicitudes para que gestionara la radicación de peticiones ante distintas Empresas de Servicios Públicos (en lo sucesivo, “ESP”) con el propósito de obtener y/o complementar la información relacionada con las redes existentes, planes de expansión, además de aspectos sociales y prediales.

**1.2.7.** Sostuvo que, intempestivamente, antes cumplirse la fecha establecida para la acreditación de la experiencia en inversión y la capacidad financiera y de financiación para el proyecto, el IDRDR profirió la comunicación 20131010100041 del 22 de agosto de 2013, por medio de la cual declaró que la propuesta originalmente presentada por CUSEGO había perdido interés público y, como consecuencia, debía ser rechazada.

Agregó que esta decisión implícitamente dejó sin efectos la decisión 214 de 2013 y se fundamentó en los siguientes argumentos: **(i)** que con motivo de la fijación de las reglas



para acreditar la experiencia en inversión, capacidad financiera y de financiación, se evidenció que el grupo económico AL FAISAL HOLDING no había manifestado hasta la fecha de manera clara, expresa e irrevocable la intención de participar en la APP; **(ii)** que no existía claridad sobre el nivel de compromiso y grado de participación de algunas de las empresas que hacían parte del grupo de trabajo; y **(iii)** que la solicitud de información realizada por CUSEGO al IDRDR y a diferentes ESP hacían suponer que el originador no había llevado a cabo en debida forma los estudios a nivel de prefactibilidad.

**1.2.8.** Expresó que, el 4 de septiembre de 2013, CUSEGO interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la comunicación 20131010100041 del 22 de agosto de 2013 proferida por el IDRDR, advirtiendo *“falacias en los argumentos esgrimidos por dicha entidad”* para declarar la pérdida de interés público del proyecto de APP e *“informando anomalías al debido proceso”*, ya que el IDRDR nunca lo requirió o convocó para que ejerciera su derecho de defensa, tal como lo exigen las normas de derecho público y la buena fe negocial. Cuestiones sobre las cuales *“da fe la comunicación suscrita por [...] la secretaria de Cultura, Recreación y Deporte del Distrito, quien al detectar las irregularidades en relación con la terminación del proceso de APP”* instó al director del IDRDR a ahondar y documentar los hechos que sobrevinieron a dicha decisión, así como la forma en que estos afectaron la factibilidad del proyecto.

**1.2.9.** Esgrimió que, en respuesta al recurso mencionado en precedencia, el IDRDR profirió la comunicación 20131010131291 del 30 de octubre de 2013, en la que indicó que la decisión 214 del 22 de abril de 2013, por medio de la que había otorgado concepto favorable al proyecto y dado vía libre a la etapa de factibilidad, no era un acto administrativo sino un concepto y que, por tal motivo, la comunicación que lo dejó sin efectos no era susceptible de recurso alguno.

**1.2.10.** Adujo que, debido a las anomalías referenciadas, CUSEGO presentó ante el IDRDR un derecho de petición con el fin de conocer si *“el comportamiento esquivo y antijurídico de la entidad se debía a que tal vez esta se encontrara estudiando algún otro proyecto sobre renovación del Campín”*. Agregó que, en principio, el IDRDR se negó a suministrar la información requerida alegando reserva de confidencialidad; sin embargo, luego de surtirse un recurso de insistencia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la entidad informó que había dado concepto favorable a la factibilidad de un proyecto para la renovación del Campín presentado por Colombiana de Escenarios S.A.S. con posterioridad al de CUSEGO.



**1.2.11.** Esbozó que, ante las evidentes violaciones a sus derechos, CUSEGO interpuso una acción de tutela en contra del IDRD, no obstante, el Juzgado 17 Civil Municipal la desestimó al considerar que no se cumplía con el requisito de subsidiaridad, pues las pretensiones de dicha sociedad podían ser planteadas antes la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**1.2.12.** Finalmente refirió que, por los hechos descritos, CUSEGO elevó queja ante la Personería Distrital, la cual abrió el proceso disciplinario 35340 en contra del director del IDRD, el cual se encontraba en trámite al momento de presentación de la demanda.

**1.3.** Como **fundamentos jurídicos**, la parte demandante invocó los artículos 83, 84 y 90 de la Constitución Política, así como el artículo 863 del Código de Comercio (CCo), conforme a los cuales la administración resulta patrimonialmente responsable por su actuación antijurídica y violatoria de la buena fe, *“pues tomó una decisión unilateral, arbitraria, insulta y violatoria de los acuerdos alcanzados entre las partes y de la Ley 1508 de 2012”* como, en resumen, se pasa a exponer:

**1.3.1.** Manifestó que para la elaboración de la propuesta de APP de iniciativa privada conveniente y viable, denominada *“Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campin”*, CUSEGO, junto con su grupo de trabajo, invirtieron unas sumas de dinero importantes, sin desconocer que evidentemente existía un riesgo que debían asumir, pues el hecho de presentar la propuesta de APP no implicaba, *per se*, que posteriormente se fuera a suscribir el contrato correspondiente. No obstante, añadió, el riesgo que CUSEGO y su grupo de trabajo no estaba llamado a soportar es aquel en virtud del cual la administración pública vulnera el principio de buena fe y actúa de manera antijurídica, *“despojándolo no solo del derecho a presentar los documentos correspondientes a la etapa de factibilidad, sino también, haciéndole perder el dinero y el tiempo invertido en la elaboración de los documentos de prefactibilidad y el desarrollo de la factibilidad”*.

**1.3.2.** Aseveró que, tal y como quedó establecido en la decisión 214 del 22 de abril de 2013, CUSEGO había presentado un proyecto en la etapa de prefactibilidad que cumplía con todos los requisitos exigidos en el artículo 20 del Decreto 1467 de 2012, esto es: una descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en la etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización, así



como su forma explotación, alcance, costo estimado, fuente de financiación, información secundaria y proyecciones económicas. Como consecuencia, mal podría el IDRД aducir falencias o inconsistencias en los estudios de prefactibilidad para rechazar la propuesta de APP presentada por CUSEGO cuando esta los revisó y aprobó, dando vía libre a la estructuración del proyecto en etapa factibilidad.

**1.3.3.** Precisó que, en etapa de factibilidad, el IDRД argumentó de manera falaz que el proyecto ya no era de su interés, pues CUSEGO no había certificado el compromiso de cierre financiero, es decir, el compromiso expreso e irrevocable de los inversionistas para asumir la inversión y otorgar respaldo financiero al proyecto, desconociendo que fue el mismo Instituto quien había establecido que la acreditación del cierre financiero podía presentarse hasta el 22 de agosto de 2014, *“es decir un año después a la fecha en la cual la administración expidió la comunicación en la cual manifestó que ya no había interés en la APP del Campin”*.

**1.4.** El 13 de enero de 2016<sup>2</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda, al considerar que el medio de control precedente no era el de reparación directa sino el de controversias contractuales, razón por la cual, las pretensiones de la demanda debían ajustarse en los términos del inciso segundo del artículo 141 del CPACA, comoquiera que *“el examen de juridicidad de los actos precontractuales debe ser sometido delante del juez vía de nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho a través del camino del medio de control contractual, ajustando así las pretensiones formuladas y no solamente solicitando el reconocimiento patrimonial como lo hizo en el presente caso el actor”*. Para tales efectos, ordenó al demandante fundamentar sus pretensiones, indicando cuáles fueron las normas violadas y explicando el concepto de violación.

**1.5.** El 8 de febrero de 2016<sup>3</sup>, la parte demandante reiteró que aun cuando, a su juicio, el medio de control adecuado es el de reparación directa, pues lo que pretende *“es la reparación de un daño causado por la administración con su proceder antijurídico”*, procedía a corregir la demanda en los términos indicados por el *a quo*, ajustando las pretensiones al medio de control de controversias contractuales, las cuales quedaron de la siguiente manera (se transcriben de forma literal, incluso con eventuales errores):

<sup>2</sup> Folios 22 a 24 del cuaderno 1.

<sup>3</sup> Folios 27 a 35 del cuaderno 1.



«**PRIMERA:** Que se declare la nulidad de lo actuado por la administración al declarar que había perdido interés en la Asociación Publico Privada -APP., presentada el 3 de septiembre de 2012 por CUSEGO para un "Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campin".

**SEGUNDA:** Que se declare que IDRDR actuó de manera antijurídica al violar el principio de la buena fe en la etapa precontractual, la Ley 1508 y sus propias actuaciones, al terminar de manera injustificada el proceso de elaboración de la propuesta de Asociación Publico Privada (APP) en etapa de factibilidad, presentada el 3 de septiembre de 2012 por CUSEGO para un "Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campin".

**TERCERA:** Que con fundamento en lo anterior se condene a la administración, en cabeza del IDRDR a pagar el daño económico causado a los demandantes por concepto de daño emergente consolidado por valor de mil quinientos sesenta y cinco millones ochenta mil novecientos veinticinco pesos (\$1.565'080.925) correspondientes a los costos y gastos incurridos por estos en la elaboración de la propuesta de Asociación Publico Privada para un "Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campin" y la posterior defensa de sus derechos, o la suma que resulte probada en el proceso.

**CUARTA:** Que se condene a la administración, en cabeza del IDRDR a pagar el daño económico causado a los demandantes por concepto de lucro cesante por valor de seiscientos cuarenta millones ochocientos sesenta y tres mil doscientos quince pesos (\$640'863.215) correspondiente al interés bancario corriente liquidado sobre la cuantía del daño emergente hasta la fecha de presentación de la demanda. Asimismo se condene al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida que se causen sobre la suma total de la cuantía desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la fecha efectiva del pago, o la suma que resulte probada en el proceso.

**PRIMERA SUBSIDIARIA:** Que en subsidio de la pretensión tercera se declare que CUSEGO puede continuar adelante con la elaboración y presentación de la propuesta de la Asociación Publico Privada para un "Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campin"».

**1.5.1.** Como fundamentos de derecho, la parte actora refirió: (i) violación al artículo 16 y 20 de la Ley 1508 de 2012, dado que, por una parte, si el IDRDR estaba inconforme con algún factor del proyecto de APP debió haber solicitado ajustes o precisiones, en lugar de desechar sin argumentos la propuesta presentada por CUSEGO y, por otra parte, que "si existía un tercero interesado en ejecutar el proyecto de renovación del Campin, el IDRDR debió, luego de haber aprobado la factibilidad, abrir un proceso de selección en lugar de haber hecho a un lado al originador del proyecto"; (ii) violación de la decisión tomada por el propio IDRDR el 24 de junio de 2014 que determinó la forma y oportunidad para el cierre financiero, pues "declaró la pérdida de interés antes de que se cumplieran los plazos allí establecidos"; (iii) violación al principio de la



buena fe precontractual; **(iv)** violación a los acuerdos de cronogramas suscritos entre las partes; **(v)** violación a las directrices impartidas por la Mesa Técnica 002 de 2012 de conformidad con las Directivas 007 de 2012 del Alcalde Mayor, comoquiera que *“se debió haber solicitado el aval de dicha Mesa para revocar mediante otro acto administrativo la Resolución 214 que la misma Mesa Técnica había avalado”*; **(vi)** violación al derecho de defensa, por no haberse citado previamente a CUSEGO para oírlo, ni haberle permitido interponer los recursos, aduciendo falsamente que la decisión de no continuar con la factibilidad del proyecto no era un acto administrativo, sin que además se hubiera tenido en cuenta *“la advertencia realizada por la secretaria de Cultura recreación y Deporte del Distrito [...], en la cual da instrucción al director del IDR D para lograr coherencia de las actuaciones administrativas y evitar violaciones al debido proceso y al derecho de defensa”*.

**1.6.** El 20 de abril de 2016<sup>4</sup>, el órgano judicial de primera instancia rechazó la demanda por haber operado la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, al considerar que la fuente del daño en el *sub lite* son las comunicaciones mediante las cuales el IDR D declaró la pérdida de interés público de la oferta de APP de iniciativa privada presentada por CUSEGO. Así las cosas, señaló que el término para interponer la demanda era de 4 meses contados a partir del día siguiente al conocimiento de dichas decisiones, lo cual acaeció el 19 de noviembre de 2014 y, como la demanda se presentó el 6 de noviembre de 2015, esta fue extemporánea.

**1.7.** El 29 de abril de 2016<sup>5</sup>, el extremo activo interpuso recurso de apelación en contra de la decisión referida en precedencia para que esta fuera revocada y, en su lugar, se admitiera la demanda, pues, contrario a lo argüido por el *a quo*, adujo que el medio de control procedente es el de reparación directa, dado que: *“(i) la administración fue la que manifestó que su proceder no es un acto administrativo entonces mal podría interponerse una acción tendiente a declarar la ilegalidad de un acto fantasma y (ii) la reparación directa es procedente pues la pretensión principal de la demanda tiende al reconocimiento de unos perjuicios por la terminación anormal de un procedimiento de selección de un contratista para una APP”*.

<sup>4</sup> Folios 41 a 49 del cuaderno 1.

<sup>5</sup> Folios 54 a 57 del cuaderno 1.



**1.8.** El 19 de agosto de 2016<sup>6</sup>, el Consejo de Estado revocó la providencia que rechazó la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y, en su lugar, dispuso continuar con el trámite a través de la reparación directa.

**1.8.1.** Como sustento de su decisión, argumentó que el Tribunal transgredió los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al acceso a la administración de justicia del extremo activo, dado que ordenó la inadmisión de la demanda cuando esta era clara y el medio de control incoado resultaba idóneo para tramitar el litigio planteado, ya que la parte demandante en ningún momento cuestionó la legalidad de un acto administrativo con pretensiones de nulidad. En contraste, lo que pretendía es que se estudiaran los supuestos perjuicios ocasionados por el presunto actuar antijurídico del IDRDR al violar los principios de buena fe en etapa precontractual y terminar injustificadamente el proceso de estructuración de la propuesta de la APP.

Bajo este panorama, precisó que el estudio que se debe adelantar se circunscribe a determinar si se configura la responsabilidad de la administración cuando los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción u omisión de aquella durante la formación de la voluntad, que determina la posibilidad de verificar *“si la propuesta es de interés y cumple con todos los elementos para inferir su viabilidad, así como en su evaluación, aceptación o rechazo”*, considerando que *“dentro del proceso que se adelanta con base en el régimen jurídico de las APP, en cualquiera de sus etapas, como lo son de prefactibilidad y factibilidad, las partes deben obrar de buena fe y de acuerdo con las exigencias éticas del ordenamiento positivo”*.

**1.8.2.** Hechas las anteriores precisiones, indicó que, de conformidad con el literal i) del artículo 164.2 del CPACA, la caducidad del medio de control de reparación directa es de 2 años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento de la acción u omisión causante del daño, o cuando el demandante tuviera conocimiento del mismo. Bajo estos lineamientos, consideró que el extremo activo conoció la decisión definitiva del IDRDR de dar por terminado el proceso de estructuración de la iniciativa privada el 30 de octubre de 2013, por lo tanto, coligió que, en principio, el término bienal para la presentación oportuna del medio de control de reparación directa vencía el 31 de octubre de 2015, *“sin embargo, la parte demandante radicó solicitud de conciliación*

---

<sup>6</sup> Folios 67 a 77 del cuaderno 1.



*prejudicial el 18 de agosto de 2015 y hasta el 5 de noviembre de la misma anualidad la procuraduría expidió constancia de no conciliación, entonces como la demanda fue radicada el 6 de noviembre de 2015, y como durante el tiempo que se tramitó la conciliación prejudicial se suspendieron los términos, encuentra el Despacho que la misma fue presentada a tiempo”.*

## **2. Admisión de la demanda y su contestación**

**2.1.** Mediante auto del 3 de noviembre de 2016<sup>7</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca obedeció y cumplió lo ordenado por el superior y, como consecuencia, admitió la demanda y ordenó su notificación al IDRDR.

**2.2.** El IDRDR contestó la demanda de manera extemporánea<sup>8</sup>, como bien fue advertido por el órgano judicial de primera instancia.

## **3. La audiencia inicial**

**3.1.** El 23 de mayo de 2017<sup>9</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca celebró la audiencia inicial, advirtiendo que no se encontró vicio alguno que debiera ser objeto de saneamiento, ni tampoco excepciones previas por resolver, *“teniendo en cuenta que la demandada dio contestación a la demanda fuera del término legal”* y que tampoco hay lugar a declarar alguna de oficio.

**3.2.** Posteriormente, se fijó el litigio en el sentido de determinar si el IDRDR le causó un daño antijurídico al demandante al terminar de manera injustificada el procedimiento de APP de iniciativa privada iniciado por este.

**3.3.** Finalmente, decretó como pruebas: **(i)** los documentos allegados con la demanda; **(ii)** el dictamen pericial solicitado por la parte actora para determinar el valor de los costos y gastos incurridos en la preparación y presentación del proyecto de APP, para lo cual se le impuso la carga a este de aportarlo al proceso de la referencia; y **(iii)** la actuación disciplinaria adelantada en contra del entonces director del IDRDR, Javier

<sup>7</sup> Folios 80 a 82 del cuaderno 1.

<sup>8</sup> Folios 98 a 128 del cuaderno 1.

<sup>9</sup> Folios 281 a 288 del cuaderno 1.



Orlando Suarez, para lo cual se le impuso a la parte actora la carga de gestionarla ante la personería distrital.

#### **4. La audiencia de pruebas**

**4.1.** El 19 de septiembre de 2017<sup>10</sup>, la autoridad judicial de primer grado celebró la audiencia de pruebas, en la cual se surtió la contradicción del dictamen pericial aportado por la parte actora y se accedió al desistimiento de la prueba presentado por la parte actora atinente a la actuación disciplinaria adelantada en contra del entonces director del IDRDR, Javier Orlando Suarez.

#### **5. Los alegatos de conclusión en primera instancia**

**5.1.** Una vez finalizada la práctica de pruebas, tras prescindir de la audiencia de alegación y juzgamiento, el *a quo* corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y presentar concepto por escrito, respectivamente<sup>11</sup>.

**5.2.** La parte actora formuló alegatos de conclusión<sup>12</sup>, reiterando los razonamientos presentados en su escrito inicial, y concluyendo que la decisión del IDRDR de declarar la pérdida de interés de la propuesta APP presentada por CUSEGO contrarió normas legales y constitucionales, pues se desconoció el procedimiento establecido para la presentación y estructuración de tales proyectos. En tal sentido, *“el actuar antijurídico de la administración causó un perjuicio a CUSEGO y demás miembros del equipo de trabajo de la APP que debe ser resarcido”*, concerniente a los costos y gastos en que estos debieron incurrir para la elaboración de la propuesta APP, que estarían debidamente acreditados con el peritaje aportado.

**5.3.** El IDRDR alegó de conclusión<sup>13</sup>, afirmando que el oficio del 22 de agosto de 2013, mediante el cual se le comunicó a CUSEGO la pérdida de interés público de su propuesta de APP de iniciativa privada, goza de presunción de legalidad, sin que en la demanda se hubiera pretendido su nulidad, *“entonces si la decisión en comento está conforme al ordenamiento jurídico, mal puede CUSEGO acudir a esta jurisdicción*

<sup>10</sup> Folios 358 a 362 del cuaderno 1.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Folios 364 a 370 del cuaderno 1.

<sup>13</sup> Folios 371 a 399 del cuaderno 1.



*en procura de la declaración en el sentido que el IDRDR actuó de manera antijurídica por la violación del principio de la buena fe, solicitando perjuicios”.*

Por otra parte, subrayó que no puede ignorarse que la propuesta presentada por CUSEGO tiene el carácter de un proyecto de APP de iniciativa privada, lo que implica que la declaración de interés público de una oferta en etapa de prefactibilidad no genera compromisos de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para la entidad, por tanto, la actuación del IDRDR, al declarar la pérdida de interés público del proyecto presentado por CUSEGO con posterioridad a su aceptación por inconsistencias y variaciones injustificadas al alcance de estructuración del proyecto, fue legítima y se cionó a las disposiciones de la Ley 1508 de 2012.

Como consecuencia, para el IDRDR, en el presenta asunto no se puede endilgar responsabilidad alguna hacia la entidad y mucho menos condenarla a reconocer perjuicio derivados de los costos de estructuración del proyecto, más aún si se tiene en cuenta que la referida Ley estableció que la totalidad de dichos costos debían ser asumidos, a cuenta y riesgo, del originador.

**5.4.** El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

## **6. La sentencia de primera instancia**

**6.1.** En sentencia del 18 de octubre de 2017<sup>14</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el IDRDR no transgredió la buena fe con la decisión de terminar anticipadamente el proceso de estructuración del proyecto de APP de iniciativa privada presentado por CUSEGO.

**6.2.** Como fundamento de su decisión, señaló, en primer término, que el régimen de responsabilidad aplicable al asunto de la referencia es el consagrado en el artículo 90 constitucional, que comprende tanto la responsabilidad de naturaleza extracontractual como contractual generada por la causación de un daño antijurídico imputable al Estado, *“sin importar si fue materializado por acción u omisión de sus agentes [...], con lo cual, aun las conductas revestidas de legalidad, pueden generar un daño y*

---

<sup>14</sup> Folios 301 a 312 del cuaderno 1.



*asimismo comprometer su responsabilidad, por manera que el examen aquí propuesto será analizado con base en tales elementos”.*

Añadió que el estudio de responsabilidad referido debe adelantarse con base en el régimen jurídico de las APP y el principio de buena fe objetiva, que impone a las partes, fundamentalmente, el respeto y acatamiento de lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas, tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en desmedro de los intereses de su contraparte, se tornaría totalmente contraria a dicho principio.

**6.3.** De acuerdo con el marco conceptual propuesto y conforme a lo probado en este proceso, consideró que la comunicación mediante la cual el IDRDR informó a CUSEGO que el proyecto de APP por ellos presentado había dejado de ser de interés público, se enmarca en una actuación legítima que se ejerció en el marco de sus atribuciones legales, comoquiera que una vez *“presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad tenía que verificar la propuesta, para concluir que la misma contenía elementos que le permitieran inferir que el proyecto podía llegar a ser viable, sin que como lo indica el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012 tal verificación generara algún derecho al particular, o alguna obligación para la entidad”*; particularidad que fue refrendada por el IDRDR en la decisión 214 de 2013, al indicar de manera expresa que el proyecto podría llegar a ser viable, sin que asegurara dicha viabilidad, *“pues la misma dependía de los estudios pertinentes que debía hacer la entidad competente”*.

En consonancia con lo anterior, sostuvo que de la lectura de la comunicación referida se evidencia que la propuesta dejó de ser de interés público por cuanto CUSEGO no cumplió con la debida estructuración del proyecto y, por el contrario, varió los estudios de factibilidad, circunstancia que, en concepto del IDRDR, contravenía *“sus intereses y políticas públicas, aspectos que de acuerdo a la normatividad en cita tenían que ser observados por la entidad para considerar que la iniciativa era viable”*. Así las cosas, como en el presente asunto no se debatió la legalidad de la comunicación referida, que se constituye como un acto administrativo, esta *“se presume legal, por lo tanto, la propuesta, al no cumplir con los intereses y las políticas públicas del IDRDR, debía ser rechazada, de ahí que la administración obró legítimamente al considerar que la propuesta no era viable”*.



**6.4.** Bajo este panorama, el Tribunal concluyó que: **(i)** según la Ley 1508 de 2012, la presentación de la propuesta de APP por parte de CUSEGO y la declaratoria de interés público del proyecto no le generó ningún derecho, sino una mera expectativa, cuya materialización dependía del cumplimiento de los requisitos exigidos por la administración, los cuales no se cumplieron por el originador, por lo que dicho Instituto se encontraba facultado para declarar el proyecto inviable; y **(ii)** que los demandantes no desvirtuaron las afirmaciones hechas por el IDRDR en la comunicación que declaró la pérdida de interés público del proyecto APP por variaciones en los estudios de factibilidad, acto administrativo que goza de presunción de legalidad.

## **7. El recurso de apelación**

**7.1.** El 1 de noviembre de 2017<sup>15</sup>, la demandante interpuso recurso de apelación, contra la sentencia de primera instancia, para que sea revocada y, en su lugar, se acceda a sus pretensiones, con apoyo en que, contrario a lo considerado por el Tribunal, la conducta desplegada por el IDRDR es antijurídica y transgresora de la buena fe, pues al declarar la pérdida de interés público del proyecto APP presentado por CUSEGO antes del vencimiento del plazo otorgado para la entrega de los estudios de factibilidad, sin que siquiera le hubiere dado el chance de ser escuchado, contraría la Ley 1508 de 2012, que si bien faculta a la administración para desestimar una propuesta de APP sin responsabilidad alguna, esta *“solo es viable en la medida que ese rechazo este fundamentado en razones de interés general debidamente expresadas y probables, y en la medida en que el mismo sea adoptado en el momento apropiado, es decir cuando se sometiera a consideración la iniciativa en su etapa de factibilidad del proyecto y no durante el proceso de desarrollo de la misma, ya que para el desarrollo de esta etapa el originador contaba con un plazo de 18 meses”*.

En consonancia con lo anterior, refirió que, si bien el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 da la posibilidad al ente receptor del proyecto APP de solicitar ajustes, precisiones y/o complementaciones del mismo en etapa de factibilidad, lo cierto es que el *“IDRDR no solicitó ninguna explicación al originador y por el contrario incluso se negó a escuchar los argumentos de CUSEGO aduciendo deslealmente que sus decisiones no constituían actos administrativos”*.

---

<sup>15</sup> Folios 333 a 336 del cuaderno principal.



**7.2.** En suma, indicó que uno de los argumentos expuestos por el IDRDR para declarar que el proyecto de APP presentado por CUSEGO perdió interés público fue la falta de claridad sobre su financiación, argumento que tampoco fue revisado por el *a quo* y que contraviene el artículo 23.1.1 del Decreto 1467 de 2012, el cual establece que es en etapa de factibilidad en la que se deben aportar los documentos de la capacidad financiera; así como desconoce la decisión tomada por el IDRDR el 24 de junio de 2013, que determinó el plazo para el cierre financiero. Ello por cuanto la decisión del IDRDR de dar por terminada la relación jurídica por pérdida de interés público del proyecto APP se realizó antes de vencerse la fecha en que debían entregarse los documentos concernientes al cierre financiero, lo que vulnera la buena fe.

**7.3.** Además, puso de presente que el Tribunal no valoró las pruebas integralmente, omitiendo pronunciarse sobre: (i) el recurso de reposición presentado el 4 de septiembre de 2013 por CUSEGO contra la comunicación 20131010100041 proferida por el IDRDR el 22 de agosto de 2013, recurso *“del cual se desprende que CUSEGO como originador de la propuesta no había incumplido con ninguna de sus obligaciones”*; (ii) la comunicación suscrita por la secretaría de Cultura Recreación y Deporte del Distrito, quien al detectar las irregularidades con la terminación del proceso de APP que aquí no ocupa, *da instrucción al director del IDRDR para lograr coherencia de las actuaciones administrativas y evitar violaciones al debido proceso y al derecho de defensa*; y (iii) la comunicación 20131010131291 proferida por el IDRDR el 30 de octubre de 2013, por la cual le negó la posibilidad al originador de recurrir la decisión tomada por la administración aduciendo que no era un acto administrativo.

**7.4.** Finalmente, solicitó como prueba en segunda instancia *“el acta de la audiencia que tuvo lugar el pasado 17 de octubre de 2017 dentro del proceso 35340 de 2014”*, por medio de la cual la personería de Bogotá le formuló pliego de cargos al director del IDRDR *“la cual está explícitamente relacionada, entre otros temas, con el indebido manejo del proceso de la APP objeto de esta apelación”*.

## **8. La actuación en segunda instancia**

**8.1.** El 8 de noviembre de 2017, el *a quo* concedió el recurso de apelación y, posteriormente, el 20 de febrero de 2018, el Consejo de Estado lo admitió<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Folios 338 y 352 del cuaderno principal.



**8.2.** Mediante providencia del 2 de abril de 2018<sup>17</sup>, se resolvió la solicitud probatoria presentada por la parte actora en el escrito de apelación, por lo que esta Corporación decretó como prueba en segunda instancia “*el acta de la audiencia de formulación de cargos que tuvo lugar el 17 de octubre de 2017, dentro del proceso disciplinario 35340 de 2014*”, adelantada por la Personería de Bogotá en contra de Javier Orlando Suárez, director del IDRDR, por los mismos hechos objeto de controversia en este proceso.

**8.3.** El 30 de mayo de 2018<sup>18</sup>, la Personería de Bogotá remitió el acta de la audiencia solicitada, la cual corresponde a la ampliación y ratificación de la queja presentada por Santiago Alberto Botero Iriarte, como gerente general de CUSEGO, diligencia que había sido citada por la personería mediante auto que ordenó pruebas de descargos.

**8.4.** El 16 de agosto de 2018<sup>19</sup>, este Despacho corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si a bien lo tuviera, rindiera concepto.

**8.5.** La demandante presentó alegatos de conclusión<sup>20</sup>, en los cuales reiteró los argumentos esgrimidos en la apelación, aseverando que “*el fallo de primera instancia cometió tres (3) graves errores*”, a saber: **(i)** si en gracia de discusión se aceptara que, según lo afirmado, el actuar del IDRDR fue legal, se desconoce que el daño antijurídico pudo ser causado por una actuación revestida de legalidad; **(ii)** pasó por alto que el IDRDR había otorgado un plazo para que CUSEGO acreditara su capacidad financiera y, como consecuencia, al no haber respetado ese plazo rompió el principio de confianza legítima; y **(iii)** no tuvo en cuenta los principios de la buena fe ni se pronunció de fondo sobre algunas pruebas que obran en el expediente.

**8.6.** El IDRDR y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

**8.7.** El 24 de abril de 2024<sup>21</sup>, esta Subsección requirió a la Personería de Bogotá para que remitiera copia del proceso disciplinario ER35340-2014 adelantado contra el director del IDRDR, por los hechos ocurridos en el marco del proceso de elaboración de la APP presentada por CUSEGO, por cuanto “*se consider[ó] necesario establecer*

<sup>17</sup> Folios 357 a 389 del cuaderno principal.

<sup>18</sup> Folios 363 a 366 del cuaderno principal.

<sup>19</sup> Folio 383 del cuaderno principal.

<sup>20</sup> Folios 396 a 406 del cuaderno principal.

<sup>21</sup> Índice 41 de SAMAI.



*si en el marco de ese proceso se evidenció alguna falta disciplinaria que dé cuenta de las posibles irregularidades que se hubiesen presentado en el trámite de esa gestión ante el IDRD, en aras de garantizar una decisión basada en la verdad material”.*

**8.8.** El 5 de septiembre de 2024<sup>22</sup>, la Personería de Bogotá remite a esta corporación la copia digital del proceso disciplinario requerido.

### **III. CONSIDERACIONES**

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala analizará los siguientes aspectos: **(1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado para conocer el presente asunto; **(2)** procedencia del medio de control incoado; **(3)** ejercicio oportuno del medio de control; **(4)** legitimación en la causa; **(5)** objeto del recurso de apelación y problemas jurídicos a resolver; **(6)** régimen legal de las iniciativas privadas de APP, **(7)** hechos probados; **(8)** solución al caso concreto; y **(9)** costas.

#### **1. Jurisdicción y competencia**

**1.1.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer del presente asunto, con fundamento en el artículo 104<sup>23</sup> del CPACA —*vigente a la fecha de presentación de la demanda*<sup>24</sup>—, en tanto la controversia gira en torno a la actividad precontractual de una iniciativa privada de APP presentada por CUSEGO ante el IDRD, establecimiento público descentralizado del orden distrital<sup>25</sup>, que ostenta la calidad de entidad pública.

**1.2.** Por su parte, esta Sala del Consejo de Estado es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada

<sup>22</sup> Índices 57 y 58 de SAMAI.

<sup>23</sup> “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. // Igualmente, conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública [...]”. Se precisa que al presente asunto le son aplicables la Ley 1437 de 2011 -CPACA- y la Ley 1564 de 2012 -CGP-, en virtud de lo previsto en el artículo 306 del primer estatuto mencionado, sin incluir la reforma de la Ley 2080 de 2021, debido a que no se encontraba vigente para la fecha de presentación de la demanda.

<sup>24</sup> La demanda fue presentada el 6 de noviembre de 2015.

<sup>25</sup> El Instituto Distrital para la Recreación Urbana (IDRD) fue creado mediante el Acuerdo 4 de 1978 expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.



el 18 de octubre de 2017 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo previsto en el artículo 150<sup>26</sup> y el numeral 6 del artículo 152<sup>27</sup> del CPACA, dada la vocación de doble instancia del presente proceso, en razón de que la pretensión económica de la demanda<sup>28</sup> excede los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>29</sup> a la fecha de su presentación.

## 2. Procedencia del medio de control incoado

2.1. En este punto, es preciso recordar que si bien la parte demandante siempre sostuvo que el medio de control procedente en el presente asunto era el de reparación directa<sup>30</sup>, lo cierto es que el Tribunal de primer grado, luego de inadmitir la demanda y ordenar su adecuación al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>31</sup>, decidió rechazar la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad<sup>32</sup>.

Fue así, como luego de que la parte demandante interpusiera recurso de apelación contra la decisión antedicha<sup>33</sup>, esta Subsección, mediante auto del 19 de agosto de 2016<sup>34</sup>, revocó la decisión proferida por el a quo, al considerar que: *“el medio de control de reparación directa es el idóneo para definir el litigio esbozado por la sociedad demandante, porque en el caso bajo estudio no se encuentra que los demandantes estén cuestionando la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo, asimismo, no están solicitando la nulidad del mismo [argumento que sustentó la decisión de rechazo del Tribunal<sup>35</sup>]”, lo que se pretende es que se estudien los supuestos perjuicios ocasionados por el presunto actuar antijurídico del IDR al violar los principios de*

<sup>26</sup> “Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia y cambio de radicación. [modificado por el artículo 615 de la Ley 1564 de 2012]. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto al que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia [...]”.

<sup>27</sup> “Artículo 152. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos [...] 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

<sup>28</sup> En la demanda se pidió la suma de \$2.413.675.008, correspondiente a los costos y gastos incurridos por estos en la elaboración de la propuesta de APP para un “Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín” y la posterior defensa de sus derechos.

<sup>29</sup> A la fecha de presentación de la demanda (2015) 500 SMLMV equivalían a \$322.175.000.

<sup>30</sup> Apartados 1.1. de los antecedentes.

<sup>31</sup> Apartados 1.4. de los antecedentes.

<sup>32</sup> Apartados 1.6. de los antecedentes.

<sup>33</sup> Apartados 1.7. de los antecedentes.

<sup>34</sup> Apartados 1.8 y 1.8.1 de los antecedentes.

<sup>35</sup> Apartado 1.6. de los antecedentes.



*buena fe en la etapa precontractual al terminar de manera injustificada el proceso de elaboración de la propuesta de Asociación Público Privada”.*

**2.2.** Siguiendo esta línea de pensamiento, debe concluirse que el medio de control procedente es el de reparación directa, previsto en el artículo 140 del CPACA<sup>36</sup>, en virtud del cual todo interesado puede demandar la reparación de un daño causado por acciones u omisiones de los agentes del Estado o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública, pues se itera, la controversia planteada en el *sub examine* está relacionada con el presunto actuar antijurídico del IDRD en la etapa precontractual, al dar por terminado de manera anticipada e injustificada el proceso de estructuración de la iniciativa privada de APP presentada por CUSEGO, denominada “*Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín*”, en contravención del principio de buena fe y de las normas que regulan esta figura, particularmente la Ley 1508 de 2012 y el Decreto reglamentario 1467 de 2012.

### **3. Ejercicio oportuno del medio de control de reparación directa**

3.1. De conformidad con lo previsto en el literal i) del numeral 2 del artículo 164<sup>37</sup> del CPACA, el término para formular pretensiones de reparación directa es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento de la acción u omisión causante del daño, o cuando el demandante tuvo conocimiento de este.

Así las cosas, se observa que este punto también fue objeto de resolución por esta Subsección en el precitado auto del 19 de agosto de 2016, al considerar que la demanda presentada a través del medio de control de reparación directa fue oportuna, con base en los argumentos que, por su importancia, se pasan a transcribir:

---

<sup>36</sup> “Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. // De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”.

<sup>37</sup> “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: [...] 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: [...] i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia [...]”.



«El 22 de agosto de 2013 el IDRD profirió comunicación 2013101010041 mediante la cual decidió dejar sin efectos la Resolución 214 del 22 de abril de 2013 en consideración a que la propuesta presentada por CUSEGO había dejado de ser de interés para esa entidad<sup>[38]</sup>, contra esta decisión la sociedad demandante radicó escrito el 27 de agosto de 2013 en el que manifestó que no comprendía la actuación de la administración y que se le estaba transgrediendo el debido proceso<sup>[39]</sup>, y el 4 de septiembre de 2013 CUSEGO radicó oficio contentivo del recurso de reposición en subsidio de apelación el cual quedó radicado bajo el número 20132100167372<sup>[40]</sup>, los cuales fueron contestados el 30 de octubre de 2013 por el IDRD mediante comunicación 20131010131291 en la que manifestó que la Resolución 214 del 22 de abril de 2013 que dio vía libre a la prefactibilidad no era un acto administrativo sino un concepto con base en lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012, y que por ese motivo, la comunicación que la deja sin efectos no era susceptible de recurso alguno<sup>[41]</sup>.

[...] El 18 de agosto de 2015 **CSG S.A.**, **IDECON S.A.S.**, **Martin Sánchez Palma** presentaron solicitud de conciliación extrajudicial, convocando al IDRD, audiencia que se llevó el 5 de noviembre de 2015 la cual se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, por no existir animo conciliatorio entre las partes en la misma preciso el Agente del Ministerio Público “que será el juez de la contención el que determine el medio de control que procede frente al presente asunto y si este fue ejercido dentro del término de caducidad previsto en el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011”<sup>[42]</sup>.

De lo expuesto es claro que CUSEGO conoció de la actuación definitiva hasta el 30 de octubre de 2013, es por eso que tenían para radicar la demanda desde el 31 de octubre de 2013 al 31 de octubre de 2015, sin embargo, radicó solicitud de conciliación prejudicial el 18 de agosto de 2015 y hasta el 5 de noviembre de la misma anualidad la procuraduría judicial expidió constancia de no conciliación, la demanda fue radicada el 6 de noviembre de 2015, como durante el tiempo que se tramitó la conciliación prejudicial se suspendieron los términos, encuentra el Despacho que la misma fue radicada a tiempo».

En tales condiciones, y con apego a lo previamente decidido por esta misma Subsección, la Sala considera que la demanda presentada el 6 de noviembre de 2015 en ejercicio del medio de control de reparación directa fue oportuna.

#### **4. Legitimación en la causa**

**4.1.** CUSEGO se encuentra legitimado en la causa por activa, pues fue la sociedad que, en nombre propio y en representación de otros originadores, presentó ante el IDRD la iniciativa privada de APP denominada “Centro Especializado Pedagógico y

<sup>38</sup> Folio 101 a 108 del cuaderno 4

<sup>39</sup> Folio 127 a 134 del cuaderno 4

<sup>40</sup> Folio 135 a 142 del cuaderno 4

<sup>41</sup> Folio 143 a 157 del cuaderno 4

<sup>42</sup> Folio 356 del cuaderno 4



*Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín*<sup>43</sup>. De igual manera, INDECON S.A. y Martin Sánchez Palma también están legitimados en la causa por activa, dado que hacen parte del grupo de originadores del proyecto referido y desempeñaron labores de estructuración del proyecto en la etapa de prefactibilidad, como quedó establecido en los contratos de vinculación<sup>44</sup>.

**4.2.** El IDRD está legitimado en la causa por pasiva, pues fue quien conoció el proyecto de iniciativa privada presentado por CUSEGO y decidió dar por terminado de manera anticipada el proceso de estructuración del proyecto durante la etapa de factibilidad, actuación que es reprochada en este proceso contencioso.

## **5. Objeto del recurso y problemas jurídicos a resolver**

**5.1.** La Sala, de entrada, ha de precisar que el marco fundamental para la competencia del juez de segunda instancia lo constituyen los cargos planteados en contra de la providencia recurrida.

En ese orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 320 del CGP<sup>45</sup>, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, solamente en relación con los reparos concretos formulados por el impugnante, para que el *ad quem* revoque o reforme la determinación cuestionada. Igualmente, según lo prescrito en el artículo 328 del CGP<sup>46</sup>, el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

**5.2.** Sobre la competencia del *ad quem* con ocasión del recurso de apelación, cabe resaltar que la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante la sentencia del 9 de febrero de 2012<sup>47</sup>, unificó su jurisprudencia en el sentido de señalar

<sup>43</sup> Folios 15 a 41 del cuaderno 4.

<sup>44</sup> Folios 339 a 350 del cuaderno 4.

<sup>45</sup> “Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión [...]”.

<sup>46</sup> “Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]. El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella [...]”.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 9 de febrero de 2012, expediente No. 21.060.



que el mencionado recurso se encuentra sujeto o limitado a los argumentos planteados por el recurrente y que, por tal motivo, toda inconformidad con lo resuelto por el *a quo* que no se alegue en la impugnación, en definitiva, está llamada a excluirse del debate de segunda instancia en virtud del principio dispositivo y de congruencia.

En esa misma sentencia de unificación jurisprudencial que se acaba de citar, la Sala Plena de esta Sección reiteró que mediante el recurso de apelación se garantiza el derecho de impugnación contra una decisión judicial, de ahí que sea obligación del recurrente controvertir los argumentos del juez de primera instancia con sus propias consideraciones, con el propósito de solicitarle al superior que decida sobre el asunto que presenta ante la segunda instancia.

**5.3.** Precisado lo anterior, el análisis del caso concreto se circunscribirá solamente a los reparos específicos que formuló la parte actora<sup>48</sup> contra la sentencia cuestionada, tendientes a insistir que la conducta desplegada por el IDR D dentro del proceso de estructuración de la iniciativa privada presentada por CUSEGO es antijurídica y contraria a la buena fe, pues: **(i)** el IDR D, antes de que se cumpliera el plazo otorgado para la entrega del proyecto en etapa de factibilidad y mediante una comunicación que no revestía el carácter de acto administrativo, declaró la pérdida de interés público del proyecto y lo rechazó, sin que previamente hubiera solicitado al originador corregir o modificar su propuesta; y **(ii)** uno de los argumentos con los que el IDR D soportó su decisión de declarar la pérdida de interés público de la iniciativa privada presentada por CUSEGO fue la falta de claridad sobre la financiación del proyecto; empero, el plazo que se había otorgado para acreditar dicho aspecto aún no había vencido.

En caso de que la respuesta a alguno de los dos interrogantes anteriores resultare afirmativa, corresponderá resolver si hay lugar a reconocer, a título de indemnización de perjuicios, los costos y gastos en lo que afirman haber incurrido los demandantes para la elaboración de la propuesta de APP.

## **6. Régimen legal de las iniciativas privadas de APP**

**6.1.** El documento CONPES 3615 de 2009 titulado "*Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos*", el cual fue uno de los antecedentes referidos en la exposición

---

<sup>48</sup> Apartados 7.1 y 7.2 de los antecedentes.



de motivos de la Ley 1508 de 2012<sup>49</sup>, resaltó la importancia de la vinculación de participación privada en diferentes sectores de infraestructura pública y definió las APPs como: *“una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento”*.

Además de lo anterior, dicho documento refirió que tradicionalmente, bajo los esquemas de APP, el sector privado financia, diseña, construye o reconstruye la infraestructura necesaria (escuela, hospital, prisión, etc.) para la provisión de un servicio público (educación, salud, custodia, etc.), y está encargado de proveer todos los servicios asociados a la gestión y mantenimiento de dicha infraestructura durante la duración del contrato, que por su naturaleza es de largo plazo. El sector público, a su vez, retiene la responsabilidad de proveer el servicio y paga al particular por la prestación de todos los servicios relacionados a la infraestructura (no sólo por la construcción de la misma), siempre y cuando la calidad del servicio cumpla los requisitos estipulados en el contrato.

**6.2.** A falta de un marco normativo que regulara los esquemas de APP, el Congreso de la República presentó el proyecto de ley 160 de 2011 cuya finalidad era impulsar la modernización y expansión de la infraestructura del país mediante la colaboración público privada, generando *“las condiciones adecuadas y los incentivos correctos a los inversionistas, para desarrollar proyectos que vinculen capital privado en diferentes sectores de la economía nacional y que potencien el uso del mercado de capitales como fuente de financiamiento”*. En la exposición de motivos de dicho proyecto<sup>50</sup> se señalaron, además, los objetivos que se perseguían y que se pasan a sintetizar:

<sup>49</sup> Gaceta del Congreso. No. 823. Año XX, 3 de noviembre de 2011, págs. 6 a 14.

<sup>50</sup> Ibidem.



- Atracción de inversión privada de largo plazo: busca que los inversionistas privados gestionen y financien, a través de diferentes modelos o estructuras comerciales, proyectos de infraestructura pública asumiendo su diseño, construcción, operación y mantenimiento correspondiente.
- Acceso a recursos y capacidades del sector privado: mediante la relación contractual se busca acceder a la capacidad de financiación, gestión e innovación del sector privado para el desarrollo eficiente de este tipo de proyectos de infraestructura, beneficiado directamente a los usuarios de los servicios públicos.
- Distribución adecuada de riesgos: durante el proceso de selección, se deben estructurar las relaciones contractuales para asignar los riesgos de manera eficiente, asignándolos a la parte con mayor capacidad de gestión.
- Optimización de los recursos del Estado: la participación privada no solo implicaría financiamiento para la construcción de infraestructura, sino también su gestión, operación y mantenimiento, vinculando los pagos del Estado a la disponibilidad y calidad del servicio, no a hitos constructivos.
- Alineación de intereses públicos y privados: el pago por parte del Estado comenzaría una vez la infraestructura esté disponible, incentivando a los privados a cumplir con estándares de calidad y eficiencia en la construcción.
- Estándares de calidad: la participación privada contribuiría a alcanzar estándares de calidad y eficiencia en la infraestructura y el servicio prestado, reduciendo los costos del Estado.
- Modernización e innovación: la competencia en los procesos de adjudicación mejoraría los procesos de diseño, construcción y gestión de las instalaciones, y reduciría los costos operativos y los plazos de entrega.

**6.3.** Producto de este proyecto de Ley, se sancionó y expidió la Ley 1508 de 2012 *“por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”*, que en su artículo 1º definió las APP, siguiendo la misma línea del CONPES 3615 de 2009, como: *“un*



*instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan [sic] en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.*

El artículo 3º de la mencionada Ley establece su ámbito de aplicación a todos los contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado “*el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento y equipamiento*” o “*la infraestructura para la prestación de servicios públicos*”; actividades que deberán involucrar igualmente la operación y mantenimiento. Además, señala que los proyectos bajo esquemas de APP solo podrán realizarse cuando el monto de inversión sea superior a los 6.000 SMLMV, en cuyo caso, “*los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley*”.

Aparte, el artículo 4º dispone que a los esquemas de APP se les aplican “*los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal*”. De igual manera, prescribe que dichos esquemas solo podrán ser utilizados cuando, en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para la ejecución del proyecto, el cual debe contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno a la parte que esté en mejor capacidad de asumirlos, con el objetivo de mitigar el impacto de cualquier eventualidad que pueda afectar la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.

Por su parte, el artículo 5º prescribe que, bajo los esquemas de APP, el derecho de recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, es decir, “*a recibir desembolsos de recursos públicos o cualquier otra retribución, estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicios, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto*”.

**6.4.** La citada Ley establece dos modalidades de proyecto de APP: los de iniciativa pública y los de iniciativa privada, ambos con un plazo máximo de ejecución de treinta (30) años, incluidas prorrogas (artículo 6 de la Ley 1508 de 2012). Las APP de



iniciativa pública se diferencian de las de iniciativa privada en que, en las primeras, la entidad estatal identifica una necesidad susceptible de ser cubierta y estructura el proyecto de infraestructura y sus servicios relacionados, para luego invitar a participar a personas naturales o jurídicas de derecho privado a participar en el proceso de selección<sup>51</sup>; mientras que, en las segundas, los particulares estructuran el proyecto por su cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos del proyecto, para luego someterlo a consideración de la entidad estatal competente, sin que pueda presentarse una iniciativa privada sobre proyectos que modifiquen contratos o concesiones existentes, o para los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración (artículo 14 de la Ley 1508 de 2012).

**6.5.** Los proyectos de APP de iniciativa privada deben surtir un proceso especial, que está dividido en dos (2) etapas, las cuales se encuentran reguladas en los artículos 14 y subsiguientes de la Ley 1508 de 2012, reglamentada mediante el Decreto 1467 de 2012: la primera se denomina de prefactibilidad y la segunda de factibilidad.

**6.5.1.** En **etapa de prefactibilidad**, cuyo propósito es proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitirán analizar la viabilidad del proyecto, el originador de la iniciativa deberá contar con información secundaria, cifras históricas y proyecciones económicas del Estado, además de realizar las inspecciones básicas de campo que sean necesarias (artículo 20 del Decreto 1467 de 2012).

Con base en lo anterior, el originador presenta a la entidad estatal competente una propuesta que contenga, como mínimo, la siguiente información (artículo 20 del Decreto 1467 de 2012):

- Nombre y descripción completa del proyecto, que incluya: **(i)** nombre o razón social, domicilio, teléfono, correo electrónico y representante legal; **(ii)** documentos que acrediten su existencia y representación legal; **(iii)** diagnóstico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público; y **(iv)** descripción general del proyecto.
- Alcance del proyecto, que incluya: **(i)** descripción de la necesidad a satisfacer; **(ii)** población beneficiada; **(iii)** actividades o servicios que asumiría el

---

<sup>51</sup> Modalidad sobre la cual en esta ocasión no se ahondará, por ser ajena al asunto sometido al conocimiento de la Sala.



inversionista; **(iv)** estudios de demanda en etapa de prefactibilidad; y **(v)** cronograma general y plan de inversiones de las etapas de construcción y operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda.

- Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, que incluya: **(i)** descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberán estar mínimo en etapa de prefactibilidad y deberán ser anexados; y **(ii)** cronograma de desarrollo de estudios y diseños.
- Especificaciones del proyecto, que incluyan: **(i)** diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados; **(ii)** identificación de factores que afectan la normal ejecución del proyecto entre otros, factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos y propuesta inicial de mitigación de la potencial afectación para darle viabilidad al proyecto.
- Costo estimado, es decir, la estimación inicial de costos de inversión, operación y mantenimiento y sus proyecciones.
- Fuente de financiación, que incluya: **(i)** estimación inicial de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones; **(ii)** estimación preliminar de la necesidad de contar con desembolsos de recursos públicos, y **(iii)** identificación y estimación de las potenciales fuentes de financiación

En síntesis, la propuesta en etapa de prefactibilidad deberá incluir la descripción completa del proyecto, incluyendo el diseño mínimo, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

**6.5.1.1.** A partir de la fecha de entrega de la propuesta, la entidad estatal deberá registrar, dentro de los 5 días hábiles siguientes, el proyecto de iniciativa privada en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (artículo 21 del Decreto 1467 de 2012). Dicho ente dispone de un plazo máximo de 3 meses para evaluar y verificar, preliminarmente, si existe interés público en el proyecto, de acuerdo con sus *“políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta conten[ga] los elementos que le permitan inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado”* (artículo 15 de la Ley 1508 de 2012). Para realizar esta evaluación o



verificación, la entidad deberá consultar los antecedentes con otras entidades involucradas y realizar las consultas a terceros que considere necesarias.

Así, una vez realizadas las evaluaciones y verificaciones correspondientes, el ente estatal deberá enviar una comunicación al originador del proyecto, indicándole si rechaza la iniciativa o, por el contrario, le otorga concepto favorable por ser de su interés, con el propósito que continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad, realizando estudios más detallados. En todo caso, “[d]icha comunicación no implica el reconocimiento de ningún derecho al originador, ni la aprobación de la misma, ni obligación alguna para el Estado” (artículo 22 del Decreto 1467 de 2012, en sentido análogo al del artículo 15 de la Ley 1508).

Particularmente, se estableció que en su comunicación la entidad estatal deberá expresar si se considera o no de interés público el proyecto, en caso afirmativo incluirá (artículo 22 del Decreto 1467 de 2012):

- Estudios mínimos a entregar en la etapa de factibilidad, su forma y especificaciones.
- Estudios identificados en la etapa de prefactibilidad, que deben ser elaborados o complementados obligatoriamente en la siguiente etapa.
- La capacidad financiera o de financiación requerida.
- La experiencia mínima en inversión o en estructuración de proyectos.
- El plazo máximo para la entrega del proyecto en etapa de factibilidad, el cual no podrá ser superior a dos (2) años, incluidas prórrogas.

**6.5.2. En etapa de factibilidad**, el originador de la propuesta deberá profundizar en los análisis y la información básica con la que se contaba en etapa de prefactibilidad, mediante investigaciones de campo y levantamiento de información primaria, buscando reducir la incertidumbre asociada al proyecto, mejorando y profundizando en los estudios y ampliando la información de los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales del proyecto.

Adelantadas dichas acciones, el originador de la propuesta deberá entregar el proyecto dentro del plazo establecido en la comunicación que lo declaró de interés público, si no lo hace en ese tiempo, la iniciativa se considerará fallida. En todo caso,



el proyecto deberá contener como mínimo la siguiente información (artículo 22 del Decreto 1467 de 2012):

- Sobre el originador del proyecto: **(i)** documentos que acrediten su capacidad financiera o de potencial financiación, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente; y **(ii)** documentos que acrediten la experiencia en inversión o de estructuración de proyectos para desarrollar la iniciativa, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.
- En relación con el proyecto: **(i)** nombre definitivo, ubicación geográfica y descripción detallada del proyecto y sus fases; **(ii)** diagnóstico definitivo que describa la forma mediante la cual se satisface una necesidad con la provisión del bien o servicio público propuesto; **(iii)** identificación de la población afectada y la necesidad de efectuar consultas previas; **(iv)** evaluación costo-beneficio del proyecto que comprenda el impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados; **(v)** descripción del servicio que se prestaría bajo el esquema de APP; y **(vi)** terreno, estudio de títulos, identificación de gravámenes, servidumbres y demás derechos que puedan afectar la disponibilidad del bien.
- Respecto a los riesgos del proyecto: **(i)** tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los Documentos CONPES y las normas que regulen la materia; y **(ii)** análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre, de acuerdo con la naturaleza del proyecto.
- En lo referente al análisis financiero: **(i)** el modelo financiero en hoja de cálculo, detallado y formulado que fundamente el valor y el plazo del proyecto que contenga como mínimo: (a) estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminando el rubro de administración, imprevistos y utilidad, (b) estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones, (c) estimación de solicitud de vigencias futuras, en caso que se requieran, (d) supuestos financieros y estructura de financiamiento, (e) construcción de los estados financieros, (f) valoración del proyecto, (g) manual de operación para el usuario del modelo financiero; y **(ii)** diseño definitivo de la estructura de la transacción propuesta, identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.



- Los estudios actualizados: **(i)** estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera; y **(ii)** cuantificación del valor de los estudios detallando sus costos.
- La minuta del contrato, anexos y declaración juramentada sobre la veracidad y totalidad de la información que entrega el originador de la propuesta.

En síntesis, el proyecto en etapa de factibilidad deberá comprender el modelo financiero detallado, la descripción detallada de las fases y duración del proyecto, la justificación del plazo del contrato; un análisis de riesgos asociados al proyecto, así como sus impactos ambiental, económico y social; y, en definitiva, una definición de la factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto. Asimismo, el originador deberá acreditar su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión, de estructuración o desarrollo del proyecto, así como del valor de la estructuración del proyecto, además de una minuta del contrato a celebrar que incluya la propuesta de distribución de riesgos.

**6.5.2.1.** Una vez el originador de la propuesta presente la iniciativa en etapa de factibilidad, lo cual *“no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado”* (artículo 16, Ley 1508 de 2013), la entidad estatal deberá: **(i)** en el mes siguiente, convocar públicamente a los terceros y autoridades competentes que puedan tener interés en el proyecto a una audiencia pública, con el propósito de recibir las sugerencias y comentarios sobre el proyecto (artículo 24.1 del Decreto 1467 de 2012); **(ii)** tramitar la aprobación de valoración de obligaciones contingentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito público (artículo 31 del Decreto 1467 de 2012); **(iii)** tramitar el concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación y Crédito Público respecto de la justificación de utilizar mecanismos de APP como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto (artículo 32 del Decreto 1467 de 2012 y Resolución 3656 de 2012 del DNP); y **(iv)** efectuar la revisión u análisis de la iniciativa presentada por el originador en los 6 meses siguientes a la fecha de su radicación, y si es del caso, solicitarle al originador estudios adicionales o complementarios, así como ajustes o precisiones al proyecto (artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 y artículo 24.2 del Decreto 1467).

En el evento que, el ente público considere que la iniciativa no cumple con los elementos requeridos en dicha etapa o no satisfaga sus intereses y políticas públicas,



la rechazará mediante acto administrativo debidamente motivado (artículo 16 de la Ley 1508 de 2012). Caso en el cual, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública (artículo 25 del Decreto 1467 de 2012 y artículo 16 de la Ley 1508 de 2012).

En caso contrario, si realizados los estudios pertinentes y tramitadas las aprobaciones requeridas, la entidad pública considera la iniciativa viable y acorde con sus intereses y políticas públicas, se lo comunicará al originador indicando, además, el monto que acepta como valor de los estudios realizados y forma de pago, las condiciones bajo las cuales aceptaría la iniciativa, y el borrador de minuta de contrato y anexos (artículo 24.4 del Decreto 1467).

Posteriormente, el originador del proyecto cuenta con 2 meses para aceptar las condiciones de la entidad estatal o proponer alternativas. Cumplido dicho plazo sin que se llegue a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública (artículo 16 de la Ley 1508 de 2012).

**6.5.3.** En este punto es preciso destacar que existen dos (2) tipos de iniciativas privadas: las que requieren desembolsos de recursos públicos, que no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto y en caso de infraestructura vial del 20%, y las que no requieren desembolsos de recursos públicos.

**6.5.3.1.** Así las cosas, logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos (artículo 17 de la Ley 1508 de 2012), se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto; proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial (artículo 28 del Decreto 1467 de 2012). Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

**6.5.3.2.** Si se logra un acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, sin que sea necesaria la inversión de recursos públicos (artículo 19 de la



Ley 1508 de 2012), la entidad publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses en el SECOP (artículo 29 del Decreto 1467 de 2012), con el propósito de que, si existen terceros interesados en la ejecución del proyecto, manifiesten su interés.

Así pues, si transcurrido el plazo de publicación no se presenta ningún tercero interesado, la entidad podrá contratar con el originador de manera directa; en cambio, si se presentan terceros interesados (artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y artículo 30 del Decreto 1467 de 2012), la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, otorgándole como garantía al originador del proyecto que en el evento en que no presente la mejor oferta tendrá el derecho a mejorar la del proponente mejor calificado y, en caso de que esto ocurra, se le adjudicará el contrato, de lo contrario se le adjudicará al otro proponente, quien deberá reconocerle y pagarle al originador de los estudios realizados para la estructuración del proyecto, calculados por el ente estatal.

## **7. Hechos probados**

En marco de lo expuesto, se procederá a establecer los hechos probados que resultan relevantes para decidir la controversia sometida a juicio en esta instancia. Para el efecto, la Sala analizará los documentos aportados al proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 246<sup>52</sup> del CGP, incluidos los que la parte recurrente afirmó no fueron considerados en la sentencia apelada<sup>53</sup> y los que fueron decretados por esta Sala en esta instancia<sup>54</sup>.

### **Proceso de estructuración de la APP de iniciativa privada presentada por CUSEGO**

**7.1.** El 3 de septiembre de 2012<sup>55</sup>, CUSEGO presentó ante el IDRD un proyecto de APP de iniciativa privada denominado “*Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte,*

---

<sup>52</sup> “Artículo 246. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia [...] Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

<sup>53</sup> Apartado 7.3 de los antecedentes.

<sup>54</sup> Apartado 8.2, 8.3, 8.7 y 8.8 de los antecedentes.

<sup>55</sup> Folios 15 a 41 del cuaderno 4.



*Recreación y Cultura en El Campín”, que consistía en llevar a cabo “una intervención organizada en el territorio del complejo de la Unidad Deportiva El Campín [...], procurando por: una novedosa remodelación y modernización del Estadio El Campín; una nueva edificación para el Coliseo Cubierto; y una nueva edificación de servicios complementarios y de soporte, que se incluirían, entre otros, áreas deportivas, de recreación y cultura, auditorios, alojamientos, oficinas, restaurantes y locales comerciales, junto con las áreas de estacionamiento requeridas para su adecuado funcionamiento, así como plazas, plazoletas y zonas verdes”.*

**7.1.1.** Aun cuando al plenario no fueron allegados los documentos que contenían la propuesta del proyecto de APP de iniciativa privada en etapa prefactibilidad, de acuerdo con la carta de presentación aportada, *“el originador se encargar[ía] del 100% de la inversión necesaria para realizar la factibilidad definitiva, el diseño, la construcción, la adecuación, la dotación, el mantenimiento y la operación de todas las áreas propuestas, ciñéndose a lo que finalmente quede aprobado en el Plan de Regularización y Manejo (PRM), que actualmente está en trámite en la Secretaría de Planeación Distrital”.* Adicionalmente, se puso de presente que para la estructuración, factibilidad, planeación, diseño y construcción del proyecto se contaría con un equipo de trabajo conformado por INDECON, los arquitectos Martín Sánchez Palma y Augusto Acuña Arango (quienes apoyaron además la estructuración de prefactibilidad); AI FAISAL HOLDING, AECOM, POPULOUS, ALPHA CORPORATION, LAS AMÉRICAS y MTS ADMINISTRACIÓN TOTAL.

**7.2.** El 18 de enero de 2013<sup>56</sup>, la SDP profirió la Resolución 0043 de 2013 *“por la cual se adopta el Plan de Regularización y Manejo de la Unidad Deportiva el Campín [...] y se dictan otras disposiciones relacionadas”.* Dicho plan contempló tanto las normas y acciones necesarias para mitigar los impactos urbanísticos negativos generados por el uso dotacional metropolitano y por el uso comercial urbano, como las soluciones viales y de tráfico, la generación de espacio público, y las soluciones de estacionamientos y de servicios de apoyo.

**7.3.** El 22 de abril de 2013<sup>57</sup>, el IDRDR profirió la decisión 214 de 2013, por medio de la cual aprobó en fase de prefactibilidad el proyecto de APP presentado por CUSEGO denominado *“Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y*

<sup>56</sup> Folios 42 a 72 del cuaderno 1.

<sup>57</sup> Folios 74 a 80 del cuaderno 4.



*Cultura en El Campín” y, como consecuencia, dio inicio a la etapa de factibilidad. En concreto, manifestó lo siguiente:*

*“ARTÍCULO PRIMERO: considerar de interés público para el IDRD el proyecto de Asociación Público-Privada de iniciativa Privada presentado por la firma **CSG S.A.**, conforme las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados en el entendido que la propuesta contiene elementos que permiten inferir que pueda llegar a ser viables.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Otorgar concepto favorable para que la firma **CSG S.A.** continúe con la estructuración del proyecto y realice los estudios de factibilidad requeridos en los numerales 22.1, 22.2 del artículo 22 y 23 del Decreto 1467 de 2012, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el IDRD.*

*[...] PARÁGRAFO TERCERO: Conforme a las aclaraciones e información adicional solicitada al proponente, en etapa de prefactibilidad y de acuerdo con lo previsto en el numeral 22.2. del Decreto 1467 de 2012, se requerirá al originador para que complementé en etapa de factibilidad los análisis jurídicos, técnicos y financieros para la construcción y mantenimiento de los siguientes ítems:*

- Construcción de la vía deprimida planteada en el plan de regularización y manejo.*
- Construcción del intercambiador modal de transporte planteada en el plan de regularización y manejo.*
- Construcción del auditorio planteado en el plan eje regularización y manejo con capacidad mínima para dos mil (2000) espectadores y que cuente con servicios complementarios.*
- Destinación de un área de once mil metros cuadrados (11.000 m<sup>2</sup>) de oficinas destinados al funcionamiento del IDRD sin que se genere ningún costo para el establecimiento público.*

*ARTÍCULO TERCERO: El originador junto con los actores señalados en la propuesta deberán acreditar que cuentan con la capacidad financiera y de financiación necesaria para realizar la totalidad de las inversiones de capital (CAPEX) que requiera el proyecto de conformidad con la información presentada en etapa de pre factibilidad, el monto mínimo que deberá acreditar ser la suma de \$182.323 millones de pesos como capacidad financiera y 425.418 millones como capacidad de financiación (OPEX) a diciembre de 2012; estos valores serán ajustados de acuerdo con los resultados del estudio de factibilidad técnica y financiera que desarrollara y presentara el originador, la forma y oportunidad de acreditarlo, serán establecidas por la Administración Distrital en un término de dos (2) meses, contados a partir de la expedición del presente Acto Administrativo.*

*[...] ARTICULO QUINTO: Otorgar un plazo de dieciocho (18) meses para la entrega del proyecto en etapa de factibilidad. El originador, presentara dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de comunicación de la presente resolución, un cronograma detallado de las diferentes actividades que*



*ejecutara para la realización de los estudios de factibilidad. En dicho cronograma deberá preverse la entrega de informes parciales con los avances de los diferentes estudios que debe realizar, al igual que la información que se exige en el artículo tercero de la parte resolutive de la presente resolución.*

*ARTÍCULO SEXTO: La presente manifestación de interés que se hace mediante la presente resolución en los términos y para efectos del Decreto 1467 de 2012 no genera el reconocimiento de ningún derecho al originador, ni la aprobación de la propuesta, ni crea obligación alguna para con el IDRDR, en los términos del artículo 15 de la Ley 1508 de 2012, conforme lo dispone el tercer inciso del artículo 22 del Decreto 1467 de 2012”.*

**7.3.1.** Como sustento de las decisiones referidas en precedencia, el IDRDR consideró que de conformidad con lo establecido en la Ley 1508 de 2012, el Decreto 1467 de 2012 y la Directiva Conjunta 005 de 2012, el proyecto de APP de iniciativa privada presentado por CUSEGO efectivamente cumplía con las condiciones requeridas en etapa de prefactibilidad —cuestión que fue verificada por la mesa de trabajo, que recomendó pasar a la etapa de factibilidad<sup>58</sup>—, esto es: **(i)** que la propuesta APP no modificaba contratos y/o concesiones vigentes; **(ii)** que el IDRDR no había adelantado la estructuración para el proyecto presentado; **(iii)** que la propuesta presentada superaba como inversión los 6000 salarios mínimos legales vigentes; **(iv)** que “*el originador de la propuesta presentó una descripción completa del proyecto, incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, el alcance del proyecto, su costo estimado y su fuente de financiación*”; y **(v)** que el proyecto contaba con información secundaria, proyecciones económicas y en general con la documentación requerida de acuerdo al artículo 20 del Decreto 1467 de 2012, en etapa de prefactibilidad.

**7.4.** El 24 de junio de 2013<sup>59</sup>, el IDRDR informó a CUSEGO la forma como debía acreditar la experiencia en inversión, así como la capacidad financiera y de financiación para la realización del proyecto de APP, advirtiendo que “*se ha tomado como referente un estructura de negocio jurídico en el que el originador de la oferta de iniciativa privada aportara 30% de equity (capital propio) y un 70% por ciento de deuda, siguiendo de esta forma los lineamientos trazados en el artículo 3° de la Resolución IDRDR 214 de fecha 22 de abril de 2013*”. De igual manera, se estableció el 22 de agosto de 2014 como plazo máximo para allegar la documentación correspondiente.

<sup>58</sup> Folios 192 a 194 del cuaderno 4. La mesa de trabajo estaba conformada por la directora Distrital de Crédito Público, el director de Estadística y Estudios Fiscales de la Secretaría de Hacienda; el subsecretario de Planeación Socioeconómica de la Secretaría Distrital de Planeación; el director de Competitividad de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico.

<sup>59</sup> Folios 212 a 221 del cuaderno 4.



**7.5.** El 24 de junio de 2013<sup>60</sup>, CUSEGO entregó al IDRDR el cronograma de actividades para la estructuración del proyecto en etapa de factibilidad.

**7.6.** El 15 de julio de 2013<sup>61</sup>, CUSEGO mediante un documento denominado “*Definición de acuerdos previos*” puso en consideración del IDRDR los protocolos para desarrollar las actividades relacionadas en el cronograma concerniente a la etapa de factibilidad, entre los que se destacan, para efectos del caso puesto a consideración de la Sala, los siguientes: **(i)** disponibilidad de servicios, en las que “*se definen los acompañamientos y las personas necesarias y responsables por parte de la Administración Distrital para lograr celeridad en la obtención de información para las revisiones, actualizaciones y/o modificaciones que hayan podido realizar las diversas dependencias y E.S.P domiciliarios en la zona de influencia del proyecto*”<sup>62</sup>, y **(ii)** alcance de la factibilidad, en el que “*el originador profundizará en la información básica y los análisis presentados en el documento de prefactibilidad*”, y “*el diseño arquitectónico se realizaría a nivel de anteproyecto con base en lo establecido en el decreto 2090 de 1989 de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, presentando dibujos a escala de plantas, cortes y fachadas, y perspectivas suficientes para la comprensión arquitectónica, estructural y de instalación de la unidades funcionales*”.

**7.7.** El 17 de julio de 2013<sup>63</sup>, CUSEGO solicitó al IDRDR que le suministrara información necesaria para adelantar el estudio de factibilidad del proyecto, relacionada con: **(i)** las estructuras y edificaciones existentes —planes generales, arquitectónicos y técnicos, así como estudios topográficos de vulnerabilidad sísmica y del estado actual de las estructuras—; **(ii)** la zona de la unidad deportiva y las zonas aledañas —reservas ambientales, y estudios hidrológicos, geotécnicos y topográficos—; **(iii)** los predios ocupados por la unidad deportiva y aledaños —estado jurídico e información para la negociación de predios—; **(iv)** el carácter socioeconómico y administrativo de la zona —censo poblacional, uso de las edificaciones, estratificación, contratos vigentes, estadística de los eventos que se realizan—; y **(v)** la reglamentación de uso de la zona, —restricciones y políticas—.

<sup>60</sup> Folios 109 a 110 del cuaderno 4.

<sup>61</sup> Folios 111 a 120 del cuaderno 4.

<sup>62</sup> En dicho documento se relacionaron las siguientes dependencias distritales y Empresas de Servicios Públicos: EAAB (redes e instalaciones), CODENSA (redes e instalaciones), GAS NATURAL (redes e instalaciones), ETB (redes e instalaciones), IDU (excavación), Secretaría de movilidad (PMT), Secretaría de Planeación (desarrollo del PRM); Alcaldía Local de Teusaquillo (Autorizaciones varias), y Transmilenio.

<sup>63</sup> Folios 98 a 100 del cuaderno 4.



**7.7.1.** En la misma fecha, CUSEGO remitió al IDRD sendas comunicaciones para que gestionara y obtuviera de diferentes Empresas de Servicios públicos (ESP) y algunas entidades del distrito información relacionadas con la zona y área de influencia de la Unidad Deportiva el Campín, a saber: **(i)** a ETB<sup>64</sup>, CODENSA<sup>65</sup>, GAS NATURAL S.A.<sup>66</sup> y EAAB<sup>67</sup> los planos *As Built* e información técnica complementaria de las redes de servicios públicos existentes, así como el plan de expansión o modernización de las redes de servicios públicos que se estuvieran adelantado y/o vigentes para los próximos años; **(ii)** al IDU<sup>68</sup> los proyectos o planes de expansión, modernización o integración que se estuvieran adelantando y/o estuvieran vigentes para los próximos años; **(iii)** a la SDP<sup>69</sup> la misma información requerida al IDRD [relacionada en el párrafo anterior]; y **(iv)** a TRANSMILENIO<sup>70</sup> los requerimientos de futuros estacionamientos, áreas de apoyo mecánico, bodegas y servicios complementarios que se requieran para el funcionamiento del SITP, información de flujos vehiculares, matrices de origen - destino u otros estudios de tráfico, y plano general de localización y dimensiones definitivas del intercambiador modal de transporte planteado en el PRM.

**7.8.** El 26 de julio de 2013<sup>71</sup>, el IDRD remitió a la Secretaría General de Distrito Capital un proyecto de oficio a ser comunicado a CUSEGO, mediante el cual se pretende declarar la pérdida de interés público de la APP de iniciativa privada, dadas las inconsistencias y variaciones injustificadas al alcance de la estructuración del proyecto en etapa de factibilidad, que ponían en riesgo la gestión fiscal adelantada por la entidad. Lo anterior, *“a efectos que [el proyecto de oficio] sea revisado y se obtengan sus observaciones, sugerencia y recomendaciones e igualmente se estudie en razón de la decisión que se adopta la posibilidad de convocar a la mesa de trabajo”*.

**7.9.** El 20 de agosto de 2013<sup>72</sup>, la Secretaría General del Distrito Capital realizó las siguientes observaciones al proyecto de oficio remitido por el IDRD:

*«1. La Ley 1508 de 2012 y su Decreto Reglamentario no establece ninguna responsabilidad de las entidades públicas cuando los proyectos de asociación*

<sup>64</sup> Folios 83 a 84 del cuaderno 4.

<sup>65</sup> Folios 85 a 86 del cuaderno 4.

<sup>66</sup> Folios 87 a 88 del cuaderno 4.

<sup>67</sup> Folios 94 a 95 del cuaderno 4.

<sup>68</sup> Folios 89 a 90 del cuaderno 4.

<sup>69</sup> Folios 91 a 93 del cuaderno 4.

<sup>70</sup> Folios 96 a 97 del cuaderno 4.

<sup>71</sup> Folio 195 del cuaderno 4.

<sup>72</sup> Folio 196 a 197 del cuaderno 4.



*publico privada de iniciativa privada no son aceptados por estas, pues específicamente en el artículo 16 de la Ley se menciona que la presentación de la APP no genera obligación para el Estado, por lo que en principio no se observe la existencia de un riesgo en la gestión fiscal que adelanta la entidad [...].*

*2. En lo que corresponde con las actividades puntuales referidas en el documento, esta Dirección considera que al no conocer en su integridad el expedientes de la APP no le es dable entrar a profundizar en el análisis por usted esbozado. No obstante lo anterior, se comparte las inquietudes relacionadas, entre otros, con la falta de acreditación de los inversionistas, y el incumplimiento del cronograma, aspectos que pueden poner en peligro una posible ejecución del proyecto. En este aspecto, el artículo 16 de la Ley 1508 de 2013 y el artículo 24 del Decreto 1467 de 2012 no establecen un procedimiento para realizar el análisis de la iniciativa durante la etapa de factibilidad, sino que hace referencia al estudio una vez sea entregado el proyecto por parte del originador. Sin embargo, y teniendo en cuenta que dentro de la solicitud realizada al originador se exigió la presentación de un cronograma y este a su vez ha sido incumplido por el mismo, en virtud de los principios de la función pública, el IDRDR puede desde antes al vencimiento del plazo para la entrega final del proyecto, advertir, que el proyecto no será presentado con las condiciones solicitadas, y en consecuencia optar por manifestarle al originador que el proyecto no es de interés, o en su defecto declararlo fallido, según sea necesario. Dicho procedimiento, encontraría igual fundamento, en la necesidad de dar cumplimiento a las metas y proyectos del Plan de Desarrollo, y no se violaría los intereses de los originadores porque el artículo 16 citado establece que “En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular”.*

*3. Por otra parte, y con relación a su solicitud de convocar la Mesa de Trabajo de APP, se considera que no es necesario, ya que de acuerdo con la Circular Conjunta 5 de 2012, en la etapa de factibilidad, esta se convoca para dar una segunda recomendación sobre la viabilidad de la propuesta en etapa factibilidad, en la cual se señalarán las condiciones en que el Distrito encuentra apropiado asociarse con el originador. Para el caso que nos ocupa, el IDRDR dentro de su autonomía ha evidenciado problemas sobrevinientes que afectan el desarrollo del proyecto y en tal sentido tiene la facultad para determinar que el mismo carece de interés».*

**7.10.** El 21 de agosto de 2013<sup>73</sup>, CUSEGO recordó al IDRDR que, para avanzar ordenadamente con el proceso de estructuración del proyecto de APP, era necesario contar con la información que dicho instituto debía haber envidado a las ESP y otras entidades, conforme a las solicitudes remitidas por correo electrónico; información que, hasta la fecha, no había sido suministrada. En este contexto, basándose en el cronograma de actividades y los protocolos acordados, CUSEGO propuso una reunión de actualización y seguimiento del proyecto con el propósito de abordar, entre otros temas, los relacionados con el diagnóstico en las actividades denominada “*levantamiento de información jurídica de predios*” y “*levantamiento de información técnica existente*”.

<sup>73</sup> Folio 121 a 122 del cuaderno 4.



7.11. El 22 de agosto de 2013<sup>74</sup>, el IDR D expidió la comunicación 20131010100041, mediante la cual informó a CUSEGO que *“han quedado sin sustento algunos de los fundamentos fácticos que sirvieron para la expedición de la Resolución 214 del 22 de abril de 2013”* y, subsecuentemente, la propuesta de iniciativa privada denominada *“Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín”* ha dejado de ser de interés público para la entidad, por lo cual no se aceptaría el proyecto, *“recordándoles que la presentación de una APP no genera compromisos de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado”*. La decisión anterior, se fundamentó en los argumentos que, por su importancia para la resolución del presenta asunto, serán transcrito, incluso con posibles errores:

*«1. En desarrollo de las actividades de seguimiento convenidas en acta de fecha 7 de mayo de 2013 a la iniciativa de APP [...] se han detectado inconsistencias y variaciones injustificadas al alcance de la estructuración del proyecto en etapa de factibilidad, situación que pone en riesgo la gestión fiscal adelantada por la entidad, además de resquebrajar las razones que motivaron a la Administración para considerar de interés público la oferta presentada por CUELLAR SERRANO GOMEZ S.A.*

*Concretamente, a lo largo de los últimos días han surgido hechos sobrevinientes que generan inconvenientes e interrogantes sobre la solidez del proyecto presentado, situaciones que se resumen a continuación:*

*1.1. Con motivo de la fijación de las reglas para acreditar la experiencia en inversión, capacidad financiera y de financiación, se ha evidenciado el hecho de que el grupo económico Al Faisal Holding no ha manifestado de manera clara, expresa e irrevocable la intención de participar en la APP presentada por CUELLAR SERRANO GOMEZ S.A.*

*De igual manera han surgido dudas respecto del verdadero grado de participación en el proyecto de Populous y Alpha Co. dado que dichas empresas no han hecho presencia en ninguna de las reuniones llevadas a cabo para aclarar aspectos claves de la estructuración de la iniciativa [...].*

*Comoquiera que los estudios en etapa de factibilidad deberían ser realizados por el grupo interdisciplinario presentado como equipo de trabajo para desarrollar el proyecto, se encuentra que hasta la fecha las empresas extranjeras identificadas por el originador como sus aliados estratégicos solo han participado nominalmente.*

*De ahí que haya surgido reparos de la forma en la cual se acreditó la vinculación de dichas empresas a la APP presentada por CUELLAR SERRANO GOMEZ S.A.*

*1.2. El 24 de junio de 2013, mediante correo electrónico el originador hizo entrega del cronograma de estructuración en etapa de factibilidad, posteriormente, mediante oficio de fecha 17 de julio de 2013, el originador hizo entrega de sendos proyectos de oficio dirigidos a la SDP y varias*

<sup>74</sup> Folios 101 a 108 del cuaderno 4.



*empresas de servicios públicos, [con el objeto] de obtener la información sobre redes existente, planes de expansión y otra documentación relacionada con gestión social y predial del proyecto.*

*Al analizar los requerimientos hechos por el originador, la entidad encuentra que [este] no llevó a cabo en debida forma los estudios a nivel de prefactibilidad, pues en la actual etapa de estructuración, el originador está destinando más de tres meses para la recolección y análisis de información secundaria que debió ser analizada a la hora de presentar la APP a consideración de la Administración.*

*[En este sentido] en el cronograma entregado por el originador se traslapan actividades que debieron ser llevadas a cabo en prefactibilidad con actividades propias de la factibilidad del proyecto.*

*La anterior situación plantea serios reparos en cuanto a la metodología de estructuración usada, además de generar desconfianza respecto a la alternativa de ingeniería escogida por el originador para satisfacer las necesidades identificadas, la estimación de costos originalmente realizada y en general las bases del negocio propuesto a la Administración.*

*Ante los hechos descritos, surge la necesidad de cuestionarse la conveniencia de proseguir con una estructuración cuyas bases adolecen de fallas en la recopilación de información sensible al proyecto [...].*

*2. El día 15 de julio de 2013, mediante correo electrónico dirigido al representante legal del IDR, el originador hizo entrega de los protocolos, desatendiendo todas las recomendaciones hechas por la entidad.*

*Adicionalmente, en el "protocolo" entregado, el originador hizo la siguiente salvedad: "C. El diseño arquitectónico se realizará a nivel de anteproyecto con base en lo establecido en el decreto 2090 de 1989 de la Sociedad Colombiana de Arquitectos [...]."*

*[...] Vista la norma técnica citada por el originador, se encuentra que jurídicamente no es posible aceptar el uso de la misma, para definir el alcance de los diseños que deben ser presentados en factibilidad de una APP, por cuanto el decreto en cuestión solo tiene por objeto regular honorarios para los trabajos de arquitectura, sin que dicha reglamentación guarde relación alguna con la normatividad contenida en la Ley 1508 de 2012.*

*[...] Se tiene entonces que, los diseños a nivel de pre-proyecto impiden dar cumplimiento a lo previsto en la obligación contenida en el artículo 23.4.1.1 del Decreto 1467 de 2012, pues dichos diseños incluyen planos que son insuficientes para poder realizar los estudios de factibilidad económica, situación que claramente paraliza la iniciativa desarrollada por el originador e impide concluir la estructuración en los términos planteados por la Ley 1508 de 2012.*

*Finalmente, se advierte que el condicionamiento hecho por el originador crea riesgos de incurrir en una gestión fiscal ineficaz y antieconómica, situación que puede conducir a un detrimento patrimonial para la entidad, toda vez que los diseños influyen en la determinación de costas, el nivel de inversiones, la tasa de retorno esperada y el tiempo de explotación del proyecto [...].».*



Con base en lo anterior, el IDRD concluyó que el originador del proyecto no estaba respetando los lineamientos de la Ley 1508 de 2012, al introducir variaciones al alcance de los compromisos adquiridos para desarrollar la etapa de factibilidad del proyecto, *“situación que pone en riesgo los principios de economía, eficacia y selección objetiva”*, comoquiera que las bases del proceso de selección que se llevaría a cabo una vez finalizara la estructuración, estarían viciadas por falencias en la determinación del valor del proyecto y otros aspectos técnicos.

**7.12.** El 27 de agosto de 2013<sup>75</sup>, CUSEGO mediante oficio 647 dirigido al IDRD formuló oposición a los argumentos esgrimidos por el Instituto para desestimar el proyecto de APP de iniciativa privada por pérdida de interés público sobreviniente y, que en ultimas, interrumpió el desarrollo de la etapa de factibilidad, al considerar *“que a través de esa actuación, indebida e injustificada, se ha roto el principio de la buena fe y el debido proceso implícito en el espíritu de la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1467 del mismo año, fundamentales para el buen desarrollo de los objetivos de una iniciativa público privada”*. Específicamente arguyó:

**7.12.1.** En relación con la supuesta falta de participación de los socios estratégicos en la financiación y estructuración del proyecto, CUSEGO manifestó que: **(i)** la decisión 214 de 2013 proferida por el IDRD estableció el 22 de agosto de 2014 como fecha límite para que CUSEGO acreditara la experiencia en inversión, capacidad financiera y de financiación del proyecto. En tal sentido, *«mal podría pretenderse que antes de contar con los estudios técnicos, financieros, económicos, jurídicos y de riesgo, un inversionista [como AL FAISAL HOLDING] estuviera en capacidad de asumir de manera “expresa e irrevocable”, su decisión de asumir responsabilidad y el riesgo financiero de un proyecto, sin conocer el modelo financiero detallado, que fundamente el valor de la inversión y el retorno del proyecto, lo cual, solo se podrá determinar durante la ejecución de la etapa de factibilidad»*; y **(ii)** al tratarse de un proceso de iniciativa privada, le corresponde al originador del proyecto decidir la forma y el momento en que deben intervenir los aliados estratégicos encargados de llevar a cabo las diferentes etapas de la APP. Por ello *“las empresas mencionadas en su comunicación [POPULOUS Y ALPHA CO] que tendrían bajo su dirección la orientación del proyecto arquitectónico para las principales unidades funcionales del programa no están llamadas a iniciar sus actividades, mientras no se hayan culminado*

<sup>75</sup> Folios 127 a 134 del cuaderno 4.



*los hitos de diagnóstico e identificación de unidades funcionales, lo cual les permitiría adelantar sus actividades sobre hechos facticos reales, de manera tal, que sus decisiones respondan adecuada y eficientemente a los aspectos técnicos, jurídicos, ambientales y sociales del proyecto”.*

**7.12.2.** En cuanto a la afirmación de que el originador no agotó debidamente la estructuración del proyecto en etapa de prefactibilidad, dado que destinó más de tres (3) meses de la etapa de factibilidad para la recolección y análisis de información, CUSEGO adujo que: (i) el IDRД desatendió el proceso previsto en la legislación que rige las APP, pues *“la etapa de factibilidad está prevista para profundizar en todos los aspectos que fueren necesarios para poder garantizar la viabilidad del proyecto, siendo uno de los más relevantes, la recolección, estudio, análisis y validación de toda la información necesaria, tanto secundaria como primaria, tal y como quedó establecido en el desarrollo del hito de diagnóstico dentro del cronograma acordado, y tal y como lo establece el Decreto 1467 de julio de 2012”;* y (ii) el IDRД desconoció el cronograma de trabajo presentado y aprobado por ese Instituto, dentro del cual se contempló el tiempo necesario para el desarrollo del hito de diagnóstico, que *“incluye la definición de acuerdos previos (protocolos), el levantamiento y verificación de la información jurídica de predios y de la información técnica, así como las investigaciones preliminares de campo y el diagnóstico definitivo”.*

**7.12.3.** Respecto a la variación injustificada en el alcance de los estudios de factibilidad en materia de diseños, CUSEGO sostuvo que el alcance de los diseños arquitectónicos para una APP de iniciativa privada no está explícitamente definido ni en la Ley 1508 de 2012, ni en sus decretos reglamentarios, ni tampoco quedó establecido en la decisión 214 de 2013, mediante la cual ese Instituto autorizó avanzar a la etapa de factibilidad. Como consecuencia, estimó inadmisible *“que esa entidad, de manera unilateral y sin que haya mediado intercambio alguno, determine que el haber propuesto el nivel anteproyecto para el desarrollo de los diseños en la etapa de Factibilidad, genera un incumplimiento que le otorga la facultad para declarar que nuestra oferta de APP ha dejado de ser de interés público para el IDRД”.*

**7.12.4.** Finalmente, como conclusión, CUSEGO esbozó que, aunque no se discute que la Ley 1508 de 2012 establece que las etapas de prefactibilidad y factibilidad de un proceso de APP no generan un compromiso de aceptación del proyecto, lo cierto es que *“en la legislación que rige las relaciones contractuales y mercantiles de las*



*entidades públicas, no está prevista la terminación unilateral e injustificada de un acuerdo de voluntades, como tampoco es viable materializarlo con una comunicación que pretenda ser un acto administrativo, sin que se cumpla con los requisitos mínimos que la Ley establece para dichos actos, como lo es el del derecho de impugnación, que usted también ha sabido desconocer”.*

**7.13.** El 28 de agosto de 2013<sup>76</sup>, la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte del Distrito Capital puso de manifiesto al IDRD que no tuvo conocimiento de la comunicación mediante la cual este último informó a CUSEGO sobre la pérdida de interés público de la propuesta de APP, por consiguiente, le efectuó una serie de requerimientos con el propósito de *“establecer los hechos acaecidos y determinar la coherencia de las actuaciones de la Administración”*.

**7.14.** El IDRD dio respuesta a lo anteriormente solicitado por la Secretaría Distrital de Cultura, Recreación y Deporte, advirtiendo de manera general que todas las gestiones que venía adelantando dentro del proceso de APP de iniciativa privada presentada por CUSEGO *“se realizaron en estricta observancia de los postulados constitucionales y legales, entre ellos la Ley 1508 y el Decreto 1467 ambos de 2012, los lineamiento fijados por la Alcaldía Mayor de Bogotá, al igual de los principios de la gestión pública y la responsabilidad que debe tenerse en la administración de los bienes y recurso del estado”*. A los requerimientos particulares contestó lo siguiente:

*«[RESPUESTA A LA PRIMERA PREGUNTA]: que en ejercicio del principio de la buena fe, el IDRD con el apoyo de su cabeza de sector y otras entidades distritales estudiaron el proyecto denominado “Construcción del Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura El Campin”, partiendo de la base que los estimativos técnicos y económicos examinados se basaron en información secundaria disponible al público.*

*Sin embargo, una vez entregados en etapa de factibilidad, mediante oficio de fecha 17 de julio de 2013 [...], el originador hizo entrega de sendos proyectos de comunicaciones dirigidas a la SDP y varias empresas de servicios públicos, con el objeto de obtener [diversa información técnica]. Jurídicamente, los aspectos técnicos solicitados por el originador debieron ser recabados en etapa de prefactibilidad, al ser información secundaria disponible al público elaborada por el Estado, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 20 del Decreto 1467 de 2012.*

*Como es fácil entender, la solicitud realizada para obtener información secundaria evidenció un hecho sobreviniente, desconocido para la Administración, basado en la infracción de un deber legal que debía cumplir el oferente del proyecto para presentar la propuesta.*

<sup>76</sup> Folios 183 a 184 del cuaderno 4.



*Habida cuenta de lo anterior, se resalta el hecho que el originador incumplió una condición reglamentaria y mantuvo oculta dicha circunstancia a la Administración. Con su actuar, el originador resquebrajó los principios de la responsabilidad precontractual y de la buena fe, pues dichos preceptos jurídicos parten de la base de la transparencia, de la lealtad y de un deber de información en los tratos preliminares, todos aspectos que fueron desconocidos al mantener oculta su falta de diligencia a la hora de presentar oferta a la Administración y soslayar una obligación de carácter reglamentario.*

*Según el Decreto 1467 de 2012 la prefactibilidad tiene por objeto: “proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitan analizar la viabilidad del proyecto”, se deduce entonces que el no uso de fuentes oficiales secundarias en esta etapa por parte del originador pone en seria duda las conclusiones de sus estudios, respecto de la alternativa ingenieril propuesta, situación que obligue a replantear la conveniencia del proyecto desde sus inicios.*

*[...] En razón de lo expuesto, se tiene que los requerimientos “exigidos” a la Administración en los oficios de fechas de fecha 17 de julio y 23 de agosto de 2013 carecen de fundamento jurídico, pues contrarían lo dispuesto en el inciso primero del artículo 20 del Decreto 1467 de 2012, al pretender trasladar de manera injustificada en cabeza de la Administración una obligación reglamentaria que debía ser cumplida por el originador.*

*Al margen de las inconsistencias encontradas en materia de recopilación de la información secundaria, en etapa de factibilidad el originador propuso como acuerdo previo desarrollar diseños arquitectónicos a nivel de anteproyecto, situación que contraria el artículo 23.5.1. del Decreto 1467 de 2012, [según la cual] el originador tiene la obligación reglamentaria de entregar un diseño arquitectónico finiquitado y no uno en una etapa intermedia, pues si el legislador o el reglamento así lo hubiere demandado lo habría expresado explícitamente.*

*[RESPUESTA A LA SEGUNDA PREGUNTA: que es necesario precisar que en los términos de la oferta presentada por **CSG**, las empresas Populous y Alpha Co, así como el Grupo Económico Al Faisal Holding, no son simplemente “aliados estratégicos” del negocio de infraestructura propuesto a la Administración, sino que dichas personas jurídicas hacen parte del originador de la propuesta.*

*[...] Contrario a lo ofertado, después de haber entrado en etapa de factibilidad, las empresas Populous y Alpha Co. no hicieron presencia alguna al momento de discutir los acuerdos previos respecto del alcance de los estudios y diseños del proyecto [...]. Surge entonces la duda de cuál es el verdadero grado de participación de las empresas que presuntamente conforman el originador, máxime si se tiene en cuenta que la oferta presentada por **CSG** se la declaró de interés público, en consideración a la experiencia de los proponentes que iban a estructurar y ejecutar el proyecto.*

*De otra parte [...], se pone de presente que, en oficio radicado bajo la referencia 2013-101-0074031, el IDRDR estableció las condiciones para acreditar las capacidad financiera y de financiación del proyecto. En dicho oficio, si bien es cierto se otorgó una fecha para la refrendación de los requisitos exigidos, también es claro que se estableció en cabeza del “originador” la obligación de aportar 30% de equity (capital propio) al*



*proyecto, motivo por el cual era importante para las partes precisar que empresa de la estructura plural iba a cumplir con esa condición.*

*[...] Evidenciada la anterior situación, la Administración procedió a preguntar a **CSG** sobre el particular, sin obtener respuesta clara a dicho requerimiento.*

*[RESPUESTA A LA TERCERA PREGUNTA]: que la metodología utilizada por el originador para desarrollar la estructuración en etapa de factibilidad se define en el cronograma de actividades entregado, como puede evidenciarse, el primer paso en la metodología propuesta consiste en llegar a unos acuerdos previos con la Administración, respecto de puntos críticos en la estructuración en la etapa de factibilidad del proyecto.*

*[...] Comoquiera que dentro de los acuerdos previos estaba el punto de concertar el tema de la programación de reuniones y elaboración de memorias, las partes antes de dicha actividad llevaron a cabo algunas conversaciones informales, sin que existan pruebas idóneas, eficaces y conducentes, sobre el contenido de las mismas. De ahí que no son de recibo las apreciaciones de carácter subjetivo hechas por el oferente, sobre presuntos cumplimientos al cronograma.*

*[...] Concluido el ciclo de reuniones previas a la entrega de los acuerdos previos, el originador verbalmente accedió a las propuestas hechas por la Administración, para fijar el alcance de la factibilidad, así como aspectos puntuales en materia de diseños y gestión predial principalmente. Pese a lo anterior, a la hora de entregar los protocolos, el originador no tuvo en cuenta ninguna de las observaciones hechas por la Administración, como condición, para poder llegar a acuerdos previos.*

*Comoquiera que la Administración y el proponente no llegaron a un acuerdo previo sobre el alcance que debían tener los estudios de factibilidad, el proyecto quedó paralizado, siendo imposible seguir con su estructuración.*

*Sobre el punto ahora en cuestión, es importante tener presente que al plantear el proponente una metodología en la que se debían acordar pormenorizadamente los términos de entrega de los estudios y diseños no es posible forzar a la administración a aceptar unas condiciones que resulten lesivas al interés general o que pongan en riesgo la viabilidad económica y financiera del proyecto».*

**7.15.** El 3 de septiembre de 2013<sup>77</sup>, CUSEGO mediante oficio 671 presentó recurso de reposición y, en subsidio, de apelación contra la comunicación 20131010100041 emitida por el IDRD el 22 de agosto de 2013, mediante la cual se informó la decisión unilateral de la administración de declarar que la oferta de APP de iniciativa privada había perdido interés público y, como consecuencia, no se aceptaría el proyecto. Como fundamentos de impugnación, CUSEGO reiteró lo referenciado en la comunicación 647 del 27 de agosto de 2013 y, adicionalmente, planteó los siguientes argumentos, que por su relevancia para la resolución del presente asunto, serán transcritos, incluso con eventuales errores:

<sup>77</sup> Folios 135 a 142 del cuaderno 4.



*“Esta interposición y sustentación de los recursos, se fundamenta en los artículos 15 y 16 de la Ley 1508 de 2012 y por remisión los artículos 3 inciso final y art. 77 de la Ley 80 de 1993. En efecto, el procedimiento para el presente asunto señala que en etapa de prefactibilidad se expide concepto favorable (acto administrativo expedido mediante Resolución 214 del 22 de abril de 2013) y en etapa de factibilidad la ley contempla expresamente que el rechazo de la iniciativa se hará mediante acto administrativo.*

*En el presente asunto se podría entender que: el IDRД mediante la mencionada comunicación está revocando la Resolución 214 del 22 de abril de 2013, o en su defecto, que está aplicando el artículo 16 de la Ley 1508 de 2013 para rechazar la iniciativa en etapa de factibilidad. Ninguna de las decisiones es expresa por lo difuso de su carta.*

*Teniendo en cuenta la falta de claridad de su comunicación y que dentro de dicho marco normativo el debido proceso, como garantía de orden constitucional (art. 29), debe ser plenamente aplicado cuando las autoridades administrativas definen un asunto o hacen imposible continuar la actuación, constituyéndose sus decisiones en verdaderos actos definitivos (art. 43 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), consideramos necesaria la impugnación, mediante recurso, de la decisión establecida en la comunicación 20131010100041 del 22 de agosto de 2013.*

*Manifestamos sí, que el mencionado equivoco distorsiona las reglas del debido proceso en razón a que los interesados tenemos el derecho de conocer cuál es la actuación aplicable que raya por su ausencia, lo cual invalida de por sí la decisión contenida en la comunicación tantas veces mencionada.*

*Este argumento de impugnación permite advertir la existencia de otro de igual o mayor relevancia dentro del debido proceso, consistente en no habernos escuchado previamente antes de proferir la decisión toda vez que nunca tuvimos la oportunidad de exponer o explicar la postura o argumentos de defensa contra la situación fáctica y jurídica sorpresivamente expuesta en su comunicación, máxime cuando habíamos acordado unos protocolos y establecido un cronograma de desarrollo de actividades con apego a la ley y nos encontrábamos a la expectativa del cumplimiento de actividades y productos que corresponden - según los acuerdos y el cronograma - al IDRД.*

*[...] Los argumentos hasta aquí expuestos bastan para revocar la decisión impugnada y en su defecto garantizar el debido proceso que es aplicable a cualquier actuación administrativa como la presente y en virtud de ello garantizar el principio de contradicción y defensa de nuestra iniciativa, para continuar con los tramites del proceso que indica la Ley 1508 y su reglamento”.*

**7.16.** El 11 de octubre de 2013<sup>78</sup>, CUSEGO solicitó a la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte del Distrito convocar a una reunión de trabajo, con todos los funcionarios que considerara necesarios, para atender las inquietudes que se tuvieron

<sup>78</sup> Folio 158 del cuaderno 4.



respecto del proyecto de APP, habida consideración que el IDRDR hasta la fecha no había dado respuesta a sus comunicaciones.

**7.17.** El 29 de octubre de 2013<sup>79</sup>, CUSEGO informó al IDRDR que *“la relación y el desarrollo con cada uno de los inversionistas y aliados internacionales [AL FAISAL HOLDIN, POPULOUS y ALPHA CO] se encuentra formalizada y sustentada en documentos, reuniones y correos electrónicos [...]”*.

**7.18.** El 30 de octubre de 2013<sup>80</sup>, el IDRDR mediante comunicación 20131010131291 respondió a las consideraciones expuestas por CUSEGO en los oficios 647 del 27 de agosto de 2013 y 671 del 3 de septiembre de la misma anualidad, reiterando que *«la oferta de iniciativa de APP de “Construcción del Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura El Campin” ha dejado de ser interés público para la entidad, por lo cual no se aceptara el proyecto propuesto por CUELLAR SERRANO GOMEZ S.A.»*. Como sustento de su decisión manifestó:

**7.18.1.** Que el artículo 20.1 del Decreto 1467 de 2012 establece claramente que el originador de un proyecto de APP de iniciativa privada tiene el deber de sustentar su propuesta en *“información secundaria”*, es decir, en estudios y trabajos previamente realizados por diferentes entidades estatales sobre la infraestructura del proyecto que se pretende operar, y que tengan relación con aspectos de carácter arquitectónico, geológico, geotécnico, hidrológico, hidráulico, predial, de drenaje, de manejo de redes y de predios. A la luz de esta disposición, fue que el IDRDR, con el apoyo de la mesa de trabajo APP, estudió el proyecto presentado por CUSEGO en etapa de prefactibilidad, no obstante, una vez el proyecto avanzó a la etapa de factibilidad, se evidenció que el originador incumplió la obligación de recabar la información secundaria disponible, situación que se mantuvo oculta a la Administración hasta que CUSEGO le entregó sendos proyectos de comunicación dirigidos a la SDP y a diversas ESP. Esto resulta particularmente relevante, si se tiene en cuenta que los estudios de prefactibilidad tienen por objeto *“proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitan analizar la viabilidad del proyecto”*, por tanto, la falta de uso de fuentes oficiales secundarias pone en duda las conclusiones de los estudios realizados, en particular, la alternativa ingenieril propuesta, lo que obliga a replantear la conveniencia del proyecto desde sus inicios. Así las cosas, mal podría endilgarse a

<sup>79</sup> Folios 123 a 126 del cuaderno 4.

<sup>80</sup> Folios 143 a 157 del cuaderno 4.



la entidad receptora negligencia en el estudio del proyecto de APP en etapa de prefactibilidad, ya que fue el originador quien incumplió *“una condición reglamentaria y mantuvo oculta dicha circunstancia a la Administración, por lo que ahora no es de recibo que el particular alegue su propia culpa y esgrima ignorancia de la ley como excusa de su incumplimiento”*, sin que tampoco sean de recibo los argumentos tendientes a endilgarle al IDRD responsabilidad precontractual por violación al principio buena fe, pues dichos preceptos jurídicos se basan en la transparencia, la lealtad y el deber de información que se exige a las partes en los trato preliminares, aspectos que, se itera, fueron desconocidos por CUSEGO al haber ocultado su falta de diligencia al presentar su oferta.

**7.18.2.** Que el artículo 23.5.1 del Decreto 1467 de 2012 dispone que, en etapa de factibilidad, el originador tiene la obligación de entregar, además de los estudios de factibilidad técnica, económica, financiera y jurídica, el diseño arquitectónico del proyecto, sin que la norma hubiera hecho distinción sobre su alcance. En este sentido, se entiende que CUSEGO debía *“entregar un diseño arquitectónico finiquitado”*, no los diseños arquitectónicos a nivel de anteproyecto que este pretendía entregar, regulados en el Decreto 2090 de 1989, los cuales comprenden únicamente *“dibujos a escala, de plantas, cartas y fachadas o perspectivas suficientes para la comprensión arquitectónica, estructural y de instalación del edificio, sin incluir planos suficientes para poder ejecutar la obra, ni los estudios de factibilidad económica”*, los cuales resultaban indispensables para que el IDRD pudiera aceptar la propuesta de APP, siendo jurídicamente inviable aceptar *“el uso de la norma técnica citada por el originador para definir el alcance de los diseños que deben ser presentados en factibilidad de una APP, por cuanto el Decreto 2090 de 1989 solo tiene por objeto regular los honorarios para los trabajos de arquitectura, sin que dicha reglamentación guarde relación alguna con la normatividad contenida en la Ley 1508 de 2012”*.

**7.18.3.** Que, en la etapa de prefactibilidad, CUSEGO indicó que la iniciativa de APP había sido originada por un grupo de empresas nacionales e internacionales, representadas por aquella, las cuales tendrían roles y responsabilidades específicas, entre las que destacan: Populous, que asumiría la obligación de realizar los diseños del proyecto, y Alpha Co, que participaría en la estructuración en etapa de factibilidad. No obstante, en etapa de factibilidad, las empresas mencionadas *“no hicieron presencia alguna al momento de discutir los acuerdos previos (protocolos), respecto del alcance de los estudios y diseños del proyecto”*, con lo que surge la duda de cuál



es el verdadero grado de participación de estas en el proyecto, máxime si se tiene en cuenta que se había declarado de interés público la oferta presentada por CUSEGO, en consideración a la experiencia de los proponentes que iban a estructurar y ejecutar el proyecto.

**7.18.4.** Que el IDRDR estableció, mediante comunicación, las condiciones para que el originador acreditara la capacidad financiera y de financiación del proyecto, señalando que este debía aportar un 30% de capital propio, no obstante el cumplimiento de este requisito generó incertidumbre en la administración, ya que, aunque AL FAISAL HOLDING fue presentado como inversionista en la propuesta de APP, no se aportaron documentos formales que vincularan a dicho grupo económico con el proyecto. *“Surgida la anterior duda, la administración procedió a preguntar a CUSEGO sobre el particular, sin obtener respuesta clara sobre el mismo”.*

**7.18.5.** Que el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012 prescribe que la entidad receptora de un proyecto de APP debe realizar una revisión previa de la oferta presentada en etapa de prefactibilidad y, a partir de ello, rechazar la iniciativa o emitir concepto favorable para que el originador del proyecto continúe con su estructuración y se dé paso a la etapa de factibilidad, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado. De la norma citada, resulta claro que *“el concepto favorable que emite la entidad competente para proseguir con la estructuración de una oferta de iniciativa privada no constituye acto administrativo que genere reconocimiento o expectativa de derecho, por cuanto dicha declaración no genera una situación jurídica de alcances generales o reglamentarios, ni tampoco una situación jurídica individual y concreta, que genere derechos adquiridos al administrado”.* Aclarado, entonces, que el concepto favorable que se emite en etapa de prefactibilidad no es un acto administrativo, concluyó: **(i)** que no existe un deber legal que exija al IDRDR agotar un procedimiento administrativo de revocatoria para declarar que el proyecto dejó de ser de interés público; **(ii)** que dicho concepto tampoco es pasible de recurso alguno, pues para ello sería necesario *“acreditar un interés legítimo para recurrir, elemento que no se vislumbra en el caso en estudio, pues se reitera la ley expresamente señala que el paso a factibilidad no genera derechos para el particular ni obligaciones de ningún tipo para el Estado”;* y **(iii)** que tampoco resulta procedente obligar a la Administración a esperar 18 meses para estudiar un proyecto, *“respecto del cual no se comparte la forma en la que se van a*



*elaborar los estudios y diseños*”, máxime cuando estos fueron modificados injustificadamente en etapa de factibilidad.

**7.18.6.** Que examinado el vacío que presenta la Ley 1508 de 2012 en materia de ley supletiva aplicable frente al proceso de estructuración de una APP de iniciativa privada, para la Administración es claro que la preparación y presentación de un proyecto de infraestructura por cuenta y riesgo de un particular que no ejerce función pública se materializa en un acto jurídico unilateral que, al no remitirse legalmente al Estatuto de Contratación Estatal o al Código Contencioso Administrativo, debe regirse conforme las reglas mercantiles del Código de Comercio, según las cuales dicha manifestación de voluntad es un proyecto de negocio jurídico que una persona le formula a otra, en los términos de los artículos 845 y 855 del Código de Comercio. Entonces, al ser la oferta un acto jurídico unilateral, dicha manifestación de voluntad genera la obligación para el proponente de cumplir con lo inicialmente ofertado, por lo cual, variaciones injustificadas respecto de los términos y condiciones inicialmente propuestas (como las expuestas en los numerales anteriores), deberán ser tomadas como una nueva oferta por la administración. Así, entonces, *“la entidad tiene derecho a pronunciarse sobre su interés respecto de las nuevas condiciones y oferta presentada, pues mal haría en dejar al particular incurrir en gastos y en pérdida de tiempo, respecto de unos trabajos que a la postre no van a ser aceptados”*.

### **Derechos de petición**

**7.19.** El 15 de enero de 2014<sup>81</sup>, CUSEGO presentó derecho de petición ante el IDRD con el fin de que informara, entre otras cosas, si a la fecha se estaba surtiendo alguna actuación administrativa de APP diferente a la que presentó dicha sociedad, para la intervención total o parcial del Centro Especializado, Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura el Campín y, en caso afirmativo, informar en que etapa o estado se encontraba la actuación y los nombres completos de las personas naturales o jurídicas que integraban los interesados u originadores de la iniciativa APP, así como las reuniones (públicas y privadas) que dicha entidad hubiere adelantado con estos.

**7.20.** Luego de que el IDRD negara la solicitud de información referida anteriormente, al considerar que esta se encontraba sometida a reserva legal, CUSEGO interpuso recurso

---

<sup>81</sup> Folios 159 a 161 del cuaderno 4.



de insistencia, el cual fue finalmente resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 23 de abril de 2014<sup>82</sup>, a través de la cual accedió a la solicitud elevada por el recurrente y, como consecuencia, ordenó al IDRDR responder la petición presentada, con excepción de la información concerniente a las reuniones (públicas y privadas) con interesados o potenciales originadores durante el trámite de la iniciativa de APP presentada por CUSEGO, pues de esta información si resulta *“predicable la reserva impuesta por la Ley 1508 de 2012 por cuanto cabe la posibilidad que dentro de las reuniones realizadas por la entidad con los interesados o estructuradores del proyecto se ventile información relacionada con la estructuración de dichos proyectos”*. En cumplimiento de lo ordenado, el IDRDR mediante oficio 20141010063761 del 4 de junio de 2014<sup>83</sup> informó a CUSEGO que una vez culminadas las gestiones adelantadas para el estudio de la APP de iniciativa privada presentada por CUSEGO se procedió por orden cronológico al estudio del proyecto que seguía en turno, esto es, el presentado por Colombiana de Escenarios S.A.S., denominado *“Renovación Arquitectónica, Actualización y Mantenimiento del Coliseo El Campin”*.

**7.21.** El 18 de julio de 2014<sup>84</sup>, CUSEGO presentó un nuevo derecho de petición ante el IDRDR con el fin de que informara *“sobre la expedición de la Resolución por medio de la cual, al parecer, se declara de interés público la oferta presentada por la firma Colombiana de Escenarios S.A.S. y, en caso de existir, se nos proporcione copia de la misma”*.

**7.22.** Tras una nueva negativa del IDRDR para suministrar la información requerida, al considerar que esta se encontraba sometida a reserva legal<sup>85</sup>, CUSEGO presentó recurso de insistencia, que fue finalmente resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 18 de junio de 2015, a través de la cual accedió a la solicitud elevada por el recurrente y, como consecuencia, ordenó al IDRDR dar respuesta al derecho de petición en los términos solicitados. En cumplimiento de lo ordenado, el IDRDR mediante oficio 20151010084521 del 10 de julio de 2015<sup>86</sup> informó a CUSEGO que *«el instituto, bajo los lineamientos establecidos en la Ley 1508 de 2012, y sus decretos reglamentarios, procedió a estudiar la propuesta presentada por la firma Colombiana de Escenarios S.A.S denominada “Renovación Arquitectónica,*

<sup>82</sup> Folios 167 a 178 del cuaderno 4.

<sup>83</sup> Cuaderno 2 del proceso disciplinario ER 3540-14 de la Personería de Bogotá

<sup>84</sup> Folios 162 a 164 del cuaderno 4.

<sup>85</sup> Folios 204 a 207 del cuaderno 4.

<sup>86</sup> Folios 252 a 276 del cuaderno 4.



*Actualización, Operación y mantenimiento del Coliseo El Campín”, el cual recibió concepto de favorabilidad, siendo comunicada mediante el acto administrativo oficio radicado con el numero 20141010056061 del 19 de mayo de 2014, donde se fijaron los aspectos normativos de toda índole y los condicionamientos pasando de la etapa de pre factibilidad a factibilidad, adjuntando copia del mismo».*

### **Otras incitativas de APP concernientes a la Unidad Deportiva El Campín**

**7.23.** El 7 de enero de 2015<sup>87</sup>, el IDRDR publicó la fecha y la hora en que se llevaría a cabo la audiencia pública del proyecto de APP presentado por la Empresa Colombiana de Escenarios para la renovación del Coliseo El Campín.

**7.24.** El 13 de enero de 2015<sup>88</sup>, CUSEGO comunicó al IDRDR que la audiencia pública que se pretende desarrollar respecto de la iniciativa privada para la renovación del Coliseo El Campín presentada por la Empresa Colombiana de Escenarios adolece de vicios de ilegalidad, comoquiera que la iniciativa privada en la que aquel venía actuando como originador respecto al mismo proyecto seguía vigente *“pues hasta el momento no se ha emitido acto administrativo alguno que haya concluido el procedimiento que hemos adelantado y a pesar de intentar interponer los recursos que establece el procedimiento [...], la decisión hasta el momento ha brillado por su ausencia”*.

### **Acción de tutela presentada por CUSEGO**

**7.25.** El 21 de enero de 2015<sup>89</sup>, CUSEGO presentó acción de tutela en contra del IDRDR *“por violación al debido proceso dentro de la actuación administrativa adelantada con ocasión de la iniciativa privada de APP para el Centro Especializado, Pedagógico y Social del Deporte, Recreación y Cultura el Campín”*.

**7.26.** El 4 de febrero de 2015<sup>90</sup>, el Juzgado 17 Civil Municipal de Bogotá negó el amparo constitucional deprecado por CUSEGO, al considerar que *“si bien es cierto el debido proceso es un derecho fundamental, también lo es el hecho de que no es esta la vía judicial idónea para la resolución del conflicto en cuestión, pues el actor cuenta con los mecanismos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, los cuales no se ha*

<sup>87</sup> Folios 208 a 210 del cuaderno 4.

<sup>88</sup> Folios 222 a 223 del cuaderno 4.

<sup>89</sup> Folios 280 a 308 del cuaderno 4.

<sup>90</sup> Folios 309 a 324 del cuaderno 4.



*demostrado en el caso puesto en observancia su ineficacia, recalcando entonces el carácter excepcional y subsidiario de la tutela*". Decisión que, al ser recurrida por CUSEGO el 10 de febrero de 2015<sup>91</sup>, fue confirmada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito mediante sentencia del 18 de marzo de 2015<sup>92</sup>.

### **El proceso disciplinario ER 35340-14 adelantado por la Personería de Bogotá en contra del director del IDRD**

**7.27.** El 22 de mayo de 2014<sup>93</sup>, Santiago Alberto Botero, representante legal de CUSEGO, radicó ante la Personería de Bogotá una queja en la que solicitó que se investigaran las presuntas irregularidades en que pudo incurrir Javier Suarez Alonso, en su calidad de director del IDRD, en el trámite de la iniciativa privada de APP denominada "*Centro Especializado, Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura El Campín*", al dejar sin efectos la decisión 214 del 22 de abril de 2013, que había declarado de interés público el proyecto referido, al margen del procedimiento administrativo regulado en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 del mismo año, transgrediendo sus derechos al debido proceso y de defensa.

**7.28.** El personero delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios ordenó, mediante auto del 9 de junio de 2014<sup>94</sup>, la apertura de indagación preliminar en contra de Javier Orlando Suarez Alonso, en su condición de director del IDRD y, posteriormente, mediante auto el 19 de diciembre de 2014<sup>95</sup>, abrió investigación disciplinaria formal en su contra, dentro de la cual recolectó y practicó las pruebas pertinentes, para finalmente declarar cerrada la etapa de investigación mediante auto del 28 de septiembre de 2015<sup>96</sup>.

**7.29.** Iniciada la etapa de juicio, el personero delegado formuló, mediante auto del 31 de marzo de 2017<sup>97</sup>, pliego de cargos contra Javier Orlando Suarez Alonso, calificando provisionalmente su conducta como de culpa grave. Una vez notificado de la decisión referida, el disciplinado presentó, por intermedio de su defensor, escrito de descargos, en los que además de controvertir las razones por las que se le imputaron cargos al señor Suarez Alonso, solicitó el decreto de algunas pruebas, entre las que destaca, la

<sup>91</sup> Folios 225 a 333 del cuaderno 4.

<sup>92</sup> Folios 234 a 338 del cuaderno 4.

<sup>93</sup> Folios 351 a 355 del cuaderno 4.

<sup>94</sup> Cuaderno 2 del proceso disciplinario ER3540-14 de la Personería de Bogotá.

<sup>95</sup> *ibidem*

<sup>96</sup> Cuaderno 4 del proceso disciplinario ER3540-14 de la Personería de Bogotá.

<sup>97</sup> Cuaderno 5 del proceso disciplinario ER3540-14 de la Personería de Bogotá.



ampliación y ratificación bajo gravedad de juramento de la queja presentada por el representante legal del CUSEGO<sup>98</sup>. Tras practicarse las pruebas, el instructor del proceso disciplinario, mediante auto del 23 de agosto de 2018<sup>99</sup>, corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, oportunidad que solo fue aprovechada por la defensa, quien solicitó el archivo del proceso<sup>100</sup>.

**7.30.** El 25 de abril de 2019<sup>101</sup>, el personero delegado para la Coordinación de Asuntos Disciplinarios profirió fallo en el que al declaró no probados los cargos disciplinarios formulados Javier Suarez Alonso, en su calidad de director del IDRD. Como sustento de su decisión refirió que:

*“[...] la decisión donde se informa la pérdida de interés del IDRD por el proyecto presentado por el originador no requería mayores formalismos ni se debía efectuar a través de un acto administrativo susceptible de recursos, considerando que, a la luz del artículo 15 de la Ley 1508 de 2012, la transición a etapa de factibilidad de una APP de iniciativa privada no genera derechos para el particular ni obligaciones de ningún tipo para el Estado, por lo que la finalización de la fase de manera anticipada no implica la extinción de ninguna prerrogativa en cabeza del originador”.*

*Por si esto no fuera suficiente, la controversia fue llevada ante los estrados judiciales, siendo conocida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, quien se pronunció en providencia del 18 de octubre de 2017, donde concluyó [...] que el tratamiento que se dio al asunto fue el adecuado, y en consecuencia, se obró legítimamente [...]. Entonces, como el disciplinado se vio en la necesidad de resolver una situación atípica que no estaba contemplada en la norma, procuró la realización de una serie de actividades con las que buscaba cerciorarse del respeto de las garantías a los implicados.*

*En últimas, en la etapa de juicio se logró demostrar que la decisión tomada por el disciplinado fue legítima y respetuosa de la regulación de las APP, pues, si bien su proceder no se ajusta a los procedimientos allí previstos, ello obedeció al hecho de que se trataba de un asunto inédito normativamente ni abordado por la jurisprudencia -por tratarse de una figura de relativa reciente creación-. En cualquier caso, ante el vacío al que se enfrentó, actuó ceñido al ordenamiento, pues, así lo dictaminó el juez administrativo. Y es que en concepto de este Despacho, el encartado optó por darle prevalencia a los principios que rigen la administración pública, en particular, los de eficacia y economía contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política.*

*[...] Así las cosas, considera el Despacho que es procedente emitir fallo absolutorio a favor del señor JAVIER ORLANDO SUÁREZ ALONSO, con base en las razones expuestas, pues, si bien el hecho atribuido existió, esto es, se terminó la fase de factibilidad con anterioridad al cumplimiento del plazo previsto para ello, dicha circunstancia no reviste las características de falta disciplinaria a la luz del artículo 23 del Código Disciplinario Único, toda vez que*

<sup>98</sup> ibidem

<sup>99</sup> ibidem

<sup>100</sup> ibidem

<sup>101</sup> Cuaderno 6 del proceso disciplinario ER3540-14 de la Personería de Bogotá.



*no conllevan incumplimiento de deberes, incursión en prohibición o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.*

### **Dictamen pericial**

7.31. El 26 de julio de 2017<sup>102</sup>, la parte demandante allegó el dictamen pericial decretado en la audiencia inicial, dentro del cual se cuantificaron los costos y gastos en los que se afirma debieron incurrir CUSEGO, INDECON S.A. y Martín Sánchez Palma para la preparación y presentación del proyecto de APP, denominado “*Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín*”. El contenido de este dictamen únicamente será valorado si se encuentra probada la alegada actuación antijurídica del IDRD.

## **8. Solución a los problemas jurídicos**

**8.1.** En virtud de los hechos probados y del objeto del recurso de apelación, la Sala procederá a determinar si el IDRD transgredió el principio de buena fe precontractual, al rechazar por pérdida sobreviniente de interés público el proyecto de APP de iniciativa privada presentado por CUSEGO, antes de que venciera el plazo otorgado para radicar dicha iniciativa en etapa de factibilidad, con base en argumentos que no habrían podido ser rebatidos por el originador y que, según la parte demandante, resultaban injustificados.

Con este propósito, la Sala estima necesario, en primer término, hacer referencia a la buena fe precontractual en el ámbito de la responsabilidad del Estado, para luego, estudiar si el actuar del IDRD transgredió este principio, conforme al régimen legal aplicable a la etapa precontractual de las iniciativas privadas de APP.

**8.2.** El artículo 90 de la Constitución Política estableció un régimen de responsabilidad general, que comprende “*no solo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual*”<sup>103</sup>.

<sup>102</sup> Cuadernos de pruebas 1, 2 y 3.

<sup>103</sup> Sentencia C-333 de 1996, reiterada en la sentencia C-957 de 2014.



Particularmente, el artículo 863 del Código de Comercio<sup>104</sup> dispone que las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, *so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*. Por consiguiente, para que se configure la responsabilidad precontractual del Estado, es menester que concurren los presupuestos aludidos, es decir, la actuación contraria a la buena fe y la culpa, *“presupuestos que, a su vez, se traducen en la exigencia constitucional de un daño antijurídico imputable a al Estado, por la acción u omisión de las autoridades, como asidero de su responsabilidad patrimonial”*<sup>105</sup>.

Al respecto, conviene señalar que a partir de lo expresamente consagrado en los artículos 1603 del Código Civil<sup>106</sup> y 871 del Código de Comercio<sup>107</sup>, a lo largo del *iter* contractual los intervinientes deben obrar de conformidad con los postulados de la buena fe, la cual *“consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato”*<sup>108</sup>. De acuerdo con lo anterior, esta Sección ha precisado que en la etapa precontractual o de formación del negocio jurídico la buena fe impone el respeto, entre otros, a los deberes de información, veracidad, lealtad y corrección<sup>109</sup>.

**8.3.** Aclarado lo anterior, se observa que la controversia de estudio tuvo lugar dentro de un procedimiento de APP de iniciativa privada, cuya etapa precontractual, como quedó expuesto en el acápite concerniente al régimen legal de esta figura, se divide en dos fases plenamente diferenciables, a saber: **(i)** el proceso de estructuración del proyecto, al cual le son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal, según el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012; y **(ii)** el procedimiento de selección del operador privado que ejecutará el

<sup>104</sup> “Artículo 863. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, *so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*”.

<sup>105</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2021. Exp. 49509.

<sup>106</sup> “Artículo 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

<sup>107</sup> “Artículo 871. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

<sup>108</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012. Exp. 22043.

<sup>109</sup> Consejo de Estado, Sala plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, 42003; Subsección C, sentencias del 28 de febrero de 2020 y del 22 de noviembre de 2021, Exp. 31628 y 51962, respectivamente.



proyecto, el cual se registrará por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en virtud del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012.

**8.3.1.** Así, en el proceso de estructuración, el originador privado es el responsable de estructurar, por su cuenta y riesgo, el proyecto que pretende desarrollar, asumiendo la totalidad de los costos en los que deba incurrir para ello, siendo la entidad pública un mero evaluador de calidad de los documentos que el originador realiza. Esta etapa, a su vez, tiene dos fases: **(i)** la fase de prefactibilidad, en la que el originador realiza estudios preliminares y define un marco conceptual del proyecto, con base en información secundaria, cifras históricas y proyecciones económicas del Estado; y **(ii)** la fase de factibilidad, en la que el originador profundiza en los análisis y la información básica presentada en la etapa de prefactibilidad, mediante investigaciones de campo y levantamiento de información primaria, y acredita su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación.

**8.3.2.** Luego, el procedimiento de selección del operador privado que ejecutará el proyecto surge únicamente si la entidad receptora del proyecto lo declara viable en etapa de factibilidad, momento en el cual dicha entidad se vuelve instructora del proceso de selección, el cual adelantará, a través de licitación pública cuando el proyecto requiera desembolso de recursos públicos; o mediante el uso de la metodología establecida para la selección abreviada cuando el proyecto no requiera recursos públicos y, en caso de que no se presente ningún tercero interesado en dicho proyecto, podrá adjudicar el contrato al originador de manera directa.

**8.4.** Habiéndose diferenciado estas dos etapas precontractuales, la Sala anticipa que el estudio por la presunta transgresión a la buena fe que se pasa a realizar concierne a la etapa de estructuración del proyecto, pues fue en ese estadio que el IDRDR desplegó la conducta que la parte recurrente afirma fue antijurídica, y cuyas razones fueron sustentadas en los dos cargos de alzada que la Sala pasa a resolver.

**8.5.** El primer cargo de alzada se orientó a cuestionar la actuación del IDRDR, al haber rechazado, por pérdida de interés público, la iniciativa privada de APP presentada por CUSEGO antes de que se venciera el plazo otorgado para presentar el proyecto en etapa de factibilidad, rechazo que, a su juicio, contraviene el artículo 16 de Ley 1508 de 2012, el cual establece que la decisión de rechazar una propuesta en dicha etapa solo puede ser adoptada mediante acto administrativo, una vez haya sido sometida la



propuesta a consideración de la entidad, y no durante el desarrollo de la misma, como ocurrió en el presente asunto.

En relación con los argumentos plasmados anteriormente, la Sala estima necesario precisar que si bien es cierto la conducta desplegada por el IDRDR no encuadra en los supuestos establecidos por el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, el cual regula las condiciones para la aceptación o el rechazo de una iniciativa privada cuando esta es presentada en etapa de factibilidad, ello no implica, *a priori*, que dicha conducta deba ser declarada antijurídica, comoquiera que el análisis propuesto debe centrarse en determinar si el IDRDR vulneró el principio de buena fe precontractual al haber rechazado, por pérdida de interés público, la iniciativa privada de APP antes de que CUSEGO pudiera entregar la propuesta en etapa de factibilidad, sin haberse cumplido aún el plazo otorgado para su presentación, esto mediante una comunicación que no fue susceptible de recurso alguno.

**8.5.1.** Así las cosas, con el propósito de resolver la controversia planteada, es necesario hacer un recorrido por las actuaciones y decisiones relevantes surtidas en el proceso de estructuración de la iniciativa privada presentada por CUSEGO ante el IDRDR, denominada “*Centro Especializado Pedagógico y Social de Deporte, Recreación y Cultura en el Campín*”.

**8.5.1.1.** Se encuentra probado que una vez que CUSEGO radicó el proyecto de APP de iniciativa privada<sup>110</sup>, el IDRDR procedió a estudiar, con apoyo de la mesa de trabajo, si este cumplía con las condiciones requeridas para este tipo de iniciativas en etapa de prefactibilidad, definidas en el artículo 19 del Decreto 1467 de 2012, esto es, que la inversión superara los 6000 SMLMV, que no modificara contratos vigentes, y que no se tratara de infraestructura sobre la cual la entidad pública ya hubiere adelantado la estructuración. Adicionalmente, verificó, en los términos del artículo 20 *ejusdem*, que el proyecto contara con una descripción completa, incluido su alcance, el diseño mínimo y sus especificaciones, el costo estimado, la fuente de financiación, entre otros, todo lo cual debía fundamentarse en información secundaria, cifras históricas y proyecciones económicas del Estado<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> Apartado 7.1. de las consideraciones.

<sup>111</sup> Apartado 7.3.1. de las consideraciones.



De acuerdo con lo anterior, el IDRD profirió la decisión 214 del 22 de abril de 2013<sup>112</sup>, mediante la cual declaró de interés público el proyecto de iniciativa privada presentado por CUSEGO, al considerar que cumplía con las condiciones requeridas en etapa de prefactibilidad y contenía elementos que permitían inferir que podría llegar a ser viable, otorgando concepto favorable para que el originador continuara con la estructuración del proyecto en etapa de factibilidad, cuyo plazo sería de dieciocho (18) meses. De igual manera, en dicho acto —cuya naturaleza será definida más adelante— se estableció expresamente, que *“la presente manifestación de interés [...] en los términos y para efectos del Decreto 1467 de 2012 no genera el reconocimiento de ningún derecho al originador, ni la aprobación de la propuesta, ni crea obligación alguna para con el IDRD, en los términos del artículo 15 de la Ley 1508 de 2012, conforme lo dispone el tercer inciso del artículo 22 del Decreto 1467 de 2012”*.

**8.5.1.2.** Ahora bien, pasados 4 de los 18 meses otorgados para que el originador presentara el proyecto en fase de factibilidad, el IDRD informó a CUSEGO, mediante comunicación 20131010100041 del 22 de agosto de 2013<sup>113</sup>, que la propuesta por ellos presentada había dejado de ser de interés público y, como consecuencia, el proyecto sería rechazado, bajo el argumento que en desarrollo de las actividades de seguimiento se detectaron inconsistencias y variaciones injustificadas al alcance de la estructuración del proyecto en etapa de factibilidad —falta de certeza en cuanto a la participación de los socios estratégicos en la financiación y estructuración del proyecto, no haber agotado en debida forma la etapa de prefactibilidad en lo atinente a la recolección de información secundaria, y variación injustificada al alcance de los estudios de factibilidad en materia de diseño—, poniendo en riesgo, por un lado, la gestión fiscal del Instituto que puede conducir a un detrimento patrimonial y, por otro lado, los principios de economía, eficacia y selección objetiva, pues las bases del proceso de selección que adelantaría una vez finalizara la estructuración estarían viciadas por falencias en la determinación del valor del proyecto y otros aspectos técnicos.

**8.5.1.3.** Adicionalmente, antes de comunicar esa decisión a CUSEGO, el IDRD sometió a consideración de la Secretaría General del Distrito el proyecto de comunicación, entidad que consintió la toma de esa decisión<sup>114</sup>, advirtiendo que si bien no concia íntegramente el expediente, lo cierto es que compartía las preocupaciones sobre las

<sup>112</sup> Apartado 7.3. de las consideraciones.

<sup>113</sup> Apartado 7.11. de las consideraciones.

<sup>114</sup> Apartado 7.9 de las consideraciones.



inconsistencias y variaciones injustificadas al alcance del proyecto, lo que podría poner en riesgo su ejecución. En suma, estimó que si bien la Ley 1508 de 2013 y el Decreto 1467 de 2012 no establecen un procedimiento para realizar el análisis de la iniciativa durante la etapa de factibilidad, sino que hace referencia al estudio una vez sea entregado el proyecto por parte del originador, en virtud de los principios de la función pública, el IDRD puede advertir, desde antes del vencimiento del plazo para la entrega final del proyecto en etapa de factibilidad, que el mismo no será presentado con las condiciones solicitadas y, como consecuencia, optar por manifestarle al originador que el proyecto perdió interés, o en su defecto declararlo fallido, proceder que no violaría los intereses de los originadores porque el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 establece que la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular.

**8.5.1.4.** También se encuentra probado que tras conocer la comunicación a través de la que se declaró la pérdida de interés público del proyecto presentado por CUSEGO, la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte del Distrito efectuó una serie de requerimientos al IDRD para que le aclarara los hechos acaecidos en el proceso de estructuración de la iniciativa privada y, con ello, determinar la coherencia de la actuación adelantada por la administración al rechazar la propuesta<sup>115</sup>. En respuesta a estos requerimientos, el IDRD informó, de manera general, que todas las gestiones que viene adelantando dentro del proceso de APP de iniciativa privada presentada por CUSEGO se realizaron en estricta observancia de los postulados constitucionales y legales, entre ellos la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 de la misma anualidad, al igual de los principios de la gestión pública y la responsabilidad que debe tenerse en la administración de los bienes y recurso del estado<sup>116</sup>.

**8.5.1.5.** Ante la determinación del IDRD de comunicar la pérdida de interés público del proyecto de iniciativa privada, CUSEGO formuló, mediante oficio 647 del 27 de agosto de 2013<sup>117</sup>, oposición a cada uno de los argumentos que le sirvieron de fundamento al Instituto para tomar esa decisión, advirtiendo, además, que si bien la Ley 1508 de 2012 establece que las etapas de prefactibilidad y factibilidad de un proceso de APP no generan un compromiso de aceptación del proyecto, lo cierto es que la legislación que regula las relaciones contractuales y mercantiles de las entidades públicas no contempla la terminación unilateral e injustificada de un acuerdo de voluntades, por lo

<sup>115</sup> Apartado 7.13 de las consideraciones.

<sup>116</sup> Apartado 7.14 de las consideraciones.

<sup>117</sup> Apartados 7.12 y subsiguientes de las consideraciones.



que tampoco es viable materializar dicha terminación mediante una comunicación que *“pretenda ser un acto administrativo, sin que se cumpla con los requisitos mínimos que la Ley establece para dichos actos, como lo es el del derecho de impugnación”*.

**8.5.1.6.** En atención a que el IDRD no respondió el oficio relacionado en precedencia, CUSEGO, mediante oficio 671 del 3 de septiembre de 2013<sup>118</sup>, interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación contra la comunicación 20131010100041 del 22 de agosto de 2013, bajo el argumento que si bien esta no daba claridad de si estaba revocando la decisión 214 de abril de 2013 —la cual consideró como un acto administrativo— o aplicando el artículo 16 de la Ley 1508 para rechazar la iniciativa en etapa de factibilidad, lo cierto es que esta había sido proferida con vulneración al principio del debido proceso, ya que no otorgaba la oportunidad de controvertir la situación fáctica y jurídica que sirvió de fundamento para declarar la pérdida del interés público del proyecto. Como consecuencia, solicitó *“revocar la decisión impugnada y en su defecto garantizar el debido proceso que es aplicable a cualquier actuación administrativa como la presente y en virtud de ello garantizar el principio de contradicción y defensa de nuestra iniciativa, para continuar con los tramites del proceso que indica la Ley 1508 y su reglamento”*.

**8.5.1.6.** En respuesta los oficios relacionados en los párrafos anteriores, IDRD informó a CUSEGO, mediante comunicación 20131010131291 del 30 de octubre de 2013<sup>119</sup>, que la comunicación mediante la cual se declaró la pérdida de interés público del proyecto no es pasible de recurso alguno, en el entendido que, en los términos del artículo 15 de la Ley 1508, la declaración de interés público de una iniciativa privada y el consecuente concepto favorable para que el originador continúe con su estructuración en etapa de factibilidad no es un acto administrativo sino una mera comunicación. Por lo tanto, concluyó que no existe un deber legal que exija al IDRD agotar un procedimiento administrativo de revocatoria para declarar que el proyecto dejó de ser de interés público, ni mucho menos resultaría procedente obligar a la Administración a esperar 18 meses para estudiar un proyecto, *“respecto del cual no se comparte la forma en la que se van a elaborar los estudios y diseños”*, máxime cuando estos fueron modificados injustificadamente en etapa de factibilidad.

<sup>118</sup> Apartado 7.15 de las consideraciones.

<sup>119</sup> Apartados 7.18 y subsiguientes de las consideraciones.



**8.5.7.** De acuerdo con el trasegar expuesto, la Sala considera, en primer lugar, que independientemente de cómo el IDRDR hubiera rotulado la decisión de otorgarle interés público al proyecto de APP de iniciativa privada presentado por CUSEGO en la etapa de prefactibilidad —*Resolución 214 del 22 de abril de 2013*—, aquella, en los términos del artículo 22 del Decreto 1467 de 2012, debe entenderse como una simple comunicación por medio de la cual se informa al originador de la propuesta y que esta contiene los elementos necesarios para inferir que podría llegar a ser viable, la cual no tiene el carácter de acto administrativo.

Lo anterior, considerando que la comunicación en mención no *“tiene fuente en el desarrollo de la actividad jurídica de la Administración, caracterizada por tratarse de una declaración unilateral de voluntad generadora de efectos jurídicos mediante el nacimiento, reconocimiento, modificación o extinción de un derecho, situación jurídica, deber u obligación que, además, proviene del ejercicio de una prerrogativa de poder público de la Administración”*<sup>120</sup>, por cuanto no reconoció que con la originadora se suscribiría el contrato de APP, sino que simplemente previó la posibilidad de considerar los estudios en la fase de factibilidad. Esto es así ya que el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012, en línea con el inciso 2º del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, establece expresamente que *“dicha comunicación no implica el reconocimiento de ningún derecho al originador, ni la aprobación de la misma, ni obligación alguna para el Estado en los términos del artículo 15 de la Ley 1508”*.

Aclarada la naturaleza jurídica de la decisión 214 del 22 de abril de 2013, debe concluirse que esta se hace extensiva a la comunicación mediante la cual el IDRDR informó a CUSEGO que, por la ocurrencia de hechos sobrevinientes, la iniciativa privada por ellos presentada perdió interés público. Al no suponer la revocación de un acto administrativo, esta decisión con la que se informó que el proyecto de APP había perdido interés público no requería el agotamiento de las formalidades para ello requeridas ni, menos aún, debía efectuarse a través de acto administrativo susceptible de recursos. Por lo tanto, al no surtirse un trámite de revocatoria directa, en el que CUSEGO manifestara consentimiento expreso, no se produjo violación alguna del debido proceso, puesto que no fue revocado un acto administrativo.

<sup>120</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 9 de mayo de 2024, expediente No. 53962.



En todo caso, cabe señalar que al informársele al aquí demandante la pérdida del interés de la propuesta presentada, tampoco se instituyó algún efecto jurídico, es decir, no se creó, modificó o extinguió ninguna situación jurídica, consistente en un derecho, deber u obligación, considerando que, como se indicó, en la fase de estructuración, subdividida por la prefactibilidad y la factibilidad, por expreso mandato del legislador no existe ningún derecho o siquiera expectativa en cabeza del originador de la APP de iniciativa privada que lo lleve a que automáticamente su oferta deba ser aceptada, de ahí que ni la decisión que declaró como de interés público la propuesta, ni la que luego indicó que no se proseguiría a evaluarla puedan ser consideradas como actos administrativos, en el marco del escenario específico ante el cual se encuentra la controversia, esto es, durante la etapa previa a la presentación de la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad.

Ello se cimenta sobre la base de que la iniciativa privada en las APP busca incentivar la presentación de propuestas por los particulares y así reducir los altos costos de planificación de la pre-estructuración y estructuración de proyectos de infraestructura con cuantías superiores a los 6.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, mas no es una camisa de fuerza para que, una vez presentada la oferta por el originador, la Administración deba automáticamente aceptarla o verse forzada a tramitarla, pues en caso contrario la contratación pública de ese tipo de negocios quedaría al arbitrio de los particulares, en desconocimiento de que la iniciativa en suscribir los contratos públicos es del Estado.

A lo anterior se suma que, como ya fue relatado anteriormente, mediante el auto del 19 de agosto de 2016<sup>121</sup>, el Consejo de Estado revocó la providencia que rechazó la demanda por haber operado la caducidad y, en su lugar, sostuvo que la parte demandante en ningún momento cuestionó la legalidad de un acto administrativo con pretensiones de nulidad, sino un actuar antijurídico del IDRDR por el hecho de haberse terminado injustificadamente la iniciativa privada de APP, aspecto que no le mereció ningún reproche a ninguna de las partes en las etapas subsiguientes, lo que con mayor razón justifica que, ahora, la Sala deba atenerse a tal premisa, en virtud del principio de preclusión, por ser un aspecto que en primera y segunda instancia quedó superado.

---

<sup>121</sup> Folios 67 a 77 del cuaderno 1.



Todo lo dicho permite concluir que ni la decisión 214 del 22 de abril de 2013, ni la comunicación del 22 de agosto de 2013 son actos administrativos y, por lo tanto, corresponde analizar la responsabilidad extracontractual del IDRD en el marco de su actividad precontractual, en los términos del acápite de procedencia del medio de control, escenario en el cual la jurisprudencia de esta Corporación ya ha admitido el ejercicio de dicha senda procesal cuando en tal etapa no existe ningún acto administrativo o, en su defecto, la fuente del daño no se origina en alguno de aquellos<sup>122</sup>.

Precisado lo anterior, y pasando al análisis de la responsabilidad extracontractual del IDRD por no continuar con el estudio de la propuesta de APP de iniciativa privada de la aquí apelante, la Subsección observa un proceder diligente de dicha entidad pública al expedir la comunicación de pérdida de interés público del proyecto presentado por CUSEGO, pues ante las dudas que le suscitaba tomar una decisión en tal sentido, consultó previamente a la Secretaría General del Distrito, quien dio su aval para proceder de esa forma; y posteriormente respondió en debida forma las inquietudes presentadas por la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte del Distrito respecto a la gestiones y actuaciones realizadas durante el proceso de estructuración de la iniciativa privada.

Como consecuencia de lo hasta este momento expuesto, para la Sala no queda duda que el IDRD actuó conforme a las normas que regulan la etapa de estructuración de las iniciativas privadas de APP, pues si bien la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 de 2012 no establecieron un procedimiento para realizar el análisis de la iniciativa durante la etapa de factibilidad, pues únicamente regularon el estudio una vez el proyecto hubiera sido entregado por el originador, lo cierto es que en virtud de los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política<sup>123</sup>, el IDRD optó por darle prevalencia a los principios de eficacia y economía, y decidir descartar la propuesta por pérdida de interés público no mediante acto administrativo, pues la normativa legal en ningún momento lo exigía, sino a través de una simple comunicación.

<sup>122</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de julio de 2019. Rad: 25000-23-26-000-2005-02719-02 (49668)

<sup>123</sup> "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".



En particular, cabe recordar que el principio de eficacia<sup>124</sup> persigue que las actuaciones administrativas surtan efectos prácticos y no se limiten a su consagración jurídica; por su parte, el principio de economía propende porque las autoridades públicas procedan con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas. Principios, que la Sala encuentra incluidos en el actuar del IDRD, pues si desde el cuarto mes de la etapa de factibilidad advirtió circunstancia que lo conducían a inferir que el proyecto no sería viable y, como consecuencia, había perdido interés público, lo más sensato era rechazarlo de manera inmediata y no esperar los catorce meses que le restaban a la etapa de factibilidad para tomar una decisión en tal sentido, evitándole a CUSEGO seguir incurriendo en gastos para la estructuración del proyecto, los cuales debía asumir a su cuenta y riesgo; y a la administración el desgaste que hubiera implicado permitir que transcurriera el tiempo en un asunto sobre el cual no se preveía prosperidad, lo que a la postre generaría mayores costes.

En definitiva, forzoso resulta concluir, en línea con lo decidido en el proceso disciplinario adelantado en contra del por entonces director del IDRD<sup>125</sup>, que no se evidencia mala fe en el accionar del IDRD al declarar, mediante una comunicación no susceptible de recursos, la pérdida de interés público de la iniciativa privada de APP presentado por CUSEGO y, como consecuencia, descartar el proyecto antes de que se venciera el plazo para su presentación final, pues esta se avino a la normativa que regula el proceso de estructuración de las iniciativas privadas de APP, particularmente la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 de 2012, y a los principios de la función pública, como se dejó expuesto en los párrafos anteriores.

**8.4.2.** En el segundo reproche de alzada, la parte demandante alega que, mediante la comunicación 20131010100041 del 22 de agosto de 2013<sup>126</sup>, el IDRD sustentó su decisión de declarar la pérdida de interés público de la iniciativa privada presentada por CUSEGO en el hecho que para esa fecha no había certeza sobre la participación real del grupo económico Al Faisal Holding y las empresas Populous y Alpha Co en la

<sup>124</sup> Sobre el principio de eficacia, la doctrina ha considerado que *“constituye un punto de apoyo a la naturaleza teleológica del proceso y reafirma el carácter material que debe prevalecer en la interpretación de las normas procedimentales”*, por lo que *“se pretende que los procedimientos logren su finalidad”*. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: 2023. Editorial Tirant lo Blanch. Segunda Edición. P. 469-470.

<sup>125</sup> Apartados 7.27, 7.28, 7.29 y 7.30 de las consideraciones.

<sup>126</sup> Apartado 7.11 de las consideraciones.



estructuración y financiación del proyecto. Argumento que, a juicio del recurrente, resulta injustificado y vulnera la buena fe precontractual, toda vez que dicho instituto desconoció un acto propio, a través del cual había comunicado a CUSEGO previamente —24 de junio de 2013<sup>127</sup>— que tendría hasta el 22 de agosto de 2014 para acreditar la experiencia en inversión y la capacidad financiera y de financiación del proyecto, esto, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 23.1.1. del Decreto 1467 de 2012, donde se establece que es al momento de entregar los estudios en etapa de factibilidad que el originador debe radicar los *“documentos que acrediten la experiencia en inversión o de estructuración de proyectos para desarrollar el proyecto, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente”*.

Con respecto a este cargo, la Sala considera necesario precisar que si bien se le había concedido a CUSEGO un tiempo prudente para acreditar la experiencia en inversión y la capacidad financiera y de financiación del proyecto, es decir, definir cuál sería el aporte y el grado de participación de cada uno de los socios estratégicos, lo cierto es que lo que verdaderamente prendió las alarmas del IDRDR y le sirvió de sustentó para tomar la decisión de declarar la pérdida de interés público, fue que el grupo económico Al Faisal Holding y las empresas Populous y Alpha Co no habían hecho presencia en ninguna de las reuniones adelantadas, dudándose de la forma en la cual se acreditó la vinculación de dichas empresas a la APP presentada por CUSEGO.

Ahora bien, la Sala encuentra que en el *sub lite* no existe certeza respecto a la condición en que se presentaron Al Faisal Holding, Populous y Alpha Co en la iniciativa privada de APP que se viene estudiando, pues si bien la parte demandante afirma que estos eran unos aliados estratégicos y por ello no estaba obligado a definir el grado de participación de ellos sino hasta que radicara el proyecto de APP en fase de factibilidad, lo cierto es que, en diversas comunicaciones<sup>128</sup>, el IDRDR indicó que estos hacían parte del grupo originador del proyecto y que fue en consideración a la experiencia de estos que decidió declarar originalmente el interés público del proyecto, por lo que era necesario definir si estos iban a participar en el proyecto.

La definición de este interrogante permitiría a la Sala determinar si, en efecto, el IDRDR actuó con flagrante vulneración de la buena fe precontractual por irse en contra de sus propios actos, pues en el caso que las personas jurídicas mencionadas fueran simples

<sup>127</sup> Apartado 7.4 de las consideraciones.

<sup>128</sup> Apartado 7.14 y 7.18. de las consideraciones.



aliados estratégicos, dicho Instituto no podía con antelación a la fecha otorgada para que CUSEGO acreditara la experiencia en inversión y la capacidad financiera y de financiación del proyecto declarar su falta de interés público por no encontrar definido cuál sería el aporte y el grado de participación de cada uno de los socios estratégicos. En contraste, si estos fueran parte del grupo originador la decisión de pérdida de interés público estaría bien sustentada, pues esta decisión se había basado en la experiencia y capacidad económica de estos grupos empresariales y empresas.

Esta duda sería fácilmente disipada si al plenario se hubiera aportado la propuesta de iniciativa privada en etapa prefactibilidad, con la cual se tendría certeza si las empresas Populous y Alpha Co, así como el Grupo Económico Al Faisal Holding, eran simplemente aliados estratégicos del negocio de infraestructura propuesto a la Administración o, por el contrario, dichas personas jurídicas hacían parte del grupo originador. Propuesta que no solo brilla por su ausencia en este proceso, sino que en los términos del artículo 163 del CGP<sup>129</sup> le correspondía aportar a la parte demandante para probar el supuesto de hecho alegado.

La jurisprudencia<sup>130</sup> de la Corporación ha sido enfática en señalar que la carga de la prueba se constituye en un principio de autorresponsabilidad que tienen las partes en litigio para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas, cuya aplicación reclaman, aparezcan demostrados en el proceso y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. Es así como, si la parte actora demuestra los supuestos fácticos sobre los cuales sustenta sus pretensiones, consecuentemente obtiene una sentencia favorable a sus peticiones; *contrario sensu*, si dicha parte asume una conducta contraria, no cumpliendo con la carga de la prueba exigida en el artículo 167 de CGP, procede la desestimación de las pretensiones, que conllevaría a un fallo adverso a sus intereses.

En este caso, entonces, se advierte que la parte demandante inobservó el principio autorresponsabilidad porque las pruebas que aportó al proceso no resultan suficientes para demostrar la calidad en las que el grupo económico Al Faisal Holding y las empresas Populous y Alpha Co actuaron en la iniciativa privada de APP que se viene analizando. Por consiguiente, lo aducido por la parte demandante en su recurso de

<sup>129</sup> “Artículo 167. incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

<sup>130</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Rad: 29732.



apelación, no se encuentra demostrado en el caso concreto y no deja otro camino a la Sala que desestimar el presente cargo de alzada.

**8.4.3.** Ahora, de acuerdo con la exposición de los rasgos legales y reglamentarios del proceso de iniciativa privada de proyectos de asociación público-privada realizada en anteriormente en esta providencia, se observa que una de las diferencias existentes entre la formulación tradicional de proyectos públicos y este tipo de asociaciones, con las que se busca disminuir los riesgos asumidos por la Administración y conseguir la prestación de servicios o la construcción de obras públicas con una mejor relación de costo-beneficio<sup>131</sup>, se encuentra justamente en la etapa de estructuración, en la que participó el particular.

Como se mencionó en la exposición de motivos de la *—actual—* Ley 1508 de 2012<sup>132</sup>, la atracción de la iniciativa privada mediante su participación, no solo en la construcción, sino también en la operación y mantenimiento de la infraestructura pública, inició en el país durante la década de los noventa, mediante la adjudicación de concesiones viales principalmente. En estas concesiones, en las que ya se producía una forma de asociación entre el sector público y el particular para la prestación de servicios públicos, este último asume los riesgos que se generan desde el diseño y el cierre financiero del proyecto, hasta la exposición a la incertidumbre del mercado por la demanda del servicio ofertado con la explotación del bien o la prestación del servicio concedido<sup>133-134</sup>.

Bajo el esquema de concesiones, anterior a la expedición de la Ley 1508 de 2012, la Administración mantenía, sin embargo, los riesgos asociados a la planeación y la estructuración del proyecto. Ahora, con el modelo de asociación público-privada definido a partir de la expedición de la Ley 1508 de 2012, el particular no participa únicamente en el diseño, la financiación, la construcción y operación de la obra, o la prestación del servicio, sino que, además, se involucra activamente en la etapa de estructuración, adquiriendo incluso su liderazgo en las iniciativas que, como la traída a este contencioso, provengan del particular. Así, de la misma forma en la que en los

<sup>131</sup> Bovis, Christopher. *The Law of EU Public Procurement*. 2<sup>nd</sup> edition. Oxford University Press. 2015, pp. 585-592.

<sup>132</sup> Gaceta del Congreso. No. 823. Año XX, 3 de noviembre de 2011, págs. 6 a 14.

<sup>133</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Rad. 14390. Reiterado en: Sentencia de 27 de marzo de 2014, rad. 26939; y sentencia de 28 de junio de 2024. Rad. 61252.

<sup>134</sup> Alemany García, Juan. *El Contrato de Concesión de Servicios*. Un estudio jurídico. Iustel. Madrid. 2019. Págs.47 a 65.



esquemas de concesión el particular asumía responsabilidades que tradicionalmente le correspondían a la Administración, con los riesgos que ello supone, al asumir la tarea previa de estructurador también debe correr con los riesgos propios de esa labor.

Bajo esta lógica, el legislador estableció que la presentación de la iniciativa privada, incluso en la etapa de factibilidad, *“no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado”* (artículos 15 y 16, Ley 1508 de 2012), teniendo este así una mera expectativa de que esta sea adoptada por la Administración, a la cual le asiste un alto grado considerable de discrecionalidad para determinar previamente si el proyecto reviste interés público, puesto que esta decisión depende de *“las políticas sectoriales, [y] la priorización de proyectos a ser desarrollados”*, además de un examen preliminar de su viabilidad.

Luego, en caso de que la iniciativa sea aprobada por la entidad y esta llegué a un acuerdo sobre el proyecto con el originador, este obtendrá una ventaja en su adjudicación, que se refleja en una bonificación en su calificación en el proceso de selección que se adelante, además del derecho a mejorar la oferta del proponente mejor calificado, o, en caso de que no consiga la adjudicación del contrato, el pago del valor de los estudios realizados para la estructuración del proyecto, de acuerdo con la cuantificación que de ellos realice el ente estatal.

**8.4.4.** En este orden de ideas, se muestra razonable la desestimación del interés público del proyecto de APP que venía tramitando CUSEGO, por la falta de claridad sobre la participación de los denominados aliados estratégicos de aquella firma en la estructuración del proyecto, en la que su experiencia y calidades desempeñan un papel primordial, puesto que la Administración deposita en ellos un alto grado de confianza, en cuanto asumen un rol que tradicionalmente le correspondía a aquella. Además, el papel que dichas aliadas estratégicas desempeñaran en la estructuración del proyecto determinaba, posteriormente, las ventajas que tendrían en la adjudicación del contrato. Es claro así que la decisión del IDRD de desestimar el interés público del proyecto de APP en el que los denominados aliados estratégicos de CUSEGO desconocían las actividades que adelantarán, pues no habían culminado aún *“los hitos de diagnóstico e identificación de unidades funcionales, lo cual les permitiría adelantar sus actividades sobre hechos facticos reales”* no respondió, pues, a un mero capricho.



**8.4.5.** Finalmente, es oportuno recordar que, como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa<sup>135</sup>, la buena fe en la etapa precontractual exige el respeto de los derechos y expectativas de quienes en esta participan. En la conformación de asociaciones público-privadas, el estudio de estos derechos y expectativas, y, con ello, de la responsabilidad precontractual, debe efectuarse conforme al marco definido en la legislación y reglamentación atinente. Así, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 de 2012, expuestos anteriormente en esta sentencia, el derecho del originador a obtener una remuneración por los costos asumidos en la etapa previa a la suscripción del contrato se genera, bajo unas circunstancias concretas, cuando exista un acuerdo sobre el proyecto aprobado por la entidad destinataria; lo cual no había ocurrido ni se vislumbraba aún en el estadio en el que el IDRD desestimó el interés público del proyecto de APP en trámite. Por ende, tampoco cabe afirmar que se hubiera frustrado una expectativa legítima de la demandada de obtener el pago de los costos en que había incurrido en la estructuración del proyecto de APP que demanda ahora en este contencioso.

**8.4.6.** En definitiva, la Sala confirmará la sentencia del 18 de octubre de 2017 dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta decisión.

## **9. Condena en costas**

**9.1.** De conformidad con el artículo 188 del CPACA<sup>136</sup> y con la disposición especial del artículo 365-1 del CGP<sup>137</sup>, procede la condena en costas a cargo de la parte a la que se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, siempre y cuando *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 5 de julio de 2018, exp. 59530. Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto de 11 de mayo de 2020, exp. 58562; y Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de unificación de 3 de septiembre de 2020, exp. 42003.

<sup>136</sup> “Artículo 188. Condena en costas [CPACA]. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

<sup>137</sup> “Artículo 365. Condena en costas [CGP]. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto [...]” [aclaración añadida].

<sup>138</sup> El artículo 365 del CGP, en su numeral 8, establece: **Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación**” (se destaca).



**9.2.** En este caso, a pesar de que a la parte demandante se le resolvió de manera desfavorable el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, no hay lugar a condenarla en costas porque estas no se causaron, dado que el IDRD no intervino en la segunda instancia de este juicio, de ahí que aquellas no se encuentran justificadas.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 18 de octubre de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**WILLIAM BARRERA MUÑOZ**  
Presidente de la Sala  
**ACLARACIÓN DE VOTO**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**ADRIANA POLIDURA CASTILLO**  
Magistrada

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE  
**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Magistrado